

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2008
PLAN DE ESTUDIOS 1993.



RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA POR ACTOS ADMINISTRATIVOS.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

GLORIA ALEJANDRA FRANCISCA CHÁVEZ RAMOS
YASMIN ELENA MEJIA RODRÍGUEZ
HAROLD ALEXANDER MÉNDEZ FRANCO

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO
LICENCIADO SAMUEL MERINO GONZÁLEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2008.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ
RECTOR

MASTER MIGUEL ANGEL PÉREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADÉMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ
SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADO SAMUEL MERINO GONZÁLEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

DEDICATORIA

A nuestro magnifico hacedor **Jehová Dios**, quien ha dotado al ser humano de capacidad de raciocinio y trabajo en equipo, por permitir la realización de este proceso de graduación, a quien “Elogiare porque de manera que inspira temor estoy maravillosamente hecho. Tus obras son maravillosas como bien percibe mi alma” (Salmos 139: 149).

A Todos mis seres queridos, mi familia que han apoyado mis proyectos y colaborado con mis metas, trasmitiéndome su experiencia y expresiones de estímulo en todo momento durante este proceso de graduación.

A mis amigos y hermanos, por demostrar interés personal y brindar palabras de ánimo en momentos necesarios durante el desarrollo de actividades académicas.

A mis compañeros en este proceso de formación académica y docente asesor, a Harold y Yasmin, por su trabajo en equipo junto con buena comunicación y esfuerzos personales para finalizar con éxito esta investigación.

Gloria Alejandra Francisca Chávez Ramos

DEDICATORIA

A **Dios** agradezco este trabajo de graduación por haberme dado la sabiduría y fuerzas necesarias, a lo largo de este proceso y darme todas las herramientas necesarias.

A mi **Madre** quien ha estado conmigo todo el tiempo y me ha dado su apoyo y demás **Familia**, quienes me dieron su apoyo incondicional, en todos los momentos y me incentivaron a seguir adelante, a pesar de las dificultades.

A mis compañeros de tesis, **Harold y Alejandra**, por proponerse este trabajo de graduación, y dejar todo por terminar satisfactoriamente y demostrar su compañerismo y dedicación.

A mis **Hermanos de Comunidad**, por haberme llevado en sus oraciones todos los días y donarse por mi.

Yasmin Elena Mejia Rodríguez

DEDICATORIA

A DIOS, quien es el dador de la sabiduría, y sin el cual no somos nada, gracias por proporcionarme fuerza, salud y vida, ya que no cabe duda que sin su ayuda no hubiese podido culminar con éxito esta meta.

A MI MADRE, quien durante toda mi vida ha sido el principal apoyo acá en la tierra, ya que con sus oraciones, consejos, esfuerzo y valor, ha logrado alentarme e inspirarme para luchar cada día y conseguir con ello que mis sueños sean una realidad.

A MI FAMILIA, quienes de una u otra manera me han dado el apoyo necesario, para seguir adelante y superar los problemas que la vida nos presenta.

A MIS AMIGOS, quienes aunque no lleven mi sangre, quiero como hermanos, y en lo personal agradezco el privilegio y la bendición que Dios me regala al tenerlos y sin duda alguna este éxito también es de ustedes.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS, con quienes logramos conformar un excelente equipo, cumpliendo satisfactoriamente la meta propuesta, la cual conseguimos gracias a la comprensión, esfuerzo y dedicación que pusimos en este proyecto, y por lo mismo considero que ha sido un verdadero placer trabajar con ustedes amigas.

Harold Alexander Méndez Franco

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO 1	
ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.	
1.1.- SISTEMAS REPRESENTATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.....	1
1.1.1.- Sistema Ingles.....	4
1.1.2.- Sistema Estadounidense.....	5
1.1.3.- Sistema Alemán.....	7
1.1.4.- Sistema italiano.....	9
1.1.5.- Otros sistemas.....	10
1.1.5.1.- Sistema argentino.....	11
1.1.5.2.- Sistema Brasileño.....	12
1.1.5.3.- Sistema Uruguayo.....	12
1.2.- LOS SISTEMAS ACTUALES MÁS AVANZADOS.....	13
1.2.1.- Sistema Francés.....	13
1.2.2.- Sistema español.....	16
1.2.3.- Época moderna.....	18
1.2.4.- Época Actual en El Salvador.....	19
1.3.- GENERALIDADES DEL SERVIDOR PÚBLICO.....	28
1.3.1.- Concepto de servidor público.....	28
1.4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	32
1.5.- CLASIFICACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	33
1.5.1.- Derecho a la estabilidad laboral.....	36

1.5.2.- Servidores públicos	37
1.5.3.- Empleados públicos vinculados por contrato.	38
1.5.4.- Empleados públicos enmarcada en la ley del servicio civil.	39
1.5.5.- Estabilidad laboral de los empleados públicos por contrato.	40
1.5.6.- Funcionarios públicos y su estabilidad en el cargo.	41
1.5.7.- La legislación salvadoreña.	42
1.6.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	45
1.6.1.- Nociones doctrinales y Definición de la Administración.	45
1.6.2.- Características de la Administración.	47
1.6.3.- El Estado y administraciones públicas.	47
1.6.4.- Facultades constitucionales de la administración pública.	48
1.7.- EL GOBIERNO LOCAL.	51
1.8.- ACTUACIONES DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS.	54
1.9.- ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	55
1.10.- ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA FORMAL.	57
1.11.- ATRIBUCIÓN DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS.	58
1.12.- POTESTAD REGLADA DE LA ADMINISTRACIÓN.	59
1.13.- POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.	60
1.14.- POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN.	61
1.15.- GENERALIDADES FUNCIÓN PÚBLICA.	62
1.15.1.- Definición de función pública.	62
1.16.- FUNCIÓN PÚBLICA Y SUS ELEMENTOS.	64
1.16.1.- La división de los poderes.	64
1.17.- DISTINTOS CRITERIOS	68
1.18.- CLASIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.	75
1.18.1.- Conceptos clasificadores.	75
1.18.2.- Función administrativa	76
1.18.3.- Actos no jurídicos.	79
1.18.4.- Actos jurídicos.	79

1.18.5.- Hechos no jurídicos.....	80
1.18.6.- Hechos jurídicos.	80

CAPITULO 2

LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA SALVADOREÑA

2.1.- MARCO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO SALVADOREÑO ACTUAL.....	83
2.2.- Principios constitucionales tributarios.....	89
2.3.- PODER DE IMPERIO EN LA PRODUCCIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS Y EXONERACIONES.....	96
2.4.- MARCO JURÍDICO SECUNDARIO TRIBUTARIO.	97
2.5.- ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN EL SALVADOR Y SU ESTRUCTURA.	104
2.5.1.- Ministerio de Hacienda.	105
2.5.2.- Direcciones Generales.....	107
2.5.2.1.- Dirección General de la Renta de Aduanas.	108
2.5.2.2.- Dirección General del Presupuesto.	109
2.5.2.3.- Dirección General de Tesorería.....	109
2.5.2.4.- Dirección General de Contabilidad Gubernamental	110
2.5.2.5.- Dirección de Inversión y Crédito Público.....	110
2.5.2.6.- Dirección General de Impuestos Internos.....	111
2.5.2.6.1.- Subdirección General.	113
2.5.2.6.2.- Unidad de Programación y Evaluación Tributaria.....	114
2.5.2.6.3.- Unidad de Servicios Informáticos.	114
2.5.2.6.4.- Unidad de Audiencia y Apertura a Pruebas..	114
2.5.2.6.5.- Unidad de Asuntos Internos.	117
2.5.2.6.6.- Unidad de Defensoría del Contribuyente.	117
2.5.2.6.7.- Unidad de Fiscalización y Control de Obligaciones Tributarias Formales.....	118
2.5.2.6.8.- Dirección de Fiscalización	118

2.5.2.6.9.- Oficina Regional de Occidente.....	119
2.5.2.6.10.- Oficina Regional de Oriente	120
2.5.2.6.11.- Departamento Catastro Fiscal.	120
2.5.2.6.12.- División Jurídica.	120
2.5.2.6.13.- División de Asistencia Tributaria.	121
2.5.2.6.14.- División de Control de Obligaciones Tributarias.....	121
2.5.2.6.15.- Dirección Administrativa.....	122
2.5.2.6.16.- Área de Devoluciones y Compensaciones .	123
2.6.- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LOS IMPUESTOS INTERNOS Y ADUANAS.	124
2.6.1.- Objetivos del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y Aduanas.	127
2.6.2.- Funciones del Tribunal.....	128
2.6.3.- Algunas dependencias de la organización del Tribunal se describen a continuación:	129
2.6.3.1.- Área Jurídica	129
2.6.3.2.- Área Administrativa	129
2.6.3.3.- Área Contable	129
2.6.3.4.- Área de Cómputo	130
2.7.- OTRAS DEPENDENCIAS DEL MINISTERIO DE HACIENDA.....	130
2.7.1.- Lotería Nacional de Beneficencia.	130
2.7.2.- Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos.	130
2.7.3.- Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión.....	131
2.7.3.1.- Marco legal y reglamentación del FOSEP.	132
2.8.- REPRESENTANTES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA.....	132
2.8.1.- Autoridades de la Administración tributaria.	132
2.8.1.1.- Ministro de Hacienda.....	136
2.8.1.2.- Nombramiento de Ministro y viceministro.	137
2.8.1.3.- Viceministro de Hacienda.	138

2.8.1.4.- Directores y vicedirectores.	138
2.8.1.5.- Nombramiento de Director.....	140
2.8.2.- Competencia de la Administración tributaria.....	140
2.8.3.- Funciones básicas de la Dirección General de Impuestos Internos.	143
2.8.4.- La Función de Recaudación.	143
2.8.5.- La Función de Fiscalización.....	145

CAPITULO 3

ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

3.1.- DEFINICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO.....	147
3.2.- Características.....	159
3.3.- Distinción entre reglamentos y actos administrativos.	164
3.3.1.- Criterios.....	164
3.4.- Delimitación del acto administrativo.....	165
3.5.- Eficacia del acto administrativo.	166
3.6.- Clasificación de los actos administrativos.....	170
3.7.- Otras Clasificaciones.....	178
3.8.- Elementos del acto administrativo.....	181
3.8.1.- Elemento subjetivo o el sujeto.....	182
3.8.2.- Elemento objetivo.	186
3.8.2.1.- Licitud, posibilidad, presupuesto de hecho.	187
3.8.3.- Elemento teleológico o causal.....	191
3.8.4.- Elemento formal.....	192
3.8.5.- Las formalidades del acto administrativo.	193
3.8.5.1.- Las formas en sentido estricto.....	195
3.8.5.2.- La motivación de los actos administrativos.	196
3.9.- Validez del acto administrativo.	200

3.10.- Extinción del acto Administrativo.....	205
---	-----

CAPITULO 4

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS PROCEDIMIENTOS RESPECTIVOS

4.1.- ORIGEN ETIMOLÓGICO.....	208
4.2.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA.....	210
4.3.- TIPOS DE RESPONSABILIDAD.....	214
4.3.1.- Responsabilidad penal.....	214
4.3.2.- Responsabilidad civil.....	214
4.3.3.- Responsabilidad patrimonial.....	215
4.4.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	216
4.4.1. - Concepto y alcance del daño	217
4.4.2.- Requisitos del daño.....	219
4.5.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA...220	
4.5.1.- Relación jurídica tributaria obligacional y nacimiento de la responsabilidad patrimonial	221
4.6 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD.....	223
4.7.- SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....	224
4.7.1.- Sujeto activo de la relación obligacional de responsabilidad patrimonial.....	226
4.7.2.- Sujeto pasivo de la relación obligacional de responsabilidad patrimonial.....	226
4.8.- REQUISITOS PROCESALES REFERENTES AL TITULAR DEL DERECHO A INDEMNIZACIÓN.....	228
4.8.1.-Capacidad.....	228
4.8.2.-Legitimación.....	229

4.8.3.-Representación.....	230
4.9.- MODIFICACIÓN EN LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....	231
4.10.- EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....	232
4.11.- MODOS DE EXTINCIÓN.....	233
4.12.- PROCEDIMIENTOS SALVADOREÑOS PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	238
4.12.1. - Procedimiento tributario en sede administrativa.....	238
4.13.- PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONSTITUCIONAL.....	245
4.13.1.- Procedimiento contencioso administrativo en El Salvador..	245
4.13.2.- Tramites de ejecución de Sentencia para reclamar el pago efectivo declarado en proceso Contencioso administrativo.....	248
4.13.3.- Procedimiento constitucional de amparo para reclamar un derecho constitucional.....	251
4.14.- PROCEDIMIENTOS PARA RECLAMAR INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN SEDE CIVIL.....	254
4.14.1.- Proceso civil de liquidación de daños y perjuicios en El Salvador.....	255
4.14.2.- Proceso civil declarativo por daños y perjuicios en El Salvador.....	257
4.15.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DEL CUMPLIMIENTO O DE LA EJECUCIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA.....	258
4.16.- GENERALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN ESPAÑA.....	261
4.16.1.- Requisitos del procedimiento.....	261
4.16.1.1.- Requisitos Subjetivos.....	262
4.16.1.2.- Requisitos Objetivos.....	264

4.16.1.3.- Requisitos de la actividad de plazo.....	266
4.17.- AUTORIDADES ESPAÑOLAS RESPONSABLES.....	267
4.18.- CLASES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.....	268
4.19.- PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN ESPAÑA.....	270
4.19.1.- Procedimiento General	272
4.19.2.- Terminación.....	275
4.20.- REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN ESPAÑA.....	275
4.20.1.- Etapas del procedimiento abreviado de España.....	277
 CAPITULO 5	
5.1.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	279
5.1.1.- CONCLUSIONES.....	279
5.1.2.- RECOMENDACIONES.....	282
BIBLIOGRAFIA.....	285
ANEXOS.....	297

INTRODUCCIÓN

El presente documento constituye la ejecución de la investigación sobre “La responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, de la Administración tributaria por actos Administrativos”; que hemos orientado para obtener un avance hacia un Estado de Derecho, con la realidad de nuestra Sociedad, en el sentido de exponer las dificultades que poseen los contribuyentes, cuando estos han sido perjudicados por un acto administrativo dictado por un funcionario público, ya sea por negligencia, falta de capacitación, por aspectos ilegales, que es parte de la problemática de nuestra investigación.

En el se establecen de una forma detallada, todas las teorías de investigación que nos encaminamos a determinar en el trabajo de investigación, de manera que en el se desarrollan los conceptos, elementos, mecanismos, doctrina, legislación, nacional e internacional y jurisprudencia de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos de la Administración tributaria, con el objetivo de plantear las bases de cada institución que se relaciona con el tema en cuestión.

Veremos que en el capítulo 1 desarrollaremos toda la evolución y origen de la responsabilidad del Estado, a la vez de los funcionarios públicos, ya que esta tiene lugar a través de todos los acontecimientos que han marcado la historia tanto de nuestro país, así como la vinculación que tuvieron otros países y sus propios sistemas.

En el capítulo 2, expondremos la legislación Constitucional y secundaria que establecen la competencia, organización, funcionamiento y atribuciones de la Administración tributaria salvadoreña, así como la exposición de cada una de las Dirección e instituciones que conforman, la Administración tributaria, para

concretizar los actos que estas emiten y que son fiscalizables, así como las atribuciones y forma de elegir a los Ministros, Viceministros, Directores, Subdirectores y demás funcionarios de la Administración tributaria.

Asimismo en el capítulo 3, desarrollamos, la teoría del acto administrativo, sus elementos, clasificación, características, validez y eficacia, de diferentes autores, así como jurisprudencia, y definiciones legales, para determinar la forma en que debe dictarse el acto administrativo y cuales son sus efectos, partiendo que este acto es esencial, para determinar si pueden incoarse los procedimientos jurisdiccionales respectivos, y determinar si este es ilegal, nulo, o si esta dictado conforme a Derecho o si violenta un Derecho Constitucional, de tal manera que la emisión de un acto administrativo es la forma de manifestación de la Administración y que tiene efectos jurídicos.

En el capítulo 4, exponemos los procedimientos jurisdiccionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración tributaria y funcionarios públicos, así como los procedimientos jurisdiccionales respectivos, que establece la legislación salvadoreña, para reclamar el daño y determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración y del funcionario, estableciendo además la definición de responsabilidad, sus clases, y requisitos para que pueda determinarse responsabilidad patrimonial, ya sea al Estado o al funcionario publico, así como la relación jurídica obligacional que nace del Derecho tributario material, de los derechos y deberes que recíprocamente existen entre el Estado y el administrado o contribuyentes, así como los sujetos intervinientes de la obligación, los requisitos procesales, cuando se ha incoado un procedimiento para establecer la responsabilidad patrimonial y así la indemnización del daño ocasionado.

Estableciendo a la vez los modos de extinguir la responsabilidad y las formas que establece la doctrina española y la legislación común

salvadoreña. De esta misma forma se han expuesto los procedimientos administrativos y jurisdiccionales que regula la legislación Española, para retomar como modelo, para que en nuestro país se pueda también establecer un procedimiento especial y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado directamente y subsidiariamente la del funcionario público, y no de la forma en que se regula en la actualidad en nuestro país, ya que es una forma que no esta uniforme en un solo cuerpo de normas y que de esta manera no es efectiva, ya sea por el tiempo y por los criterios que aplican los órganos jurisdiccionales.

En el capítulo 5 hemos establecido las conclusiones a las que llegamos con esta investigación y que son producto de la problemática existente y que es una realidad que a diario viven los contribuyentes, desde el momento en que son afectados, por la emisión de un acto administrativo y que no reclaman por limitaciones económicas; y por la falta de educación o cultura de reclamo. De esa misma forma la falta de capacidad técnica y ética de los funcionarios públicos, al momento de dictar los actos administrativos.

Recomendando a la vez la creación de un mecanismo especial para brindar una seguridad jurídica y el incentivo de la Procuraduría General de la República para representar a las personas de escasos recursos; también la creación de una partida presupuestaria para el pago efectivo de las indemnizaciones de daños y perjuicios declaradas y establecidas en los procesos de reclamación respectivos.

Finalmente con los anexos visualizar el modelo de demanda para un juicio de liquidación de daños y perjuicios, así como la estructura organizativa del Ministerio de Hacienda y la Dirección General de Impuestos Internos y un cuadro comparativo del procedimiento Español y Salvadoreño, para reclamar responsabilidad patrimonial y de daños y perjuicios.

CAPITULO 1

ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.1.- Sistemas representativos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Para remontarse a la primera época en las que se desarrolla y origina la responsabilidad en sí del Estado y posteriormente de los funcionarios públicos, es interesante abordar las primeras épocas, así como los diferentes sistemas que han dado un gran aporte, a la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos.

En los regímenes primitivos, los contribuyentes no tienen recursos jurídicos, ni contra el Estado, ni contra el Rey; en consecuencia el perjuicio, ocasionado debía ser soportado totalmente por los contribuyentes sin tener acción para obtener una respuesta eficaz por el absolutismo del poder del Rey y de su derecho divino, en las Ciudades Estados: de Menfis, Egipto, Babilonia, Nínive, los gobiernos eran despóticos, el Faraón ejerce poderes ilimitados, sobre los súbditos, porque no tenían participación en el gobierno. En Esparta y Atenas, en sus distintas formas de gobierno que se desarrollaron según la época anárquica, aristocracia, democracia el funcionario disponía de todos los bienes de los ciudadanos y no tenían

responsabilidad solo ante la divinidad¹. En la edad media se mantiene una semejante idea teocéntrica de poder en el monarca².

Existes otro antecedente y es necesario mencionar antes de exponer los diferentes sistemas y es la Teoría del Fisco, esta surgió en la época imperial Romana, surgió por primera vez la institución del Fisco, que era una especie de persona moral, diferente al Estado y al gobernante, integrada por los bienes públicos, contra la que se podían ejercer acciones indemnizatorias por los perjuicios causados a las personas. Aunque significaba un gran avance para la época, esta figura no prosperó históricamente³.

Ya en el siglo XV, y como consecuencia del Estado absolutista, todo el poder estatal se radicaría en cabeza del rey o soberano. Como consecuencia de esa soberanía que identifica al rey, de manera radical se asimilaría la irresponsabilidad del Estado, ya que la soberanía y la responsabilidad eran entendidas como conceptos totalmente contrarios. Según la teoría de Manuel María Diez, tuvo la ventaja de proporcionar a los súbditos la posibilidad de demandar al rey con la persona del *Fiscus*, siendo que el juicio fuese de carácter patrimonial, y que se estableció un principio de

¹ BERNABÉ ELÍAS, J: *Responsabilidad de los funcionarios públicos* Tesis doctoral, Universidad de El Salvador, San Salvador 1974, p. 38-39.

² Se mantiene una idea gráfica y clásica de ese periodo de "irresponsabilidad del Estado", sostenida por los ingleses, proviene del medioevo y dice: *the king can do not wrong*, que significa que el rey no se equivoca; esta situación se mantiene hasta 1789 con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ya que esta se refiere a la indemnización previa en el caso la expropiación forzosa, sin embargo no menciona a los daños no expropiatorios que con el actuar del estado pueda causar a los ciudadanos.

³ GARRIDO FALLA, F: *Tratado de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1992, vol II, p. 244.

responsabilidad del Estado, ya que las decisiones del príncipe eran inapelables⁴.

Otro aspecto importante es que la responsabilidad patrimonial del Estado, coincide en dominar como la etapa de la “irresponsabilidad del Estado”;⁵ existe otra teoría que es más amplia⁶, pero es de hacer notar que como estos autores hay otros que establecen más teorías acerca de las etapas de esta teoría, como es el caso del jurista Español Fábregas⁷.

Luego de exponer una mínima evolución hacia la responsabilidad del Estado, vemos que han acontecido hechos que han marcado un avance aunque sea mínimo, pero ha existido y es así como también en la primera guerra mundial, por el aporte que esta tuvo en el sentido de las transformaciones socioeconómicas, de los cuales los países vivieron avances en cuanto a una evolución de la figura de la responsabilidad patrimonial, rompiendo el dogma de la responsabilidad del Estado⁸. En ese

⁴ DIEZ, MANUEL MARIA: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1963, t I, p. 119.

⁵ ALTAMIRA GINEBRA, J: *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, editorial Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos., 1973, p. 48. La evolución del concepto de responsabilidad tiene cuatro etapas: 1) irresponsabilidad del Estado, 2) responsabilidad del funcionario, 3) responsabilidad parcial del Estado, 4) responsabilidad directa del Estado.

⁶ MAYER, OTTO: *Derecho Administrativo Alemán* 2ª Edición. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1982, t. IV, p. 659. Posteriormente se aceptó la responsabilidad del agente público, no así del Estado. Luego la de ambos (agentes y Estado), y finalmente la del Estado en forma directa, también Marienhoff quien expone que en comienzo, regía el principio de la irresponsabilidad del Estado y de sus agentes públicos (funcionario y empleado público).

⁷ FABREGAS DEL PILAR, J: *La Responsabilidad del estado y de sus autoridades y funcionarios*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957, p. 9-10. Fabregas del Pilar, expone tres etapas sucesivas la primera, es la afirmación de la irresponsabilidad de la Administración. En la segunda, se admite la responsabilidad en los casos en que en la actuación de los servicios haya incurrido negligencia culposa no imputable personalmente a los funcionarios. La tercera, es aquella en la que el fundamento de la irresponsabilidad de la administración, consistente de una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos, se sustituye por otro más amplio basado en lo que se denomina el riesgo inherente a ellos.

⁸ Los momentos históricos y los instrumentos utilizados han variado de cultura en cultura es decir de país a país, de acuerdo a sus propios regímenes y costumbres legales, es decir que

sentido se debe manifestar que cada momento histórico e instrumento utilizado ha sido diferente, pero de esa manera ha sido indispensable vivirlo, ya que toda la doctrina existe para avanzar hacia un Estado de Derecho autentico y moderno⁹.

Para este apartado se expondrá los diferentes acontecimientos y formas en las que se ven vinculados todos los avances de la responsabilidad patrimonial del Estado, tal como se ha mencionado anteriormente, vemos pues que existen diversos momentos, acontecimientos e instrumentos que han dado un auge a la responsabilidad del estado y funcionarios, y que son los que han hecho un aporte más importante para tal efecto, no está de más mencionar que también existen otros sistemas, pero que no se expondrán simplemente porque sus momentos o acontecimientos son muy parecidos a los de otros países; por lo tanto los sistemas más relevantes que han aportado con su doctrina, momentos y jurisprudencia significativa son los siguientes:

1.1.1.- Sistema Ingles.

Para el sistema Ingles, que es uno de los cuales ha sufrido una transformación hasta el año 1947 según el cual “*El rey no puede hacer ilícito*”, tal como se ha manifestado anteriormente, pero además se le suma otro principio por merito del cual se le reconocía una inmunidad judicial a la corona, según este ultimo principio, para poder demandar a la corona en

algunos lo han hecho, a través de los precedentes jurisprudenciales; otros países por medio de la legislación positiva.

⁹ Hay que recordar que el verdadero origen de la institución de la responsabilidad son los principios generales del Derecho, que son estatuidos por la vía jurisprudencial en Francia, que realmente ha sido la cuna del Derecho Administrativo a partir de la revolución Francesa; aunque los primeros esbozos de la responsabilidad aparecen tiempo después a finales del siglo XIX gracias a la labor del conseil d'etat.

Inglaterra se le debía pedir permiso a la misma corona, de manera tal que si no quedaba fijada la litis de una controversia determinada. Con motivo del incremento de los daños causados, se ideó un mecanismo por el cual la Administración designaba a un funcionario determinado para que este fungiera como demandado, aun cuando atrás estaría la corona para sufragar los recursos económicos que tuviera erogar¹⁰. A este *subterfugio*. Típico inglés se le reconoció como el “sistema del acusado nombrado”. A juicio de G. L. Williams, el sistema tenía tres defectos fundamentales “en primer lugar, podría ocurrir que el particular perjudicado desconociese la identidad del funcionario que causó el daño; en segundo lugar, la Corona podía discutir en juicio si quien realizó el daño era o no empleado, o si actuó en el desempeño de su cargo; finalmente, el funcionario responsable del daño pudo no haber infringido ningún deber respecto del reclamante, existiendo entonces la imposibilidad de obtener condena”¹¹.

1.1.2.- Sistema Estadounidense.

El sistema estadounidense es muy semejante a la evolución que la institución tuvo en Inglaterra. En primer lugar en Estados Unidos prevaleció el principio *the king can do no wrong*, situación francamente sorprendente si se tiene en cuenta que en los Estados Unidos nunca hubo rey trasplantado de forma incomprensible e inexplicable.¹²

¹⁰ En ese sentido debe advertirse que bajo el sistema inglés, los agentes de la Administración Pública tenían que responder directamente por los daños que causara en el ejercicio de su actividad pública, toda vez que el principio de que “el rey no puede hacer ilícito” exoneraba a la corona de cualquier responsabilidad.

¹¹ GARRIDO FALLA, F: *Tratado de Derecho Administrativo op. cit.*, p. 248.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E y Otro: *Curso de Derecho Administrativo II*. 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 248.

De tal manera, en Estados Unidos existe la misma restricción que en Inglaterra, en cuanto que el Estado no puede ser demandado sin su consentimiento, sin embargo que en el Derecho norteamericano no haya habido casos de enjuiciamiento del Estado a instancia de particulares¹³. También incremento en los reclamos obligo al congreso norteamericano a constituir un órgano asesor especializado denominado corte de reclamaciones. Si bien dicha Corte, que se estableció en 1855, aparentemente conoció de reclamos de la responsabilidad del Estado mucho tiempo después. Durante sus primeros ocho años de existencia, los fallos condenatorios que comprometieran recursos económicos, no podían pagarse hasta que el Congreso, previa propuesta del Secretario del Tesoro de aquel país, hiciera la provisión de fondos correspondiente¹⁴.

En este caso es pertinente hacer el siguiente comentario: Hasta en la actualidad en nuestro país, ha existido ese percance de no cancelar oportunamente las indemnizaciones, ya que siempre hay que esperar a que el Estado cuente con la aprobación de un presupuesto y que este sea autorizado para el pago de las indemnizaciones.

Para los Estados Unidos había cuatro principios que se resumen así:

- a) La responsabilidad debe recaer sobre ellos, es decir, debe personificarse, ya que consideran que el Estado es un ente público y solo puede actuar mediante sus funcionarios.
- b) También debía diferenciarse los tipos de responsabilidad ya sea esta civil, criminal y contractual, esta figura es aceptada anteriormente en Inglaterra, por la *Glorious Revolution* (1688).

¹³ CARRILLO FLORES, A: *La Justicia Federal y la Administración Pública*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1973, p.193.

¹⁴ *Ibidem.* pp. 195-196.

c) La inmunidad del soberano, esta se refiere a que por ser soberano debería ser inmune, pero no es así, ya que pueden ocurrir daños extracontractuales y no solo de un poder sino que integra a todos los poderes.

d) Y finalmente que el Estado es irresponsable por actos realizados por los órganos dentro de los límites de sus competencias, este en definitiva se excluye al resarcimiento por los actos lícitos de los tres poderes, pero es ilógico pensar eso ya que frente a estos últimos actos, se han ejercido también con el poder discrecional¹⁵.

1.1.3.- Sistema Alemán.

El sistema alemán adopta en su origen un tipo de responsabilidad de carácter indirecta. En esta situación se deriva de lo dispuesto por el artículo 839 del Código Civil alemán para el caso de existencia de actos ilícitos de los funcionarios: *“Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero por el daño causado. Si al funcionario solo le es imputable la culpa y no el dolo solo cabe digerirse contra el si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma”*.

Posteriormente, el artículo 131 de la constitución de Weimar del año de 1919, modifico el criterio para incorporar al Estado o a la corporación en la responsabilización por las infracciones de sus funcionarios, al disponer que: *“Si en el ejercicio de la potestad publica que le esta confiada, el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a tercero, la responsabilidad alcanza en principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallare el funcionario”*

¹⁵ COLAUTTI, CARLOS E: *“Responsabilidad del Estado”*, Revista Problemas Constitucionales, Buenos Aires, Editores Rubinzal-Culzoni, 1997 p. 19.

En ese sentido, el jurista alemán Ernst Forsthoff destaca las bondades del criterio con las siguientes palabras: “el traspaso al Estado de las obligaciones dimanadas de la responsabilidad de los funcionarios tiene la finalidad de poner al acreedor frente al deudor cuota o insolvencia es indiscutida en cualquier circunstancia”¹⁶.

Posteriormente a tres décadas, La Ley Fundamental de Bonn, ratifica el criterio al prever su artículo 34 lo siguiente: “*Cuando alguien, en ejercicio de una función pública que le fuere confiada, violare los deberes que la función le imponga con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o el organismo a cuyo servicio se encuentre*”¹⁷.

El texto de los artículos 1 y 2 de la Ley Federal alemana de 1981 sobre la materia establece: Artículo 1. *Responsabilidad del poder público.*

1. *Cuando el poder público infrinja un deber de derecho público que le obliga frente a otro, responderá su titular (el organismo) por los daños causados de acuerdo con lo dispuesto en esta ley.*

2. *Se considera que se ha concebido una infracción de un deber de esta clase cuando el mal funcionamiento procede de una organización técnica cuyo titular ejerce un poder público mediante esta organización, y no mediante personas impuestas, y el mal funcionamiento tenga el carácter de una infracción del deber de estas personas.*

3. *Las personas que cometan la infracción de un deber de esta clase no responderán frente al perjudicado.*

¹⁶ FORSTHOFF, ERNEST: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p.418.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y Otro, op. cit, pp. 354-355.

Artículo 2: “la reparación dineraria no procederá cuando la infracción del deber tampoco hubiera procedido ser evitada con la observación en el ejercicio del poder público del cuidado requerido por las circunstancias. La segunda regla no será aplicada al mal funcionamiento de las organizaciones técnicas”¹⁸.

Cabe mencionar que tanto la Constitución de Weimar y la Ley Fundamental de Bonn, influyeron en la Legislación de España, y esta última a su vez en la Mexicana.

1.1.4.- Sistema italiano.

Producto de la concepción prevaleciente hacia 1848, en el sentido de que la soberanía y la responsabilidad eran concepciones incompatibles o excluyentes, durante la vigencia del estatuto Albertino en Italia, ningún precepto constitucional contenía disposición jurídica alguna consagrara la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado o de sus agentes públicos. Como consecuencia de lo anterior como en otros muchos países, la doctrina y la jurisprudencia tuvieron que realizar imaginativos y valerosos esfuerzos para aplicar la esfera pública normas de Derecho Privado, relativas a la responsabilidad civil.

El sistema italiano, previo a la “constitucionalización” de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado en el año de 1948, aplico el Código Civil de 1865 concretamente los artículos 1115 y 1153 y

¹⁸ Es necesario hacer mención de los aportes de el Sistema Alemán en el sentido de valorar que en su carta magna incorpora la responsabilidad del Estado y a la vez lo hace con la del funcionario, de tal manera que se relacionan con el daño ilícito se transfieren al Estado, porque no solo se refiere al Estado en sí, sino que a los funcionarios; es ahí donde vemos que radica un antecedente en cuanto a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, que es el tema en cuestión.

posteriormente el Código Civil de 1942 en particular los artículos 2043 y 2049. Dice así: “los funcionarios y agentes del Estado y otros entes públicos serán directamente responsables, según las leyes civiles, penales y administrativas, de los actos realizados con lesión de derechos. En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y demás entes públicos”¹⁹.

Realizada una investigación de Derecho Comparado, entre el Derecho Italiano y el ordenamiento francés y español, se puede concluir lo siguiente, según Leguina Villa-Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares-“ el texto constitucional no está desprovisto de importantes aspectos positivos...”²⁰; en ese sentido y sin perjuicio de reconocer antes “que la fórmula empleada por el legislador constituyente no es demasiado acertada desde un punto de vista estrictamente formal”²¹.

1.1.5.- Otros sistemas.

En este apartado se expondrán los aportes acerca de la responsabilidad del Estado, que han sido acogidos por los países como Argentina, Brasil y Uruguay en Iberoamérica. También se mencionará y analizarán de forma breve los sistemas más avanzados que son el español y el francés.

¹⁹ LEGUINA VILLA, J: *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1983, p 33-34.

²⁰ *Ibidem* p 43.

²¹ En ese sentido para los doctrinarios, el problema que se plantea en el texto constitucional antes citado, es el relativo a la responsabilidad indirecta o por hecho propio, o bien el de la responsabilidad directa o por hecho ajeno; esta situación ha llevado a varios autores doctrinarios italianos a sostener diversas posturas, que van desde la responsabilidad directa de la Administración hasta la responsabilidad indirecta de la misma, pasando por la posición ecléctica de que la responsabilidad es directa en algunos casos e indirecta en otros.

1.1.5.1.- Sistema argentino.

El tema de la Responsabilidad del Estado, recién comienza muy avanzada la segunda mitad del siglo XIX; en su primer momento se da en forma legislativa habilitando las demandas contra el Estado por leyes singulares y especiales para el caso, pero no en ese sentido no surgía de la Constitución, era llamada Ley de Demandas contra la Nación, esta se fue prolongando por varios meses, y evoluciono, pero no linealmente y menos sin contramarchas y retaceos; esto avanza sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, y actualmente este ámbito de la responsabilidad del estado está acotado, sobre todo en el ámbito del Derecho Administrativo, esto repercute en la seguridad jurídica ya que sin esta no hay posibilidad de un verdadero estado de derecho, sin igualdad y justicia²².

En Argentina no existen normas que regulen la obligación del Estado de reparar los daños que en su actuar infiera a los particulares. De aquí que José Roberto Dromi recomiende “*una normativa expresa que establezca un sistema integral de la responsabilidad pública, más aún cuando ella es una de las piezas claves de un Estado de Derecho*”²³. En efecto, la responsabilidad en última instancia emerge de la ofensa legal o ilegal de los derechos reconocidos y adquiridos de los particulares en orden jurídico determinado. La jurisprudencia sienta el principio de que un acto es imputable directamente al Estado y lo hace responsable en su caso, cuando lo ejecuta el órgano dentro de sus funciones o tareas, sin importar que lo haya hecho o no dentro de sus atribuciones o límites.

²² COLAUTTI, op cit., pp. 9,10 y 13

²³ DROMI, ROBERTO: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo y Ricardo Depalma, 1992, t. II, p. 254.

Para el caso de Argentina muchos autores difieren, en cuanto a que no habiendo una ley expresa que regule la indemnización de un daño ocasionado, en síntesis, se puede aseverar con lo dicho, que se admite la responsabilidad extracontractual del estado, tanto en Derecho Privado como Público, más que por disposición legal expresa, por interpretación y declaración de la Corte Suprema de Argentina²⁴.

1.1.5.2.- Sistema Brasileño.

Las últimas cuatro constituciones de Brasil 1946, 1967, 1969 y 1988 aceptan expresamente la responsabilidad contractual del Estado. Los textos con ligeras variantes, establecen que: “las personas jurídicas de derecho público responden por los daños que sus funcionarios, en su calidad de tales causen a terceros. Corresponderá acción progresiva contra el funcionario responsable, en el caso de culpa o dolo”²⁵.

1.1.5.3.- Sistema Uruguayo.

Al igual que el sistema brasileño, el uruguayo contempla constitucionalmente la responsabilidad extracontractual del Estado. Las Constituciones de 1934, 1952 y la actual de 1966 así lo reconocieron. Los artículos 24 y 25 de esta última disponen lo siguiente: “Art. 24 El Estado, los Gobiernos Departamentales, los entes autónomos, los servicios descentralizados y en, en general, todo órgano del Estado serán civilmente responsable del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”.

²⁴ MARIENHOFF, MIGUEL S: *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed. actualizado, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, t. IV, pp 696 y sigs.

²⁵ CASTRO ESTRADA, Á: *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México, Editorial Porrúa, 1997, p. 70

“Art. 25 Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órganos publico correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación”²⁶.

1.2.- Los sistemas actuales más avanzados.

Como se menciona al principio del anterior apartado corresponde mencionar los sistemas más avanzados, es por ello que a continuación se mencionarán cada uno de ellos.

1.2.1.- Sistema Francés.

Este sistema es el pionero entre los demás para conformar una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, tal como hemos expuesto con anterioridad. Se puede afirmar que el sistema Francés surge del espíritu del hombre que convencidos de la necesidad de aplicar la justicia en la vida diaria, se escogen enseñanzas que se pueden extraer de los principios generales del Derecho para resolver los problemas que se les presenta “para decir el Derecho”, entonces se puede afirmar tal como lo expone Garrido Falla, “.....a cada resolución atrevida sucede otra de talante restrictivo, antes de consolidar cada una de las conquistas que nos conducen a la situación actual”²⁷.

Hasta mediados del siglo XIX, como en todos los demás países según como dijimos antes, en Francia se practico el principio de la irresponsabilidad del Estado, con algunas excepciones. Tales excepciones se derivan de texto

²⁶ *Ibidem* p. 70

²⁷ GARRIDO FALLA, F, *op cit.*, p 251.

expreso de ley en el cual se reconocía el deber de reparar ciertos daños, como el ocasionado con motivo de guerra²⁸.

Salvo esta clase de exclusiones, el particular dañado solo podía exigirles responsabilidad a los funcionarios públicos por la vía civil y por ende ante tribunales ordinarios. A esta nueva etapa de la evolución histórica de esta institución se le conoció como la de la responsabilidad de los funcionarios públicos, la cual en cierta medida supera la de la irresponsabilidad del Estado.

Sin embargo se le impuso al particular que quisiese demandar a un funcionario público una obligación previa consistente en pedir autorización para poder proceder contra él en la Vía civil, ya que aparentemente de no hacerlo así, se violentaba el principio de separación de poderes, esta obligación que se consignaba en artículo 75 de la Constitución del año VIII, y cuyo contenido había sobrevivido a nivel legislativo ya no en forma constitucional disponía que: “Con excepción de los ministros, los agentes del gobierno solo pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones en virtud de una decisión del Consejo de Estado. Este caso, el procedimiento tendrá lugar ante los tribunales ordinarios”²⁹.

²⁸ VEDEL, GEORGES: *Derecho Administrativo*, 6éme ed, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p.271. En ese sentido el autor, George Vedel no dice que “la idea según la cual la potestad pública debe responder de los daños que causan, por natural que nos parezca - hoy-, no se ha impuesto sin encontrar resistencias. En sus origen choco con el principio en virtud del cual el Estado soberano, no podía obrar mal, al menos cuando lo hacía por vía de autoridad. De este modo, la reparación de los prejuicios causados solo podía imponerse al Estado en virtud de textos formales: leyes de 28 pluvioso (daños producidos por disturbios). El desarrollo de la legislación de los siglos XIX y XX debía multiplicar también los textos relativos a la responsabilidad del Estado en algunos supuestos precisos: daños causados por o alumnos de las escuelas públicas como resultado de una falta de vigilancia del maestro; daños de guerra o perjuicios sufridos por las víctimas civiles o militares.

²⁹ La disposición anterior, se adopto luego de la caída del Imperio mediante Decreto de 19 de septiembre de 1870. Sin embargo, que se dice que la disposición que se transcribe en el texto sobrevivió a su abrogación, porque el Tribunal de Conflictos resolvió en el caso

De la autorización administrativa previa para que el particular pudiese estar en condiciones de demandar a un funcionario por los daños que su actividad le causara, nacen los primeros indicios claros de lo que se llamaría después el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado en Francia. En efecto, el órgano competente para poder autorizar la demanda civil contra un funcionario público era el Consejo de Estado. Para que este prestigioso Consejo concediera su autorización, sin embargo requería acreditar la falta personal del agente en la producción del daño al que se refería el particular solicitante. Es interesante apuntar que el propio sistema francés, merced a una labor de exclusión y, a la vez de reconocimiento de que los daños que la actividad administrativa causara con su actuación debían ser reparados, admitió o presumió de que no acreditarse la falta personal del funcionario público, los daños acaecidos se reputaran causados como consecuencia de una falta del servicio de carácter impersonal o anónimo, y que en estos supuestos sería el Estado quien debía responder; así, la acción de daños y perjuicios en estos últimos casos se entablaría contra el Estado, pero no ante jurisdicción civil, sino ante los tribunales administrativos³⁰.

Uno de los pasos más trascendentes en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado o de sus agentes, es lo concerniente a la separación que se da, como consecuencia de una célebre ejecutoría, entre la materia civil y la administrativa para conocer las demandas que se instauran con motivo de la existencia de daños producidos a particulares a causa de la prestación de los servicios públicos del Estado, dando paso a la edificación

Pelletier del año 1873 que el Decreto respectivo había abrogado la disposición –art 75-, más no el principio de la separación de autoridades administrativas y judiciales (ordinarias civiles).

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y Otro, op. cit, p 356.

gradual de una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado, sobre los principios de Derecho Administrativo.

1.2.2.- Sistema español.

A diferencia del sistema francés, aunque no sin similar mérito, el sistema español ha ido evolucionando gradualmente como consecuencia del esfuerzo y empeño principalmente de sus juristas investigadores y docentes, quienes desde la noble trinchera de la doctrina, han impulsado con convicción una progresista y bien estructurada legislación positiva sobre la materia. La tarea de la jurisprudencia, comparativamente, ha sido un tanto menor; sin embargo, en los últimos años ha elevado significativamente su participación en el perfeccionamiento de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado en España³¹.

Los juristas eminentes españoles han tenido en esta magna tarea de incorporar al derecho positivo y funcionalizar y arraigar en el sistema jurídico de España, la institución que estudiamos³².

Como en otros casos, España no fue la excepción en cuanto a padecer de una evolución sinuosa en esta materia; también, como en otros casos, se encuentran en forma relativamente temprana durante el siglo pasado en España, múltiples y dispersas disposiciones legales que estatuyen la responsabilidad del Estado y de sus agentes ejemplos de esta situación son los siguientes: la ley de 1842 establece como obligación de la nación “indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la

³¹CASTRO ESTRADA, Á, op. cit, p 80.

³² Antes se debe reconocer la influencia de los principios rectores de la institución de la responsabilidad del Estado definidos originalmente en Francia; no obstante ello, es innegable la contribución dogmática y legislativa española a dicho régimen jurídico, lo cual es igualmente merecedor de respeto y admiración, así como digno de emulación por parte de muchos otros países de diversas latitudes y semejantes sistemas jurídicos.

defensa de las plazas, pueblos. Edificios...”; Por su parte, Garrido Falla da la noticia de una disposición cardinal en esta materia, establecida por la ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, que en su artículo 24 dispuso que: “Ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad sea admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a este únicamente, durante otro año, el recuso que corresponda ante los tribunales ordinarios competentes, a que hubiere lugar en su caso, como si hubiera sido denegada por el Gobierno”³³.

De esta disposición poco citada y comentada por otros doctrinarios españoles, Garrido Falla profesor emérito de la Universidad Complutense y Catedrático de Derecho Administrativo- desprende tres importantes consideraciones:

1. Establece la posibilidad de reclamar al Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad; 2. Competencia de tribunales ordinarios, cuando no haya sido admitida la reclamación en la vía administrativa; y 3. Plazo de prescripción de un año para formular la reclamación y un supuesto temprano de negativa ficta por silencio de la Administración³⁴.

Como se ha expuesto vemos que han surgido acontecimientos que han venido evolucionando cada vez más en el campo de las responsabilidades estatales, llegándose a elaborar modernas teorías en la actualidad, tales como la teoría del daño especial, en donde, en un evidente desequilibrio de las cargas públicas que implique un daño a un particular que no hubiera estado en la obligación de soportar, se presume el nexo causal entre el daño y el hecho, aligerando la carga probatoria del demandante, con lo que se facilita inmensamente el acceso a una verdadera justicia material. En este mismo

³³GARRIDO FALLA, F, op. cit, p. 258.

³⁴CASTRO ESTRADA, Á, op. cit, p 81.

orden de ideas, la teoría del riesgo excepcional juega un papel importante en la actualidad, ya que, en daños producidos con ocasión de actividades peligrosas ejercidas por el Estado, se presume también el nexo causal entre el hecho y el daño³⁵.

Únicamente comentar que España cuenta con uno de los sistemas más avanzados del mundo en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, su perfeccionamiento continuó a través de las necesarias precisiones doctrinales y jurisprudenciales, ya que aún persisten indefiniciones de conceptos básicos que, utilizando la expresión de Blasco Esteve “no acaban de estar totalmente perfilados”³⁶.

1.2.3.- Época moderna.

Todo el apartado anterior se analizó y expuso lo relacionado con los antecedentes de responsabilidad tanto del Estado como de los funcionarios, este último en un sentido muy general, pero que ha servido para avanzar en nuestro sistema salvadoreño, de tal manera que expondremos las diferentes Constituciones que ha tenido El Salvador y que ha manifestado la responsabilidad patrimonial y penal, esta última que no es importante para nuestro estudio; así como algunas leyes que se vinculan con la responsabilidad de los funcionarios públicos.

En la actualidad, el Estado, como garante de derechos fundamentales, tiene una inmensa responsabilidad de protección a los ciudadanos en los

³⁵ RESTREPO, JOSÉ A: *Historia de la Responsabilidad Estatal*, Colectivo de Abogados, junio 2005, Madrid España.

³⁶ BLASCO ESTEVE, A: *La responsabilidad de la Administración*”, Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. (Ley 30/1992 de 26 de noviembre), Madrid, Libros Jurídicos Carperi, p.414.

derechos reconocidos en instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en donde se ratifica y obliga al Estado a tomar una actitud positiva, de hacer además de la negativa, no hacer en cuanto a la protección de los derechos humanos, es decir, el Estado como garante de derechos humanos es totalmente responsable de las violaciones que se llegaren a cometer dentro de su territorio, cosa totalmente razonable, si observamos que es el aparato estatal el encargado de salvaguardar la vida, honra, bienes y dignidad de sus habitantes.

1.2.4.- Época Actual en El Salvador.

Para una satisfacción de necesidades de la población el Estado de El Salvador ha delegado a través de la historia atribuciones a los funcionarios públicos para que emitan actos de tal manera que desarrollaremos las diferentes Constituciones que han incorporado y regulado lo referente a tal punto de responsabilidad por actos emitidos, este hecho evidencia la inestabilidad política que ha predominado a lo largo de su historia.

La primera fue la constitución de fecha 12 de junio de 1824³⁷ y por ella el país se erigió en Estado libre e independiente dentro de la órbita de la Federación Centroamericana que estaba por constituirse. La constitución Federal se promulgó en noviembre de 1824 estableció que el gobierno era Republicano, Representativo y Federal. A las provincias de Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador daba el nombre de Estados

³⁷ Propuesta por el Congreso Constituyente del Estado El 25 de octubre de 1823, Aprobada por Estado Federal de la República de Centroamérica, hasta el 12 de junio de 1824. Órgano Judicial, Fiscalía General de la Republica, Procuraduría General de la Republica, Ministerio de Justicia, *Las Constituciones de la Republica de El Salvador 1824-1962*, Segunda Parte, Tomo III B, San Salvador, Diez años de la Constitución de El Salvador, 1993 p.857.

Federados de Centro América y proclamaba dentro del contexto de la Responsabilidad de los Funcionarios en el Capítulo VI. Del Poder Ejecutivo y Jefe del Estado, "Artículo 44.- El Ministro será responsable por la autorización de órdenes y decretos que se desviaren de la ley", dándole cumplimiento al Principio de Legalidad también en el Capítulo XII. De la Observancia de las Leyes, interpretación y reforma de esta Constitución. Que pronunciaba "Artículo 78.- Todo empleado civil, militar o eclesiástico al tomar posesión de su destino prestará juramento de guardar la Constitución del Estado y desempeñar debidamente su cargo, complementándose así el principio de Legalidad.

La segunda Constitución lleva la fecha del 18 de febrero de 1841³⁸, cuando ya había desaparecido la Federación y El Salvador se había constituido en República independiente y en lo que concierne a la responsabilidad de los funcionarios lo regula al igual que en la de 1824, pero de la responsabilidad de los Empleados y funcionarios, agregando que sería responsable personalmente, hasta con sus bienes, vemos pues que se acerca a una regulación más específica en cuanto a responsabilizarse veamos en el Título 12. De dicha Constitución que reza "De la responsabilidad de los empleados., artículo 53.- Todo funcionario o empleado al posesionarse de su destino prestará juramento de ser fiel al Salvador, de cumplir y hacer cumplir la Constitución y atenerse a su texto cualesquiera que sean las órdenes o resoluciones que la contraríen y en todo tiempo serán responsables personalmente y con sus bienes por su infracción sin que pueda excusarlos ningún motivo o razón.

³⁸ Asamblea Constituyente 18 de febrero de 1841. Es la primera Constitución unitaria de El Salvador, como Estado soberano e independiente. Op. cit, p 859.

Otro elemento importante es que esta Constitución fue la primera en la que se hizo referencia al habeas corpus (recurso de exhibición personal). En ella se estableció asimismo un órgano legislativo bicameral, con una cámara de diputados y un senado. Se siguió reconociendo como oficial la religión católica, apostólica y romana, pero se declaró que toda persona era libre para adorar a Dios según su conciencia, sin que se puedan perturbar sus creencias privadas. Además se prohibió que los eclesiásticos pudieran optar a cargos de elección popular. Esta Constitución, de corte liberal e individualista, fue la primera que incluyó un título en la cual se exponen los derechos y las garantías del pueblo y de los ciudadanos.

La Constitución de 1864³⁹ regula lo mismo de la Constitución de 1841, pero incorpora el Artículo 67.” El presidente de la República, los Magistrados de la Suprema Corte, Ministros del Gobierno, Agentes diplomáticos y consulares, empleados y demás depositarios de la autoridad pública son responsables en lo que a cada uno concierne de todos los actos del Gobierno y de la Administración. La responsabilidad de los Ministros será mancomunada con la del Presidente, excepto en los casos en que hayan salvado su voto, consignándolo en un libro que se llevará al efecto”.

También reconocía a El Salvador la existencia de derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas, es decir a las dictadas por autoridades formales del Estado. La Constitución de 1871⁴⁰, también regula

³⁹ Emitida por el Congreso Nacional Constituyente del 09 de Marzo 1864. Sancionada el 20 de marzo de 1864. Se caracteriza por su matiz y sus ideas netamente conservadoras., Op. cit, p 862.

⁴⁰ Emitida por el Congreso Nacional Constituyente del 12 de noviembre de 1872. Para convocar la Asamblea Constituyente, no se siguió el trámite prescrito por la Constitución, sino el que ya había popularizado los anteriores mandatarios o sea, por medio de actas a cabildos abiertos, que invariablemente pedían la convocatoria urgente a una Constituyente. Op., Cit., p 864.

al igual que la de 1864, únicamente que elimina la palabra mancomunada, y le agrega solidaria, veamos Artículo 90 “Los Diputados y Senadores, el Presidente de la República, el Vicepresidente y los Senadores, que hayan entrado en el ejercicio del Poder Ejecutivo, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, los Ministros de Estado, Agentes diplomáticos y Consulares, empleados y demás depositarios de la autoridad pública, son responsables en lo que concierne a cada uno de todos sus actos oficiales. La responsabilidad de los Ministros será solidaria con la del Presidente, excepto en los casos en que hayan salvado su voto, consignándolo en un libro que se llevará al efecto.

En las Constituciones de 1871, 1880⁴¹ y 1883⁴² en la Sección única. Responsabilidad de los Funcionarios públicos, que reza al igual que la anterior Constitución, no hay relevancia alguna. Pero será la de 1886⁴³ modelo de carta magna liberal la más venerada no sólo por su larga vigencia sino por incluir una serie de disposiciones consideradas de avanzada para su época. Además fue la que estableció el sistema unicameral del órgano legislativo, al instituir la Asamblea Nacional de Diputados.

Si bien la Constitución de 1939⁴⁴ contiene fundamentalmente el mismo texto que la de 1886, se comprueban algunos cambios. El más sobresaliente es la disposición por medio de la cual se prescribe que, al momento de sentenciar, los tribunales tienen la facultad de declarar inaplicable cualquier

⁴¹ Emitida por Decreto Sin Número de la Asamblea Nacional Constituyente, del 19 febrero de 1880 publicada en D.O. N° 46 Tomo N° 8 del 22 de febrero de 1880.

⁴² Emitida por Decreto Sin Número de la Asamblea Constituyente del 04 de diciembre de 1883, publicada en el D. O. N° 285 Tomo N° 15 del 8 de diciembre de 1883.

⁴³ Emitida por el Congreso Constituyente, del 06 de julio de 1886, publicado en el D.O. N° 150 Tomo N° 20 del 02 de julio de 1886.

⁴⁴ Emitida por Decreto Sin Número por la Asamblea Nacional Constituyente, publicada en el D.O. N° 15, Tomo N° 126, del 20 de enero de 1939.

ley o disposición de los órganos del Estado si se considera que los mismos contradicen la Constitución. Estas dos Constituciones regulan lo relativo a la Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados al igual que las anteriores.

En 1950⁴⁵ se promulgó una Constitución teóricamente de avanzada, pues si bien no abandonaba su carácter individualista recogía de forma expresa los derechos sociales en uno de sus títulos. Además incorporo la Carrera Administrativa que evidentemente no incluye a los Funcionarios públicos, y manda la creación de la Ley del Servicio Civil y también continúa regulando lo relativo a la Responsabilidad de los Funcionario Públicos, hasta la Constitución de 1962⁴⁶. Siendo así hasta la última Constitución aprobada ha sido la de 1983 aprobada en un momento histórico caracterizado por el conflicto armado interno y en que la Asamblea constituyente que la redactó estaba conformada por representantes pertenecientes a los partidos de derecha y de la democracia cristiana, mientras que la izquierda, que se había negado a participar en las elecciones para elegir los miembros de dicha asamblea, se encontraba en plano enfrentamiento político y militar con el gobierno y la Fuerza Armada.

La Constitución de 1983⁴⁷ es un cuerpo normativo que nace sobre la base del modelo de la Ley Suprema de 1962; además tiene como fuentes ideológicas algunas constituciones de Latinoamérica, la de España y la de Alemania. Fue promulgada por la Asamblea Constituyente que funcionó con representantes elegidos mediante elecciones populares y directas en las que sólo participaron los partidos políticos que en aquel momento respaldaban

⁴⁵ Emitida por Decreto N° 14 de la Asamblea Nacional Constituyente, del 07 de septiembre de 1950, publicado en el D.O. N° 196, Tomo N° 149, del 08 de septiembre de 1950.

⁴⁶ Emitida por Decreto N° 6 de la Asamblea Constituyente, del 08 de enero de 1962, publicado en el D.O. N° 10 Tomo N° 194 del 16 de enero de 1962.

⁴⁷ Emitida por Decreto N° 38, Asamblea Constituyente, 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O., N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

políticamente a la Fuerza Armada. Dicha asamblea se convirtió en Legislativa a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta carta magna. Sin embargo, gracias a las normas que se le incorporaron a resultas de los Acuerdos de Paz, la Constitución adquiere un alto grado de aceptación entre los distintos actores políticos de la vida nacional.

Con esto podemos ver que han existido catorce Constituciones, básicamente en las que se ha tratado de avanzar, hacia un Estado de Derecho que de igualdad a todos, pero que en cuanto a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos no se ha ampliado al punto que no manda expresamente a crear un mecanismo especial para hacerla efectiva.

El primer fundamento constitucional, sobre la responsabilidad de los servidores públicos, se estableció en la Constitución de la República de 1950 y 1962, con la carrera administrativa, decretándose y entrando en vigencia diez años más tarde, la Ley del Servicio Civil⁴⁸, sin embargo esta ley aún vigente, no comprende a los funcionarios públicos como un mecanismo jurídico secundario que sea aplicable directamente y que regule todas las funciones de estos; y lo reafirma la Constitución de 1983 aún vigente en su Artículo 219 inciso 2 que dice” *La ley regulará el servicio civil y en especial las condiciones de ingreso a la administración; las promociones y ascensos con base en mérito y aptitud; los traslados, suspensiones y cesantías; los deberes de los servidores públicos y los recursos contra las resoluciones que los afecten; asimismo garantizará a los empleados públicos a la estabilidad en el cargo.*

No estarán comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios o empleados que desempeñen cargos políticos o de confianza, y, en particular,

⁴⁸ Emitida por Decreto N°507, 24 de noviembre de 1961, publicado en el D.O., N° 239, Tomo 193 del 27 de diciembre de 1961.

los Ministros y Viceministros de Estado, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, los Secretarios de la Presidencia de la República, los Embajadores, los Directores Generales, los Gobernadores Departamentales y los Secretarios Particulares de dichos funcionarios”; en ese sentido también hay jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, ya que pueden existir, interpretaciones que no son con respecto a la individualización de los funcionarios⁴⁹.

Con relación al cargo que adquieren los funcionarios públicos, con respecto a lo que establece la Constitución y la ley del Servicio Civil, es en relación a que esta última es donde se origina la garantía de permanencia a los

⁴⁹Sentencia del 20-VI-1999, Inc. 4-88, Considerando V 1 1. Sobre el *ámbito de aplicación de la carrera administrativa*: "la carrera administrativa tiene un ámbito de regulación de carácter general, en tanto que establece los componentes esenciales y básicos que deberán regir en todas aquellas áreas en las que el servicio personal al Estado se encuentre sometido a un régimen de carrera; por ello, cuando las demás carreras concurren a regular, a través de la ley, tales aspectos de forma más concreta a como lo hace la carrera administrativa, ello conduce a que las mismas no se conciben como carreras ajenas e independientes a la carrera administrativa, puesto que los parámetros que sirven de base a estas otras carreras, son los mismos que se han sentado por aquella. De lo dicho, cabe afirmar (...) que, tanto las carreras reconocidas en los arts. 67, 186 y 214 de la Constitución [sanitarias, hospitalarias, paramédicas y de administración hospitalaria en el servicio de salud pública; judicial y militar], como las establecidas por ley [policial, docente, diplomática, consular, etc.], son carreras que forman parte de un solo género -la carrera administrativa-, ya que persiguen un mismo fin: conseguir la eficiente realización de las funciones estatales por el elemento humano que presta servicios personales al Estado y demás entes públicos en un régimen de supra-subordinación; finalidad que se pretende lograr mediante el establecimiento de un régimen que comprende las condiciones de ingreso, los derechos y deberes, las promociones y ascensos, los traslados, suspensiones y cesantías, y los recursos contra las resoluciones que afecten a tales servidores. Si la carrera administrativa rige en un ámbito general, va de suyo que tal régimen se aplica a todo el elemento humano que realiza una función pública, sea directamente con el gobierno central o con los entes descentralizados por criterio territorial -los municipios- o por criterio funcional -las instituciones oficiales autónomas-" 2. Sobre las *personas no comprendidas en la carrera administrativa*: "con base en el art. 219 Cn., se concluye que no están comprendidos dentro de la carrera administrativa, los funcionarios públicos de elección popular, los funcionarios políticos y los de confianza, como además los empleados públicos de confianza, los trabajadores vinculados por una relación laboral y las personas que contratan con el Estado para la prestación de un servicio técnico o profesional, siempre que el servicio prestado no sea de aquellos que forman parte de la organización y funcionamiento normal del órgano estatal o ente público respectivo. Salvo tales sujetos excluidos, el resto de servidores públicos se encuentran comprendidos en la carrera administrativa" (Sentencia del 20-VI-99, Inc. 4-88, Considerando V 2).

funcionarios públicos, como servidores públicos, relación que se explicara más adelante, pero se tomaba este punto porque de esa manera se relacionara la permanencia del cargo de un funcionario y la hora de reclamarle directamente a su persona a que responda patrimonialmente⁵⁰

Por otro lado la Constitución si regula en cuanto a la responsabilidad de los funcionarios públicos; en el artículo 235, que dice *“Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes”*, podemos también mencionar lo que ha dicho la Sala de lo Constitucional⁵¹.

El artículo 245 de la Constitución vigente, expone lo siguiente: *“Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución”*; como hemos expresado anteriormente la Sala también se ha

⁵⁰ PACHECO BAÑOS, O: La estabilidad laboral del servidor público en El Salvador, 1ª edic, San Salvador. pp. 102 y 103.

⁵¹ Sentencia de 26-VIII-98, Amp. 317-97. Sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos por incumplimiento de la Constitución: "la responsabilidad directa que cabe al funcionario que ha emitido o ejecutado el acto violatorio de las disposiciones constitucionales, no puede estimarse una responsabilidad objetiva, esto es, no puede atenderse única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo en absoluto de la conducta del funcionario; ya que, si bien es cierto que la aceptación de un cargo público implica, por el solo hecho de aceptarlo, la obligación de desempeñarlo ajustado a las normas constitucionales -artículo 235 de la Constitución-, la presunción de capacidad y suficiencia que existe respecto de los funcionarios, no debe extremarse hasta el punto de no admitir errores excusables, por cuanto puede suceder que el funcionario no está, sea porque la ley secundaria no desarrolla la norma constitucional, o porque la ley es contraria a la Constitución, en situación de apreciar por sí la posibilidad de la violación constitucional".

pronunciado con respecto a este artículo⁵²; en ese sentido también se analizara de forma concreta en el capítulo correspondiente a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, ya que es con eso se pretende demostrar su eficacia, no en este acápite que solo se expone la evolución y avance de dicha figura.

⁵² Sentencia de 21-VII-1998, Amp. 62-97. Sobre el carácter democrático del establecimiento de la responsabilidad de los funcionarios: "la responsabilidad de los funcionarios y del Estado originada en los daños que causaren el ejercicio de las funciones de los primeros, es una de las grandes conquistas de la democracia y de inexorable existencia en el Estado de Derecho, pues significa la sujeción de poder público al imperio del Derecho" 2. Sobre la imposibilidad de atribuir responsabilidad objetiva a los funcionarios públicos: "la responsabilidad directa que cabe al funcionario que ha emitido o ejecutado el acto violatorio de las disposiciones constitucionales, no puede estimarse una responsabilidad objetiva, esto es, no puede atenderse única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo en absoluto de la conducta del funcionario; ya que, si bien es cierto que la aceptación de un cargo público implica, por el solo hecho de aceptarlo, la obligación de desempeñarlo ajustado a las normas constitucionales -artículo 235 de la Constitución-, la presunción de capacidad y suficiencia que existe respecto de los funcionarios, no debe extremarse hasta el punto de no admitir errores excusables, por cuanto puede suceder que el funcionario no está, sea porque la ley secundaria no desarrolla la norma constitucional, o porque la ley es contraria a la Constitución, en situación de apreciar por sí la posibilidad de la violación constitucional [ya que] el concepto de responsabilidad personal del funcionario no puede formarse sobre la base unilateral de la relación causa-efecto, pues ello conduciría a decisiones absurdas e injustas; como sería el caso de obligar a responder por daños y perjuicios al funcionario que procede con sujeción a una ley y en cumplimiento a sus disposiciones" Sentencia de 26-VIII-1998, Amp. 317-97. 3. Sobre los parámetros de apreciación de la responsabilidad de los funcionarios públicos: "dicha responsabilidad debe apreciarse a partir de ciertos aspectos fácticos, como son: la extralimitación o cumplimiento irregular de las atribuciones, negligencia inexcusable, ausencia de potestad legal, malicia, previsibilidad del daño, o anomalía del perjuicio" Sentencia de 26-VIII-1998, Amp. 317-97. 4. Sobre la subsidiaridad y la naturaleza de la responsabilidad del Estado: "la calidad subsidiaria de la responsabilidad estatal surge no sólo ante la ausencia o insuficiencia de bienes del funcionario, sino también cuando a éste no es dable imputársele culpa alguna. La responsabilidad del Estado, contraria a la del funcionario, deviene en objetiva, pues aquél no posee una voluntad única, consciente y libre, por lo que no puede actuar dolosa o culpablemente" Sentencia de 26-VIII-1998, Am p. 317-97.

1.3.- Generalidades del servidor público.

1.3.1.- Concepto de servidor público.

El Estado y sus instituciones en particular requieren de un elemento humano que concrete una actividad o función dentro del marco normativo; es decir, de personas naturales que físicamente actúen en cumplimiento de ciertas actividades que se les encomiendan, personas entre las que cabe mencionar trabajadores y servidores públicos. Por lo que el Estado para la consecución de sus fines y por la naturaleza de este, necesita al igual que cualquier otra persona jurídica, la concurrencia de personas naturales, las que en este caso, se les denomina servidores públicos; y la relación entre estos y el Estado, se origina ya sea a partir de la celebración de un contrato individual de trabajo, de un acto administrativo de nombramiento, o bien de un contrato de naturaleza civil, de una elección popular o directa o indirecta o de segundo grado. Tales personas son seleccionadas de diferente manera, ya sea por medio de un concurso por oposición, de un sorteo, de una terna, u otro mecanismo de escogitación.

A estos servidores públicos, se les denomina indistintamente empleados públicos, funcionarios públicos, trabajadores públicos, funcionarios municipales; pero en el fondo se están refiriendo al grupo de personas que trabajan para el Estado, en su forma centralizada de expresión, o considerando este de manera descentralizada, ya sea por servicios o región.⁵³

⁵³ *La Sala de lo Constitucional de El Salvador considera servidores públicos a todas aquellas personas que desempeñan sus labores en el Estado sean trabajadores, empleados o funcionarios, siempre y cuando la labor que realizan sea propia de la actividad estatal, si el cargo que desempeña es de carácter permanente y exclusivo, y se encuentra dirigido por un*

En derecho administrativo y refiriéndose a los servidores públicos, crea que la expresión llamada carrera administrativa, la que referirnos con mayor claridad es necesario que se considere su fundamento Constitucional y legal, en el artículo 218 y siguientes de la Constitución, ley de servicio civil, entre otras; esta abarca a los servidores públicos vinculados con el Estado en razón de acto administrativo, ya sea un nombramiento con cargo al fondo general de la nación o a fondos especiales de instituciones específicas; está entonces se ve manifestada en la protección que al servidor le proporciona, pues le hace gozar plenamente de sus derechos que como tal tiene, y le protege de una separación arbitraria o discrecional del cargo; esto es porque los servidores públicos no están al servicio de una fracción política sino del Estado, buscándose así garantizar la estabilidad laboral del servidor. Tal carrera se apoya en el precepto constitucional, de que toda persona tiene derecho al trabajo, y que a nadie se le puede privar de sus derechos, sin ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.

Tratándose de la legislación salvadoreña, podemos observar que en la Constitución de la República existen disposiciones que hacen referencia a los funcionarios públicos de la más alta jerarquía, es decir, aquellos que podemos calificar como “funcionarios de gobierno”, los cuales acceden a sus cargos por elección popular, por elección de la Asamblea Legislativa, por nombramiento del Presidente de la República, por nombramiento de la Corte Suprema de Justicia entre otras. Respecto de los cuales no cabe ninguna duda sobre su calidad de “funcionarios públicos”, dentro de otras

superior jerárquico, es decir, en una relación de supra-subordinación. De lo anterior se desprende que la categoría jurídica -trabajador, empleado o funcionario- que le corresponde a una persona que presta servicios en una Institución Oficial Autónoma, se determina de igual forma y únicamente en razón de la naturaleza del vínculo original que dio inicio a la relación laboral y por el tipo de actividad que se realiza. Sentencia de Amparo 227-2000 del 18/12/01

disposiciones, la Constitución se refiere a los “funcionarios públicos” y a los “empleados públicos”, sin determinar cuáles son aquellos y cuáles son los últimos, debido a que en las leyes secundarias se enuncian conceptos o definiciones de “funcionario públicos”, de “empleado público”, de “autoridad pública” y otros, Pero estos limitados únicamente a los efectos de las respectivas leyes; de tal modo que esos conceptos son diferentes unas veces y contradictorias en otras. A nivel constitucional podemos citar a manera de ejemplo los artículos siguientes:

“Art. 80 Cn.- El presidente y vicepresidente de la Republica, los Diputados a la Asamblea Legislativa y al parlamento Centroamericano y los miembros de los consejos municipales, son funcionarios de elección popular”.

Dicho artículo nos especifica los funcionarios que serán considerados de elección popular, es decir aquellos que el pueblo elige a través de sus votos, ya que estos no solo representaran a los votantes que los eligieron sino a todos los habitantes de la nación o municipio, quienes están obligados a servir por igual.

“Art. 218 Cn.- Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de una fracción política determinada. No podrán prevalecer de sus cargos para hacer políticas partidistas. El que lo haga será sancionado de conformidad con la ley”.

Este mandato constitucional limita las atribuciones que les son conferidas tanto a los funcionarios como a los empleados en el ejercicio de sus funciones ya que les establece que están al mando del Estado y no de una fracción determinada, así mismo señala que las acciones en que estos servidores públicos aprovechándose de sus puestos hagan propaganda, u otras acciones, a favor de algún partido político, serán consideran delitos

contra los derechos políticos, el sufragio y como actos arbitrarios, sancionados por el Código Penal.

“Art. 219 Cn.- la ley regulara el servicio civil y en especial las condiciones de ingreso a la administración; las promociones y ascensos con base en merito y aptitud; los traslados, suspensiones y cesantías; los deberes de los servidores públicos y los recursos contra las resoluciones que los afecten; asimismo garantizara a los empleados públicos la estabilidad en el cargo.

El artículo 219 de la Constitución, al regular la Carrera Administrativa, pretende establecer en definitiva un régimen que asegure la estabilidad laboral de los servidores públicos en una relación de supra-subordinación, normando de forma general las condiciones de ingreso, los derechos y deberes, las promociones y ascensos, los traslados, suspensiones y cesantías, y los recursos que afecten a tales servidores públicos, dejando todo tipo de especificidades a una previsión legislativa.⁵⁴

⁵⁴ *En virtud de ello, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral del servidor público es un derecho constitucional que a través del régimen legal correspondiente, el Estado tiene la obligación de garantizar por los cauces previamente establecidos administrativos o jurisdiccionales- que el ordenamiento consagra. en ese sentido, si bien la Ley de Servicio Civil establece en forma taxativa una serie de cargos y categorías excluidos de la Carrera Administrativa, esto no significa que tales servidores públicos que forman parte de la organización y funcionamiento normal de la entidad estatal para la que laboran estén desprotegidos en su estabilidad laboral, muy por el contrario, la protección siempre les asiste, sólo que mediante un régimen legal aplicable diferente, el cual quedará determinado, por la relación obligacional existente entre el Estado y el servidor público que surge del acto original por el cual se concretan los derechos y obligaciones entre ambos, ya sea por nombramiento en plaza según Ley de Salarios o contrato individual de prestación de servicios. Sentencia definitiva de Sala de lo Contencioso Administrativo, ref. 165-P-2003 de 12:05 de 4/3/2005) Líneas y criterios en Materia Contencioso Administrativo, año 2005 P.*

De la estabilidad de los servidores públicos no deriva una obligación para el Estado de mantener la plaza aunque la misma ya no sea necesaria, sino que éste está constitucionalmente autorizado para suprimirla de forma unilateral, sin que exista obligación jurídica de escuchar las razones de los probables afectados ni de realizar estudios especializados o de reingeniería que determinen que la plaza que una determinada persona ocupaba ya no es necesaria. Improcedencia de Amparo ref. 1329-2002 de fecha 09/01/2003.

1.4.- Naturaleza jurídica de los servidores públicos.

Diversas corrientes han pretendido explicar la naturaleza jurídica de la relación que se genera entre el servidor público y la Administración. Una de ellas considera que se trata de una relación de Derecho Privado, ya que ambas partes establecen derechos y obligaciones a través de la manifestación de su consentimiento, por lo que se trata de un contrato. Sin embargo, ya que el desempeño de la función exige lealtad, legalidad. Honradez y eficiencia, en razón del interés público, las normas solo pueden ser de Derecho Público.

Dentro de la concepción del Derecho Publico existen tres tipos diferentes teorías que tratan de explicar esta relación. a) La primera considera que la relación se da de un acto unilateral, ya que el servicio a prestar es impuesto unilateralmente por el poder público, lo cual no es posible ya que la libertad de trabajo es una garantía individual. b) La segunda le da un carácter de contrato administrativo, en virtud del concurso de voluntades que se requiere, sin embargo, la naturaleza pública del interés, materia de la relación, no puede quedar sujeta a la negociación, por lo que esta teoría también se desecha. c) La tercera teoría de mayor aceptación dice que la concurrencia de voluntades es indispensable para la aplicación de un estatuto específico, predeterminado por la ley, que no puede ser modificado por el interés de las partes, ya que su consentimiento solo genera la individualización de la disposición general del caso concreto. Esta teoría se denomina del acto condición.⁵⁵

⁵⁵ DELGADILLO GUTIÉRREZ, L: *Elementos de Derecho Administrativo*, editorial Limusa, Mexico DF edición tercera 1991 p 145.

1.5.- Clasificación de los Servidores Públicos.

Para dar una clasificación de los servidores públicos, se puede recurrir a una serie de criterios, los cuales en muchos casos solo son válidos para fines académicos, por ejemplo se puede hablar de servidores públicos, civiles y militares, servidores públicos nacionales y municipales e institucionales, de funcionarios y empleados públicos, de servidores públicos y permanentes, temporales o a plazo y eventuales, de hecho y de derecho entre otros.⁵⁶

En la doctrina de los expositores del Derecho Administrativo, existen dos grandes clasificaciones de los servidores públicos las cuales son: Funcionario público y empleado público. Entendiéndose los primeros aquellos que tienen derecho de mando, de iniciativa, y de decisión y que ocupan en consecuencia, los grados más elevados de la jerarquía y los segundos aquellos que atienden a la preparación y ejecución de las

⁵⁶ CANASI, José: *Derecho Administrativo parte general*, Argentina, p 531. El autor Argentino José Canisa, clasifica a los servidores públicos dentro de los siguientes criterios: a) el criterio más amplio estaría comprendida toda la masa de individuos que cumpliendo con la mas diversos cometidos estatales, sin distinción de gobernantes, funcionarios o meros empleados, forman la pirámide administrativa o escala jerárquica de la organización y funcionamiento de todos los organismos constitutivos de las diversas entidades públicas. b) el criterio de esta extensión, en que la doctrina divide a dichos agentes en funcionarios y empleados públicos, atribuyéndoles funciones de autoridad o de gestión, abarcando a aquellos a quienes se les ha conferido la calidad de gobernantes, conforme a los textos constitucionales nacionales, así como también los creados por la ley formal, en descentralización administraciones territoriales, comprendiéndose al personal dependiente de funcionarios ejecutivos y directivos que comprenden la vasta jerarquía administrativa de todos los poderes públicos y que representan por el símil de la pirámide jerárquica comenzando por la cúspide o vértice, donde se va ubicando en escala descendente todo el personal humano de la administración de pública del Estado en sentido lato. c) Y finalmente el criterio de la doctrina francesa distingue entre los gobernantes y agentes públicos, propiamente dichos comprendidos entre los primeros a los que constituyen la autoridad política que aseguran la dirección suprema de la administración el presidente de la República, el primer Ministro, los Ministros; los que no estarían incluidos en la denominación concreta o específica de agentes, por cuanto están incluidos de los estatutos de derecho público, aun cuando, por cierto, comprendidos en la Constitución nacional, que es también, sin duda alguna, un estatuto político, que les atribuye sus poderes y facultades, derechos y obligaciones.

decisiones emanadas de una autoridad superior y que por ello se encuentran en los grados más bajos de la escala jerárquica.⁵⁷ Algunos autores tales como Mauricio Hauriou, sostienen que existe plena identidad entre los conceptos de “funcionario público” y de “empleado público”, por lo que ambos vocablos deben considerarse como sinónimos; que tan funcionarios son los que realizan actos jurídicos como los que la ejecutan actos materiales; quienes solo aportan su fuerza física; y que tanto es funcionario el alcalde como el oficinista o el policía.

Otros autores sí admiten y sostienen el criterio de que entre “Funcionario público” y “empleado público” existe una verdadera diferencia de que concepto que permite distinguirlos como dos categorías diferentes. Como Rafael Bielsa, la distinción entre funcionario y empleados públicos tienen una base jurídica y es al mismo tiempo tan evidente y fundada y tan necesaria por su valor práctico, que es absurdo negarla.⁵⁸

Según expone Gabino Fraga, para hacer la distinción entre funcionario y empleado público se han expresado las siguientes opiniones: a) se han considerado que el criterio que distingue a los funcionarios de los empleados es el relativo a la duración del empleo y que mientras que los funcionarios son designados por un tiempo determinado, los empleados tienen carácter permanente.

⁵⁷ DIEZ, MANUEL M: *Manual de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1979, pp. 12-13.

⁵⁸ DELGADILLO GUTIÉRREZ, op. cit. p. 150., opina al respecto que funcionario público es aquel que ocupa un grado en la estructura orgánica y que asume funciones de representación, iniciativa, decisión y mando; mientras que el empleado es la persona que presta sus servicios a la Administración Pública sin facultades de representación, decisión y mando. Es decir, el funcionario es aquel que ejerce las actividades, competencia u “oficios” del órgano y no la persona que lo auxilia, ya sea en actividades materiales o técnicas, por ejemplo la secretaria o el profesional al que le encomiendan un dictamen de un asunto, pero que la resolución es que se exterioriza no le es atribuida.

Este criterio en realidad no da ninguna base segura para hacer la distinción, pues bien pueden encontrarse, entre los que se llaman funcionarios, algunos que tienen la misma permanencia que los empleados: a) se recurre al criterio de la retribución para fijar la distinción considerando que los funcionarios pueden ser honoríficos, en tanto que los empleados son siempre remunerados. Tampoco este criterio parece decisivo, puesto que en un régimen como el nuestro en realidad todos los servidores públicos gozan de una remuneración.

b) También se señala como criterio para distinguir a los funcionarios de los empleados la naturaleza de la relación jurídica que los vincula con el Estado. Si la relación jurídica es de Derecho público, entonces se tiene al funcionario; si es de Derecho privado, al empleado. La relación de la función pública de los empleados es por su naturaleza de derecho público, y por lo tanto, el criterio de distinción es inadmisibile.

c) Se ha dicho que los funcionarios públicos son los que tienen poder de decidir y ordenar, en tanto que los empleados son meros ejecutores. Esta distinción, como se ve, se confunde con la de autoridad y de auxiliares. Sin embargo cabe aclarar que la noción de funcionario no se confunde completamente con la autoridad, pues es preciso señalar que mientras que todos los funcionarios son autoridades, no todas las autoridades son funcionarios.

d) Se ha recurrido al criterio de considerar como funcionario a aquel que tiene señaladas sus facultades en la Constitución o en la ley, y empleado al que las tiene en los reglamentos. Pero se dice que todos los órganos de la Administración deben tener señaladas sus atribuciones en una ley de carácter material, que la distinción desde el punto de vista formal signifique facultades diversas que sean motivo bastante para hacer una distinción como la que se trata de consignar.

e) Por último, se ha señalado como distinción entre el concepto de funcionario y el empleado la que el primero supone un encargo especial transmitido en principio por la ley, que crea una relación externa que da al titular un carácter representativo, mientras que el segundo solo supone una vinculación interna que hace que su titular solo concurra a la formación de la función pública.

Es preciso señalar, la importancia de la distinción que existe entre funcionario y empleado público, en tanto que el funcionario público como se dijo con anterioridad posee poder de decisión, y actúan en representación de la institución para cual trabaja, su calidad de decisión procede de la Constitución o de un ley, no actúan por delegación, lo que lo distingue de los empleados de alto nivel. Estos indudablemente que gozan de ciertos derechos de los cuales no participan los empleados ejemplo de ello son los gastos de representación, honras fúnebres entre otras. Pero a la vez, participan de la mayoría de derechos de empleados, no así el de estabilidad, el cual es restringido al periodo o plazo que la ley les señala para su ejercicio, es decir están excluidos de la carrera administrativa.

1.5.1.- Derecho a la estabilidad laboral.

La estabilidad laboral de la que ya se hizo mención anteriormente implica el derecho a conservar un trabajo o empleo y que dicha estabilidad es inevitablemente relativa, pues el empleado no tiene derecho a una completa inamovilidad; y en caso de existir una relación laboral por medio de contrato implica el pleno derecho de conservar su cargo mientras esté en vigencia el contrato, es decir dentro del plazo establecido en el mismo; además en ambos casos que el empleado no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo, que el cargo se desempeñe con eficiencia, que no se

cometa falta grave que la ley considere como causal de destitución o separación del cargo, que subsista la institución para la cual se presta el servicio y que además el puesto no sea de aquellos que requieran de confianza, ya sea personal o política.⁵⁹

El derecho a la estabilidad laboral no puede interpretarse como un derecho al mantenimiento permanente de la plaza, ya que la estabilidad laboral de los servidores públicos sólo tiende a impedir su remoción arbitraria siempre que la plaza que ocupan subsista o que su "nombramiento" o contrato se encuentre vigente.

1.5.2.- Servidores públicos.

El incumplimiento de los deberes de los funcionarios y empleados públicos y municipales en ningún momento puede entenderse como una causal de aplicación automática para separar a un servidor público de su cargo, sino que es después del proceso requerido tanto por la ley como por la Constitución misma, que dichas causales pueden aplicarse; por lo que bajo ninguna circunstancia, la mera cita de artículos de la Ley de Servicio Civil, exime a una autoridad de cumplir con su obligación constitucional de

⁵⁹ *Debe entenderse que tal derecho surte plenamente sus efectos frente a remociones, destituciones o separaciones del cargo, arbitrarias o caprichosas, realizadas con trasgresión de la Constitución y las leyes. En ese sentido, no es posible la separación de un servidor público -sea empleado o funcionario- cuando el mismo no represente confiabilidad en el desempeño de su cargo o concurra otro tipo de razones, sin que se haya dado estricta observancia de la Constitución. No obstante lo anterior el derecho a la estabilidad laboral no supone inamovilidad absoluta, pues la Constitución no puede asegurar el goce de tal derecho a aquellos sujetos que hayan dado motivo para decretar la separación definitiva o temporal del cargo. La pérdida de la estabilidad laboral no constituye una atribución discrecional de la administración estatal, sino que es una atribución reglada o vinculada por los regímenes especiales o, en última instancia, por el mismo precepto constitucional. Sentencia de Amparo ref. 448-2002 de fecha 11/02/2003*

diligenciar un proceso previo a la toma de decisión de despedir a un servidor público.⁶⁰

1.5.3.- Empleados públicos vinculados por contrato.

No obstante el reconocimiento de la calidad de empleado público a aquel sujeto vinculado con la administración a través del contrato, el ámbito jurídico en el cual se enmarcan sus derechos y obligaciones es distinto al del empleado público vinculado a través de la Ley de Salarios.

Así, el marco jurídico de la relación de supra-subordinación entre el empleado público y la administración es, precisamente, el contrato firmado de común acuerdo entre ambos sujetos de derecho; de tal suerte que el empleado público sabe desde el momento de su ingreso las condiciones de éste, puesto que mientras no se incorpore a la Ley de Salarios, sus derechos y obligaciones emanarán directamente de las cláusulas de aquél, siempre y cuando éstas sean constitucionales, y de las que contemplen las leyes secundarias.⁶¹

⁶⁰ No obstante la Sala de lo Constitucional comprende que en algunas ocasiones los servidores públicos pueden ser protagonistas de graves conductas que justifiquen plenamente la imposición de sanciones, incluyendo su despido, esto no se constituye en motivo para que la autoridad competente se apresure a aplicar dichas sanciones omitiendo seguir el proceso o procedimiento que por obligación constitucional debe diligenciar. Sentencia de Amparo ref. 648-2002 de fecha 23/06/2003.

⁶¹ Desde la perspectiva anterior, habrá que separar la estabilidad laboral de los empleados públicos que están por contrato de la estabilidad laboral de los empleados de la misma naturaleza que se encuentran dentro de la Ley de Salarios. Así, la estabilidad laboral del empleado que entra a prestar servicio a través de contrato, estará condicionada por la fecha de vencimiento establecida en aquél, es decir, que su estabilidad laboral como empleado público está matizada por la vigencia del contrato. Y es que los empleados públicos sujetos a contrato tienen estabilidad laboral como cualquier otro, con la salvedad que la misma deberá atenerse a lo establecido en el marco jurídico que la genera: el contrato. Entonces, los empleados públicos por contrato tienen un derecho constitucional a la estabilidad que consiste, fundamentalmente, en el derecho que poseen dichos servidores públicos a impedir su remoción arbitraria y discrecional por parte de sus superiores dentro del plazo de vigencia del contrato, por lo que una vez finalizado el mismo -es decir, extinguido su marco jurídico referencial-, esta clase de empleado público deja de tener estabilidad laboral, pues no

1.5.4.- Empleados públicos enmarcada en la ley del servicio civil.

El término "empleado público" se refiere a la persona que participa y desempeña funciones públicas, es decir, que colabora o contribuye a que se lleven a cabo las funciones del Estado; de tal suerte que, a partir de dicho concepto, podemos advertir claramente los siguientes elementos: a) Que su nombramiento sea realizado por autoridad competente; b) Que la actividad que desempeñe tenga como fin la participación o colaboración para la realización de funciones estatales; y, c) Que debe realizar esa actividad como parte integrada de un órgano del Estado.⁶²

incorpora dentro de su esfera jurídica un derecho subjetivo a ser contratado otra vez o a ingresar forzosamente a la administración a través de plaza una vez finalizado el contrato. En conclusión, el empleado público vinculado al Estado a través de contrato es titular del derecho a la estabilidad laboral únicamente durante la vigencia del contrato, por lo que si durante el mismo se le quisiera "destituir", tal acción deberá hacerse con respeto al contenido esencial del derecho de audiencia; vencido el contrato, no es constitucionalmente titular de tal derecho. Improcedencia de Amparo ref. 211-2003 de fecha 22/04/2003.

⁶² *De lo anterior se colige que la actividad laboral de los empleados públicos, por regla general, se enmarca en la Ley del Servicio Civil, bajo un régimen común; y que la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos No Comprendidos en la Carrera Administrativa y el mismo Código de Trabajo, constituyen estatutos jurídicos garantes de dicha actividad. De manera consecuente puedo señalar que los empleados públicos, que prestan sus servicios para el Estado, los Municipios y las Instituciones Oficiales Autónomas o Semi autónomas, están sometidos a regímenes legales diversos, a pesar de que su actividad dentro del Estado y la concurrencia de las características ya citadas, son las que determinan en última instancia el tipo de relación que mantienen con la administración pública. La distinta naturaleza formal de ingreso de los trabajadores públicos a la administración, determina que ellos puedan estar sujetos a la Ley de Servicio Civil, si su nombramiento aparece específicamente determinado en la Ley de Salarios, con cargo al Fondo General, o en los presupuestos municipales; o a la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos No Comprendidos en la Carrera Administrativa, en los casos señalados en el Art. 2 Inc. 2 de la Ley de Servicio Civil; mediante contrato administrativo a plazo, según el Art. 83 de las Disposiciones Generales del Presupuesto; y finalmente, por medio de contratos de trabajo, como el caso de los jornaleros o empleados de bajo rango, en cuyo caso se sujetan al Código de Trabajo. Que, tratándose de los empleados públicos que prestan sus servicios a las Instituciones Oficiales Autónomas y Semi autónomas, comprendido el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, el artículo 2 inciso 2 de la Ley de Servicio Civil establece que se regirán por leyes especiales sobre la materia que se, dicten al efecto, para el caso la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos No Comprendidos en la Carrera Administrativa y el Laudo Arbitral*

1.5.5.- Estabilidad laboral de los empleados públicos por contrato.

En relación con la estabilidad laboral de los empleados públicos por contrato, tenemos que no obstante el reconocimiento de la calidad de empleado público a aquel sujeto vinculado con la administración a través de contrato por la realización de labores públicas permanentes, el ámbito jurídico en el que se enmarcan sus derechos y obligaciones es distinto al del empleado público vinculado a través de la Ley de Salarios.

Por ello, el derecho constitucional a la estabilidad de los empleados públicos por contrato consiste, fundamentalmente, en el derecho que poseen como servidores públicos a impedir su remoción arbitraria y discrecional por parte de sus superiores dentro del plazo de vigencia del contrato, por lo que una vez finalizado el mismo -es decir, extinguido su marco jurídico referencial-, la estabilidad laboral ya no asiste para esta clase de empleado público, pues no incorpora dentro de su esfera jurídica el derecho subjetivo a ser contratado nuevamente o a ingresar forzosamente a la administración a través de plaza una vez finalizado el contrato.

vigente. Sin embargo, lo anterior tan solo constituye la regla general, por lo que tal situación admite excepciones cuando el empleado público que labora para dicho Instituto, ha ingresado a la administración por medio de un contrato administrativo a plazo. En tal caso, los contratos se encuentran sujetos a un plazo que inicia desde la fecha de ingreso a la administración pública y que finaliza el treinta y uno de diciembre de cada año, sujetando su eficacia a la concurrencia de las condiciones señaladas en el artículo 83 de las Disposiciones Generales del Presupuesto, en armonía con el artículo 4 letra "s" de la Ley de Servicio Civil. Entre las condiciones que deben considerarse para la eficacia de tales contratos, se encuentran, por ejemplo, que las labores a desempeñar por el contratista sean propias de su profesión o técnica; que las mismas sean de carácter profesional o técnico; que aun cuando dichas labores sean de carácter profesional o técnico no constituyan una actividad regular y continua dentro del organismo contratante; y, que no haya en la Ley de Salarios plaza vacante con iguales funciones a la que se contrata Sentencia de Amparo ref. 1223-2002 de fecha 18/11/2002

En conclusión, el empleado público vinculado al Estado a través de contrato es titular del derecho a la estabilidad laboral únicamente durante la vigencia del contrato, por lo que si durante el mismo se le quisiera "destituir", tal acción deberá hacerse con respeto al contenido esencial del derecho de audiencia; pero cumplido el término estipulado para el vencimiento del contrato, el empleado no es constitucionalmente titular de tal derecho.

1.5.6.- Funcionarios públicos y su estabilidad en el cargo.

La estructura orgánica del Estado no responde a intereses particulares, sino que debe considerarse portadora de un interés público, por lo que el elemento que garantiza la situación del servidor público es, en puridad, garantía de la realización del interés público.

En virtud de lo anterior, para garantizar que tal servidor del Estado ajuste su actuación a los límites y fines que establecen la Constitución y las leyes, e impedir así que favorezca intereses partidarios o ceda ante presiones de grupos privados, es indispensable que al funcionario se le dote de un ámbito de seguridad jurídica. Ese ámbito de seguridad se refleja, desde una perspectiva subjetiva, en el mencionado derecho a la estabilidad en el cargo. Si partimos de la idea que el interés público está presente en la estructura orgánica del Estado, la protección al funcionario público obedece a dos razones concretas: la primera, de tipo político, en el sentido de neutralizar las denominadas políticas de despojo que obligan al funcionario público a servir a intereses partidarios por temor a la destitución, cesación o despido; y la segunda, de tipo técnico, en el sentido que la estabilidad en el cargo es exigida por la especialización de funciones a través de la experiencia en el mismo durante el plazo señalado en la ley. Así, la regulación sobre las potestades, competencias y funciones públicas, exige que sea garantizado el cumplimiento objetivo y riguroso de las disposiciones

constitucionales y legales, objetivo éste que se ve facilitado asegurando al funcionario público que si cumple con los deberes inherentes a su cargo, no será arbitraria o discrecionalmente destituido o cesado; en otros términos, esta garantía de que goza el funcionario, no es sino el reflejo de la necesidad de autonomía que requiere la actuación administrativa para que ésta sea eficaz y confiable.

1.5.7.- La legislación salvadoreña.

En El Salvador, podemos incluir bajo común denominador de “SERVIDORES PÚBLICOS”, a todas aquellas personas naturales que en, una forma por lo general permanente, prestan sus servicios al Estado, a cambio de una remuneración o salario⁶³; dentro de ese universo de “servidores públicos” podemos perfectamente diferenciar cuatro clases o categorías, a saber: a) Los altos funcionarios o funcionarios de gobierno b) funcionarios públicos c) los funcionarios públicos d) los empleados públicos y e) los trabajadores públicos.⁶⁴

⁶³ Art. 3 de la Ley de Ética Gubernamental, Decreto No 1038, publicado DO. No. 90, Tomo No 371 del 18 de mayo de 2006, define al Servidor público como, persona natural que presta sus servicios dentro de la administración del Estado, de los municipios y de las entidades oficiales y autónomas sin excepción. Comprende a los funcionarios y empleados públicos y agentes de autoridad en todos sus niveles jerárquicos. El ámbito de aplicación de esta ley es a todos los servidores públicos, permanentes o temporales, remunerados a ad honorem, que ejerzan su cargo por elección o por nombramiento o contrato emanado de la autoridad competente, que presten servicio en cualquier entidad estatal o municipal, dentro o fuera del territorio de la República.

⁶⁴ *Tanto en la jurisprudencia de esta Sala, como en algunas de las normas que conforman el sistema jurídico salvadoreño, se establece que ese elemento humano puede estar vinculado al Estado o a sus instituciones por diferentes medios legales; desde el caso de las personas que se vinculan por haber optado a un cargo público y son electas por votación popular directa, para un período determinado, a otras que se vinculan a partir de elecciones de segundo grado; sin embargo, otras ingresan a la estructura de ese elemento humano bajo el régimen de carrera, sean estas parte del régimen de carrera administrativa, como género, o formen parte de aquellas otras carreras establecidas en la Constitución o por la ley, como especies del género carrera administrativa, hasta las que se vinculan al Estado por medio de*

Los altos funcionarios⁶⁵ o funcionarios de gobierno, son electos por los ciudadanos lo que se denomina elección en primer grado, como es el caso del Presidente y Vicepresidente de la República, de los diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano y de los miembros de los consejos Municipales, a quienes el Art. 80 de la Constitución califica de funcionarios de elección popular; o son electos por la Asamblea Legislativa elecciones de segundo grado, por votación nominal o pública, como sucede con el grupo de funcionarios que menciona el Art. 13, ordinales 17 y 19 de la Constitución.

Los funcionarios públicos se identifican con los funcionarios de gobierno en el sentido de que ambos tienen poder de decisión frente a los particulares y constituyen o concurren a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se orienta a la realización de un fin público, lo cual los inviste de cierto carácter representativo. Algunos de ellos gozan de fuero constitucional, en el sentido de que para ser juzgados por delitos oficiales que cometan, se necesita previa declaratoria de la Corte Suprema de Justicia. Pero estos se diferencian de los funcionarios de gobierno en varios aspectos: en primer lugar, porque la forma de su designación que es consecuencia de su nivel jerárquico; en segundo lugar, por actuar en una esfera de competencia más reducida; en tercer lugar, por la naturaleza de sus funciones; en cuarto lugar, porque dependiendo de la

acuerdos de voluntad o contratos, sean estos sujetos a relaciones de coordinación o de supra subordinación. Sentencia de Amparo ref. 553-2002 de fecha 04/03/2003.

⁶⁵ Art.3 de la Ley de Ética Gubernamental, define al Funcionario público como, persona natural que presta sus servicios, retribuidos o a honoren, permanentes o temporales en la administración del Estado, de los municipios y de las entidades oficiales y autónomas sin excepción por elección o por nombramiento, con facultad para tomar decisiones dentro de las atribuidas en su cargo.

organización administrativa de las distintas oficinas públicas, existe toda una gama de funcionarios, toda escala jerárquica de distintos funcionarios. En lo referente a la naturaleza de sus funciones, las de los funcionarios de gobierno o altos funcionarios presentan un matiz político, en oposición a la de los funcionarios públicos, en las que predomina su carácter técnico.

En cuanto a los empleados públicos⁶⁶ constituyen el grueso de los servidores públicos ya se ha dicho antes que el funcionario público tiene carácter representativo, en cuanto forma o realiza la voluntad del Estado; en cambio, el empleado público no la tiene; y que el funcionario tiene poder de decisión frente a los particulares, mientras que el empleado es un mero ejecutor de órdenes o instrucciones, también se ha dicho que el funcionario actúa en un nivel jerárquico superior, mientras que el empleado se encuentra en un nivel inferior de menor trascendencia.

Asimismo, en tanto el funcionario asume su cargo en forma ocasional, durante un periodo determinado, el empleado hace el ejercicio de su trabajo, del desempeño de sus funciones, el objeto principal de sus actividades convirtiéndolas en una verdadera profesión, esto es, en una verdadera carrera administrativa, que va desde el ingreso a la administración hasta su retiro por vejez y en ese aspecto se puede agregar otro elemento diferenciador para ingresar al servicio civil y pertenecer a la carrera administrativa, se requiere al empleado público someterse a las pruebas de idoneidad, exámenes o concursos, pasar por un periodo de prueba de tres meses, etc., requisitos que se exigen en el funcionario.

⁶⁶ Art.3 de la Ley de Ética Gubernamental, define al Empleado público: persona natural que presta servicios, retribuidos o ad honore, permanentes o temporales en la administración pública y que actúan por orden o delegación del funcionario superior jerárquico, dentro de sus facultades establecidas en su cargo.

Como último punto dentro de la clasificación de los servidores públicos encontramos a los trabajadores públicos los cuales prestan sus servicios en el Gobierno Central, Órganos Legislativos, ejecutivo, Ejecutivo y Judicial, en los entes descentralizados, Instituciones Oficiales Autónomas, municipios. Los trabajadores públicos se encuentran en el nivel jerárquico más bajo de la clasificación, tanto por la naturaleza de sus labores, en las cuales predomina el esfuerzo físico sobre el intelectual, cuanto por lo bajo de sus salarios mínimo. Son conocidos “trabajadores de planilla por jornal” en términos generales, se encuentran en una situación laboral que se asemeja a la del trabajador privado, según se dispone en el Art. 2, letra b), que literalmente expresa: “2 las disposiciones de este código regulan:... b) las relaciones de trabajo entre el Estado, los municipios, las instituciones Oficiales Autónomas y Semi autónomas y sus trabajadores”.

1.6.- La Administración Pública.

1.6.1.- Nociones doctrinales y Definición de la Administración.

La noción conceptual de Administración, considerada esta como una de las funciones esenciales del Estado, es controvertida en el terreno doctrinario, debido a que no solo se debe caracterizar a la Administración frente a las otras funciones (legislativa y Judicial), sino que además corresponde optar por el punto de vista en que será considerada, el objetivo, sustancial o material o el punto de vista subjetivo u orgánico.

La doctrina predominante, al referirse a la Administración Pública, no considera a esta en sentido orgánico o subjetivo, sino desde el punto de vista material, substancial u objetivo, podemos decir que la Administración resulta caracterizada en base a la naturaleza jurídica interna del acto administrativo,

con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto. Se prescinde del autor del acto, solo se tiene en cuenta el acto en sí mismo. Tal es el criterio con que será considerada la Administración Pública. lo que define a una institución es la sustancia, no la forma ni el autor de los actos respectivos que constituirían la forma y el autor solo constituye elementos contingentes puede haber administración no solo en la actividad del Ejecutivo sino también en la parte de la actividad del órgano Legislativo o del órgano Judicial.⁶⁷

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, etimológicamente *administrar* proviene del vocablo latino "*administrare*", de *ad a* y *ministrare*, es el de "*servir a*"⁶⁸. Por lo que se alude a la administración como gestión de asuntos o intereses, siendo una gestión subordinada. Ello traduce la idea de acción, actividad, tendiente al logro de un fin. Pero el significado etimológico no es el significado jurídico máxime si a la idea de administración se la relaciona con la actividad del Estado. Cuando la actividad administrativa tiene en vista el bien común y la justicia distributiva, hablamos de Administración Pública.⁶⁹

Por ello la Administración se define como actividad concreta y practica, que consiste en actos jurídicos y en operaciones materiales. Es además una actividad inmediata, pues la realizan y llevan a cabo los propios órganos administrativos con el objeto de lograr fines que la motivan.⁷⁰

⁶⁷ MARIENHOFF, MIGUEL. S: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3ª edic., Buenos Aires, Editorial Abelardo Perrot 1989. P. 43.

⁶⁸ GARRIDO FALLA, F. op. cit, p. 27. Según otros por contracción de *ad manus trahere*, que implica alusión a la idea de manejo o gestión. Señalando este término por Cicerón, siendo evidente la semejanza con el *to manage* de los ingleses. Por lo que el diccionario de la Lengua española, administrar equivale gobernar, regir, o cuidar.

⁶⁹ DROMI, ROBERTO. *Manual de Derecho Administrativo*. 11ª. Edic., Buenos Aires- Madrid-Mexico, Ciudad Argentina, Hispana libros, 2006, p. 105.

⁷⁰ MARIENHOFF, op cit, p. 59.

1.6.2.- Características de la Administración.

En relación al tiempo, la Administración es una actividad permanente o continua del Estado (actúa para el presente), en tanto que la legislación y la justicia son actividades intermitentes o discontinuas que obran con relación al futuro o al pasado respectivamente. Por lo que su actividad es permanente, concreta, práctica e inmediata⁷¹, por lo que Marienhoff define como la actividad permanente, concreta y practica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran. De modo que la Administración es una actividad encaminada a lograr un fin. Pero la administración antes de ejercer su actividad debe organizarse, creando órganos y otorgándoles competencia.

El Estado actuando en el ejercicio de sus prerrogativas de poder, se encuentra colocado en un plano superior frente al administrado, lo que determina que las normas pertinentes no sean como en el derecho privado de coordinación sino de subordinación, porque imponen obligatoriedad, característica de normas del derecho público interno. La administración Pública en todas sus manifestaciones es el objeto del derecho administrativo, sean estas manifestaciones externas o internas, jurídicas o no jurídicas, según se verá más adelante en relación a la función administrativa.

1.6.3.- El Estado y administraciones públicas.

Los poderes del Estado precisan de una serie de medios personales y materiales que le permitan desarrollar las funciones que les viene

⁷¹ Ibídem, p. 59.

constitucionalmente encomendada. El instrumento fundamental a través del cual se llevan a cabo esas funciones y que integra aquellos medios materiales y personales es la Administración Pública. Esta en consecuencia, es una organización compleja que tiene como finalidad gestionar la acción del Estado sometiéndose a un régimen jurídico particular.

La constitución establece bases para sostener el régimen jurídico, tanto en lo relativo a la organización como a la acción administrativa, por consiguiente el Estado social y democrático de Derecho precisa de una administración Pública compleja y desarrollada para llevar a cabo las funciones que persigue, lo anterior se regula en el Título VI, Órganos del Gobierno, atribuciones y competencias. Siendo la Administración el instrumento fundamental de acción de los poderes públicos y la acción administrativa. Ello es así porque en ocasiones, el Estado encomienda el cumplimiento de ciertas acciones públicas a los particulares a través de diversas técnicas jurídicas, ejemplo de ello es la concesión de servicios públicos y por el contrario ella puede realizar funciones típicas de personas jurídicas particulares, como parte de sus exigencias y complementarias a su acción central.

1.6.4.- Facultades constitucionales de la administración pública.

Las facultades para la Administración Pública se conocen como potestades, entendidas como sinónimo de habilitación o títulos de acción administrativa. En los términos del autor Luciano Parejo "las potestades son, en último término y dicho muy simplídicamente, títulos de acción

administrativa..."⁷² La Sala de lo Contencioso Administrativo, sostuvo que "la conexión entre el Derecho y el despliegue de las actuaciones de la Administración, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a realizar sus actos...", de tal manera que "sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente...".⁷³

Las facultades de los funcionarios de la Administración Pública encuentran su fundamento último en la propia Constitución, pues de conformidad al art. 86 Cn, no puede haber actuación lícita de ningún funcionario que no esté amparada en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, el art. 164 de la Cn. puede extenderse a todas las facultades que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración Pública; es decir, a la suma de las atribuciones y competencias en el desarrollo de la función administrativa.

Interesa ahora determinar qué debe entenderse por exceso de facultades que la Constitución establece. En primer lugar hace falta definir que exceso se refiere a todo lo que esté fuera del ámbito de facultades o potestades, por estar más allá de estas o por desviarse de las mismas, lo cual incluye la posibilidad de que estando obligada la Administración Pública simplemente no las ejerza. En tal sentido, el exceso debe ser entendido inicialmente en su acepción más amplia, es decir, como cualquier desviación por parte de la Administración Pública del mandato contenido en el ordenamiento jurídico. El art. 164 Cn. pretende proteger el ordenamiento en

⁷²LUCIANO PAREJO, A y Otros: *Manual de derecho administrativo*. Editorial Ariel, Barcelona, 1994. P. 398.

⁷³ Centro de documentación Judicial: *Líneas en materia de lo contencioso administrativo*, CSJ. 1997. p. 83. Sentencia 20 de marzo de 1997, en el juicio referencia 17- T -96.

su expresión normativa superior: es un mecanismo de defensa de la Constitución ante actos nulos de la Administración.

En este orden de ideas, los excesos de las facultades que la Constitución establece, relevantes para la categoría de nulidad del art. 164 Cn., son aquellos que vulneren disposiciones de la misma. En consecuencia, será nulo el acto dictado por la Administración Pública en ejercicio de una facultad administrativa, cuando dicha transgresión trascienda en una vulneración a la Constitución.

Concepto de Administración Pública a efectos de la aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Como en todo ente jurídico, la Administración Pública en el ejercicio de sus actuaciones administrativas puede enfrentar controversias, a lo cual se someterá según lo dispone el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo⁷⁴, a la jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento de esas controversias que se susciten en relación con los actos de la Administración Pública. El Artículo 2.2 LJCA establece que concretos órganos e instituciones se incluyen en el concepto de administración Pública a efectos de aplicación de la ley⁷⁵. Se trata de los siguientes: El órgano Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas y demás entes descentralizadas del Estado.

⁷⁴ Art. 2. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de fecha 14 de noviembre de 1978, publicación en el D.O 19-12-1978. D.O 236, Tomo 231, D.L. n^o 81: Este instrumento jurídico crea la jurisdicción Contencioso administrativa, la cual conocerá las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. El tribunal competente para esta nueva jurisdicción es la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁷⁵ GAMERO CASADO, E. *Derecho Administrativo. La jurisdicción Contencioso Administrativo*. CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, 2001. Pág. 25.

La Administración central territorial del Estado. Estos son el Consejo de Ministros y todos los órganos de la Administrativos central del Estado dependientes del mismo, como los Viceministros, los Directores Generales, etc. Estos órganos se integran todos en la personalidad jurídica del Estado y carecen de personalidad jurídica independiente.

Debe notarse que la Fuerza Armada forma parte del Órgano Ejecutivo y por consiguiente que los actos dictados por la Administración militar forman parte del ámbito competencial contencioso administrativo, no obstante y como ya hemos observado, existe una jurisdicción militar específica, competente para conocer de los delitos y faltas puramente militares. El resto de actos recaídos en materia, especialmente los dictados por el Órgano Ejecutivo a través del ramo de la Defensa y Seguridad Pública, si forman parte del ámbito competencial del orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Las entidades e instituciones de naturaleza administrativa que tengan carácter autónomo respecto a la Administración territorial del Estado.

Las entidades descentralizas que hayan sido creadas para asumir funciones concretas, dotados al efecto de personalidad jurídico concretas, dotándose al efecto de personalidad jurídica propia, como el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, el ISTA, etc. Conviene puntualizar que las sociedades mercantiles en mano pública o las empresas mixtas, no se incluyen en el ámbito de aplicación de la Ley y por consiguiente sus actos no son residenciables ante la jurisdicción contencioso administrativa, salvo en el caso de que al propio tiempo resulten concesionarias de servicios públicos.

1.7.- El Gobierno Local.

El gobierno local se encuentra compuesto por instituciones de distintas naturaleza: La administración Periférica territorial del Estado. Comprendidos en esta categoría los departamentos o gobernaciones ⁷⁶, que constituyen el despliegue territorial de la administración general del Estado por todo el territorio de la República. La Administración periférica del Estado carece de personalidad jurídica propia, integrándose en la propia y común de la Administración del Estado. Las municipalidades (arts. 202 y sigs.). Los municipios son instituciones dotadas de personalidad jurídica propia y autonomía constitucional (art. 203 Cn.), que alcanza a lo económico, lo técnico y lo administrativo.

Los órganos Legislativos, Judicial y los organismos independientes. Para comprender quienes son parte de la administración pública como se ha establecido anteriormente haremos una separación de los que no son parte por lo que nos encontramos en presencia de instituciones que no gozan de la naturaleza de administración Pública, se tratan de órganos constitucionales que desempeñan una función constitucional específica distinta de la administración y no ser relaciona en ningún modo con el órgano Ejecutivo.⁷⁷

En estas instituciones, a las que calificamos como órganos constitucionales, en cuanto a que su creación es fruto de la Constitución misma. Desempeñan una función constitucional específica, cuya regulación no corresponde al derecho administrativo, pero con carácter instrumental o accesorio a dicha función constitucional específica asumen también otras funciones en las que aplican el Derecho Administrativo.

⁷⁶Artículos. 200-207 Cn, el cual comprende las gobernaciones y municipalidades.

⁷⁷ Ejemplo de lo anterior es, la Corte Suprema de Justicia y el resto de órganos integrados en el poder judicial, a quienes se la función jurisdiccional del Estado (Art. 172 Cn.), la Asamblea Legislativa, integrada en el órgano Legislativo y a la que corresponde la función legislativa como lo establece el artículo 121 Cn.; el Ministerio Público (art. 191 y sigs. Cn.) y la Corte de Cuentas de la República (195 Cn.).

Corresponde a la Asamblea Legislativa, fundamentalmente la atribución de legislar, según el artículo 121 Cn. Pero si se analiza el artículo 131 Cn., se observa que también se le encomienda funciones accesorias, de naturaleza jurídica administrativas, como crear y suprimir plazas y asignar sueldos a los funcionarios y empleados de acuerdo al régimen del servicio civil. Cuando la Asamblea Legislativa, a través de órganos oportunos, ejerce estas funciones los actos que este órgano dicta son materia o se enmarcan dentro del ámbito de la Jurisdicción contencioso administrativa. Dentro del Órgano Judicial, entre las funciones de carácter administrativo que se encomienda podemos mencionar, la denominada policía de estrados, esto es los actos dirigidos al mantenimiento del orden y decoro en los tribunales de justicia, que ejercen los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, lo anterior está dispuesto en la Ley Orgánica Judicial.⁷⁸

Así como actos de gestión administrativa, como los relativos al personal, a la contratación, etc., por ejemplo. El Art. 27.9 LOJ en relación con el presidente de la Corte Suprema, o a el artículo 29.1 LOJ en relación con los presidentes de las Cámaras de Segunda Instancia. Por su parte la Corte de Cuentas también se encuentra en esta posición y en concreto la ley de la Corte de cuentas de la República recuerda que este órgano constitucional también ejerce funciones administrativas. De otro lado la tradición jurídica salvadoreña detecta en los órganos independientes, que se mencionan en comentario a ciertos órganos administrativos que ejercen sus funciones con cierto rasgo de independencia respecto del Órgano Ejecutivo⁷⁹

⁷⁸ Emitido por Decreto Legislativo N 123 del 6 de Junio de 1984, publicado D.O N 115, Tomo 283, del 20 de junio de 1984.

⁷⁹ GAMERO CASADO, E. *Op cit.*, p. 25.

La actividad de tales órganos se encuentra igualmente sujeta al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativo, en toda su extensión y sin ámbitos de inclusión como los que corresponden a los órganos constitucionales cuando ejercen sus funciones específicas. Según la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la expresión organismo independiente, no incluyen a los que ostenten de personalidad jurídico-privada, pues las actuaciones realizadas por estos no son competencia contenciosos administrativa.

1.8.- Actuaciones de los concesionarios de servicios públicos.

Existen otros sujetos que a pesar de carecer de la condición de Administraciones Publicas dictan materialmente actos administrativos y por consiguiente esa actividad debe ser conocida por la jurisdicción contenciosa administrativa. Se tratan de los concesionarios de la servicios públicos, en la medida que su actividad sea la propia del servicio público. Ejemplo de ello son los cobros de tarifas por empresas privadas que presten suministros de bienes y energías que hayan sido declarados servicios públicos, la imposición de sanciones a usuarios de servicios públicos ejercidos por sujetos privados, etc. El modo como se instrumenta la canalización de esas actuaciones hacia el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa es indirecto: los afectados deberán en primer término recurrir contra el acto del concesionario ante la administración concedente y en caso de desestimación expresa y presunta del recurso podrán acudir a la vía contencioso administrativa.⁸⁰

⁸⁰Resoluciones de la Sala de lo Contencioso administrativo CSJ, de 28-IV-98, Ref. 33-E-98 y 29-IV-98.

1.9.- Actuación de la Administración Pública.

Las administraciones públicas pueden actuar de diversas formas o través del cauce de distintos instrumentos jurídicos al objeto de materializar las potestades que les concede el ordenamiento jurídico, por lo que su actuar, se puede dividir en actuación administrativa material y formal, que se identifican por su materialización como por ejemplo, dictando actos administrativos, estableciendo relaciones contractuales, por el cauce de la potestad reglamentaria. Además de esos supuestos de la actuación positiva existen supuestos de actuación negativa y que se producen cuando⁸¹:

1. El titular del órgano administrativo competente no admite acto alguno (silencio administrativo), tras existir una petición específica formulada por un ciudadano.
2. Existe inactividad administrativa no encuadrada en la sede de un procedimiento.

Actuación administrativa material.

El hecho administrativo es toda la actuación material, traducida en operaciones técnicas o a actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. Objetivamente el hecho administrativo exterioriza función administrativa, se hace la diferenciación con el acto administrativo del cual se hablara en el capítulo tres, pues la actuación es un hacer material, operación técnica o

⁸¹ AYALA, J y Otros, *Manual de Justicia Administrativa*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de capacitación Judicial, 2003, pág. 44

actuación física de un ente público en ejercicio de la función administrativa.⁸²
El hecho no es una exteriorización intelectual sino material.⁸³

El acto administrativo tiene presunción de legitimidad por cuanto determina la obligación del particular de cumplirlo y el nacimiento de los términos para impugnarlo, transcurridos los cuales opera la caducidad. No ocurre lo mismo con el hecho administrativo, pues no existen normas positivas que le otorguen presunción de legitimidad. El hecho administrativo no impone deberes a los administrados, sus efectos jurídicos se reducen a imponer responsabilidad administrativa si se ha ocasionado un daño. El ordenamiento jurídico exige una declaración previa (acto previo) a la actuación administrativa, la falta de aquella hará responsable al ente público y al agente ejecutante por los daños y o perjuicios que ocasionen. Los actos administrativos viciados reciben como primera sanción la nulidad o anulación, además de la posible consecuencia de responsabilidad, mientras que los hechos son imposibles de anular, produciendo solo la responsabilidad de la administración.

La administración Pública puede también desarrollar una actuación material sin encontrarse amparada con antelación y de forma precisa, por el suficiente título jurídico que legitime esa actividad: vía de hecho. Para Dromi "El hecho administrativo en si es una actividad neutra": No es en principio legítima o ilegítima, a menos que se trate de vías de hecho administrativas, que comporten un obrar manifiestamente prohibido y lesivo al orden jurídico.⁸⁴

⁸² El acto administrativo se refiere siempre a una declaración intelectual de voluntad de decisión, de cognición u opinión que produce efectos jurídicos

⁸³ DROMI, ROBERTO. op. cit., p 431.

⁸⁴ La vía de hecho administrativa se configuran cuando concurren: 1) un acto material, una acción directa de la administración, un hacer de la actividad administrativa; 2) que importe

La impugnabilidad administrativa de los hechos, debemos señalar que nuestro derecho positivo la admite únicamente por vía de reclamación y denuncia.

Son variados los modos o formas que pueden servir de cauce instrumental para acoger las diferentes actuaciones que se desarrollan por parte de los órganos públicos de raíz administrativa, circunstancia que determina el abandono de la preeminencia concedida al concepto jurídico de acto administrativo. En la actualidad el concepto de actuación administrativa, engloba con mayor facilidad y certeza, la totalidad de los ámbitos y supuestos sobre los que se produce el ejercicio de un poder público por parte de las administraciones⁸⁵.

En El Salvador como en cualquier otro ordenamiento jurídico, La Administración, en desarrollo de sus funciones y atribuciones, realiza unas series de actuaciones: Dicta actos administrativos, Emite normas (reglamentos, ordenanzas), Dicta actos políticos, Contrata, Realiza actuaciones materiales

1.10.- Actuación administrativa formal.

La actuación interadministrativa, o simple acto, es la declaración unilateral interna o interrogantica, realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta. Son actuaciones u operaciones administrativas formales las propuestas y los dictámenes. Constituyendo la expresión jurídica de las relaciones

una actividad administrativa; 3) que la actuación no se ajuste a derecho y 4) que lesionen un derecho o garantía constitucionalmente protegido.

⁸⁵ AYALA, J y Otros, op.cit., p. 45

interorganicas surgidas de la vinculación de diversos órganos de un mismo ente o persona pública, entre si.

Las actuaciones interadministrativas no gozan del principio de estabilidad, tampoco son susceptibles de impugnación, son irrecurribles y no requieren publicación ni notificación. Solo necesita el conocimiento del órgano que solicito la propuesta o el dictamen, los órganos consultivos son lo que emiten dictamen no deciden sino formula una declaración de juicio u opinión que forma parte del procedimiento administrativo.⁸⁶

Los dictámenes son actos jurídicos de la administración emitidos por órganos competentes, que contiene opiniones e informes tecnicos-juridicos preparatorios de la voluntad administrativa.

1.11.- Atribución de Potestades Administrativas.

La conexión entre el Derecho y el despliegue de las actuaciones de la Administración, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a desplegar sus actos. Como afirma Eduardo García de Enterría, "sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente..." "Si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades

⁸⁶ DROMI, ROBERTO.op cit., p. 459. la propuesta, es la decisión por la que un órgano indica o sugiere a otro que emita un acto determinado, por ejemplo a veces en la designación personal, un órgano propone y otro designa. La propuesta condiciona la voluntad del órgano encargado de la decisión, pues este no puede introducirle modificaciones, aunque si rechazar la propuesta, obligando al inferior hacer una nueva proposición. El dictamen, debe encarar los temas objeto de consulta desde diversos ángulos, no exclusivamente jurídicos y tampoco puede limitarse a remitir al órgano activo una opinión para que este lo valore, sino que el mismo debe valorarla, emitiendo juicio sobre las posibilidades y examinando tales supuestos, en lo que respecta los dictámenes no son actos administrativos sino operaciones administrativas formales, ya que no obligan a los órganos en principio, a los órganos ejecutivos decisorio, ni extinguen ni modifican una relación de derecho con efectos de terceros.

previamente atribuidas para ello por la legalidad existente, habrá de comenzar por proponer una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba".⁸⁷

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

1.12.- Potestad reglada de la administración.

La potestad reglada es aquella mediante la cual la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la norma ha de seguir, estableciendo la forma y el momento en el que ha de proceder; y por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva.

El contenido de la decisión que se derive del ejercicio de dicha potestad, no puede configurarse libremente y su cumplimiento es obligatorio. Se establece entonces una relación de subordinación, en la cual la Administración actúa en base a una norma permisiva y dentro de los límites que la misma establece. Configurándose así, como garantía de los administrados ante posibles arbitrariedades de la autoridad. De ahí, que todo acto administrativo que se derive del ejercicio de dicha potestad, carecerá de vida jurídica ante el incumplimiento de esos límites que restringen el libre el proceder de la Administración.

⁸⁷ Sentencia Definitiva de Sala de lo Contencioso Administrativo Salvadoreño, ref. 139-S-2002 de 20/4/2005.

1.13.- Potestad discrecional de la administración.

Por el contrario, la potestad discrecional otorga a la Administración un margen de libre apreciación, a efecto de que luego de realizar una valoración un tanto subjetiva, ejerza sus potestades en casos concretos y decida ante ciertas circunstancias o hechos, cómo ha de obrar, si debe o no obrar, o qué alcance ha de dar a su actuación; debiendo siempre respetar los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan.⁸⁸

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

Ahora bien, el margen de libertad del que goza la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud del ordenamiento jurídico y en la medida en que éste lo haya dispuesto.

Es decir, que la discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, y que cuenta además con ciertos elementos reglados que restringen la libertad del órgano actuante, revisables por la jurisdicción.

⁸⁸ Líneas en materia de lo contencioso administrativo, Centro de documentación Judicial, CSJ. pág. 16.

La potestad discrecional es tal, sólo cuando y en la medida que la norma legal la determina, y en ningún momento implica un círculo de inmunidad para la Administración.⁸⁹ De ahí, que el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad se ve complementado por una operación apreciativa de la Administración, que puede desembocar en diversas soluciones igualmente justas.

1.14.- Potestad Sancionadora de la Administración.

Según importantes corrientes doctrinarias, el *ius puniendi* del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del *ius puniendi*, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución. En tal sentido, la potestad sancionadora administrativa se sujeta inicialmente al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...". Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del art. 86

⁸⁹Sentencia definitiva de Sala de lo Contencioso Administrativo, ref. 104-b-2004 de 15/8/2005.

de la Constitución. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.⁹⁰

1.15.- Generalidades función pública.

1.15.1.- Definición de función pública.

Bajo el rubro función pública, los tratadistas de nuestra materia estudian las relaciones de la administración pública con sus funcionarios y empleados⁹¹, lo cual puede dar lugar a confusiones, ya que el concepto función denota acción, actividad, y lo público es lo relativo al estado, de lo que se deriva que la función pública es la actividad que el estado realiza a través de sus órganos por conducto de sus titulares.⁹²

La palabra función deriva etimológicamente de la voz latina *functio*, perteneciente a la misma raíz del verbo *fungor-fungi*, que quiere decir cumplir, ejecutar, desempeñar.⁹³ De lo anterior se deduce que la función, es un concepto evidentemente dinámico que lleva la idea de vida, de movimiento, de actividad. Por eso, puede decirse que función, es toda actividad ejercida por un órgano para la realización de un determinado fin.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 15.

⁹¹ Art. 3 Ley de Ética Gubernamental, Define como función pública: toda actividad temporal o permanente, remunerada o ad-honorem, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio de este, o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

⁹² DELGADILLO GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 145.

⁹³ DIEZ, MANUEL M, *op. cit.*, tomo I, pp. 75-76.

Como la idea de función implica una actividad que está referida a los órganos del Estado, la función es pública o estatal. El Estado, reconoce tres funciones, la administrativa o ejecutiva, la legislativa y la judicial, que son las que ejercen los respectivos órganos administrativo, legislativo y judicial, de acuerdo con la distribución que preceptúa el ordenamiento jurídico.⁹⁴

La función pública se estudia en el Derecho Administrativo con relación al funcionario público y no con referencia a la institución.⁹⁵

Dado que la función administrativa no es realizada por ningún órgano con exclusión de los demás y que no tiene un contenido propio que la caracterice, su definición es la suma de las conclusiones parciales que se han expuesto. Así que la función administrativa es:

- a) en primer lugar, toda la actividad que realizan los órganos administrativos y autoridades administrativas independientes (criterio subjetivo);
- b) en segundo lugar, toda la actividad que realiza el órgano legislativo, excluida la función legislativa (en sentido material y orgánico) que le es propia (criterio residual);
- c) en tercer lugar, toda la actividad que realizan los órganos judiciales, excluida la función jurisdiccional (en sentido material y orgánico) que específicamente realizan (criterio residual).

O sea que es “toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos

⁹⁴GARRIDO FALLA, F. op. cit., p. 34, “se trata de saber qué lugar ocupa la administración, entendida como actividad estatal, entre las funciones que acaban ser mencionadas, dado el carácter irreductible de las tres funciones, defiriendo de Sayagués, quien enumera las siguientes funciones: constituyente, legislativa, administrativa y jurisdiccional. Por lo que para Garrido Falla, se debe desechar la posibilidad de una función administrativa como cuarta función del Estado, para este autor la calificación es ejecutiva, quedando solucionado utilizando la terminología adecuada, siendo la función ejecutiva y función administrativa equivalentes entre sí.”

⁹⁵DIEZ, MANUEL M., op. cit. p. 76

respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.”⁹⁶

En el término función pública, se produce una correlación estática (organigrama) y funcional (dinámica). De lo que resulta la gestión y acción de administrar con ese sujeto administrador que es la Administración, ya que consiste en lo que percibe el administrado.

Cualquier ciudadano no se interroga sobre las cualidades técnicas o la perfección del diseño y de la organización, ni tampoco sobre la eficacia, idoneidad o preparación de los recursos humanos a su servicio, se complace o disgusta de que funcionen o no los servicios públicos, e incluso lo que demanda es que sean adecuados a sus necesidades y con un sacrificio económico para él lo menos gravoso, es de que el gravamen no sea también una carga añadida por la dificultad, complejidad o heterogeneidad, en cuanto a su cumplimiento o percepción. Un ejemplo claro y atinente al caso es la Declaración de la Renta de las Personas Físicas que perturba al contribuyente no sólo por el sacrificio económico que supone, sino por las dificultades, complejidades, necesidad de asistencia profesional y variaciones constantes del sistema.

1.16.- Función Pública y sus elementos.

1.16.1.- La división de los poderes.

Montesquieu, partiendo de la hipótesis de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, concibió su teoría de la separación de los

⁹⁶GORDILLO, AGUSTÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, Octava Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, año 2003., Pág. XI-2.

poderes:⁹⁷ que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente;⁹⁸ ello a su vez se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos constituidos por personas físicas distintas. Es por ello, que el sistema se perfecciona hoy en día con más transferencias y hasta fractura del poder, como medio de preservar la libertad frente al poder. Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU: *que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute*. Surge así el germen de los conceptos de Legislación, Administración y Justicia, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración.⁹⁹

Es lo mismo que en la doctrina norteamericana, donde se habló antes del sistema de “frenos y contrapesos” y ahora de la fractura del poder.¹⁰⁰ Acerca del significado y finalidad de la división de los poderes como garantía de la libertad, al ampliar el lenguaje se habla ya más de “separación de funciones,” antes que de separación de poderes ya que el poder es uno

⁹⁷ MARTIN, MATEO: *Manual de derecho administrativo* 20ª edic, Madrid, Trivium, 1999, p.38 y ss.

⁹⁸ VANOSSI, JORGE: *Teoría Constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1975, pp. 481-3.

⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y Otro: *curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, p. 22. Comenta que “el hecho que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su Integridad y no a cada una de sus tres poderes, hacen que cada uno pierda su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquel. La administración Pública, hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, El poder Ejecutivo pasa a ser considerado entonces como una función del Estado-persona”.

¹⁰⁰ Es lo mismo que en la doctrina norteamericana, donde se habló antes del sistema de “frenos y contrapesos” y ahora de la fractura del poder. Acerca del significado y finalidad de la división de los poderes como garantía de la libertad.

solo,¹⁰¹ pero se mantiene el principio de que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.¹⁰²

Es de cierta importancia recordar que en el pasado a veces se incurría en el error de suponer que la división de poderes significaba que cada uno de los tres poderes era “soberano en su esfera,” es decir que cada poder legislaba, administraba y juzgaba en lo relativo a su propia actividad. Tal concepción es completamente errada, pues lo esencial de la teoría analizada es la división de *funciones* y no sólo la división en *órganos*: una división en *órganos* no acompañada de una división de funciones no es verdaderamente garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada. De tal modo, la división de poderes significa que cada poder, cada órgano del Estado, tenga a su cargo *una sola función del Estado*; que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa *que la teoría misma* pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder deba realizar *las tres funciones* en su propia esfera de actividad. La “división de los poderes” se manifiesta en una “separación de funciones,” transferencia y hasta fractura de poderes y “órganos.” Se sienta entonces el principio de que para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, es *imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados, cuantos más mejor.*

El Estado tendrá así diversos tipos de órganos: legislativos, judiciales, administrativos y autoridades administrativas¹⁰³ independientes, con una

¹⁰¹XIFRA HERAS, J: *Curso de derecho constitucional*, t. II, Barcelona, 1962, p. 120.

¹⁰²MARIENHOFF, Miguel. Op cit, 1965, p. 35.

¹⁰³ Este es el esquema tradicional, recogido p. ej. en Pampa Grande, sala IV, 11 de julio de 1996, con cita de ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1969, p. 31 y ss.; Rodríguez, Gerardo Walter, sala I, 29-XI-92.

tendencia progresiva a la fractura múltiple del poder como garantía de libertad.¹⁰⁴

Los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: no son, pues, independientes. A ellos se agregan las autoridades administrativas independientes: los excesos no han venido nunca de manos del poder judicial o legislativo, sino siempre del ejecutivo; por ello es a éste que se trata de quitar poder y transferirlo a autoridades independientes de su control.

A principios los que se aplican a las actividades administrativas de los tres poderes, e incluso en algunos casos las mismas normas positivas son comunes. No debe llamar a engaño el que a veces haya distintos textos normativos de aplicación a una u otra actividad, si el régimen sigue siendo el del derecho administrativo: no porque haya un régimen jurídico básico de la función pública de la administración pública nacional (central) y otro semejante para el personal de la justicia nacional, p. ej., podrá pensarse que este último no integra ya el derecho administrativo.

Sobre esto y con pocas excepciones hay acuerdo en doctrina; las dificultades más serias comienzan cuando se trata de analizar la actividad de los propios órganos administrativos. Estos órganos dictan actos materialmente similares a los actos legislativos y jurisdiccionales (como ejemplo de lo primero, cuando crean reglamentos, de lo segundo, cuando se deciden recursos jerárquicos presentados por los administrados contra actos de órganos inferiores), pero pareciera predominar actualmente la opinión de

¹⁰⁴ Las autoridades administrativas independientes que consagra la Constitución de 1994 deben agregarse al sistema de división o fractura del poder.

que tanto los reglamentos como las decisiones en casos concretos son actividad administrativa a pesar de su cambio, el autor se orienta a una distinción entre “función ejecutiva” y “función administrativa.”

La distinción entre la función pública y servicio público, es trascendente por cuanto en los casos concretos ello permitirá decidir si se está o no frente a un servicio público y a cargo de quien quedara su prestación. Se estima que habrá servicio público, cuando los destinatarios de la actividad administrativa sean individualizables o determinables, en tanto habrá función pública cuando la actividad de la Administración beneficie a la colectividad en su conjunto sin que los usuarios sean entonces determinables siendo no aceptable este criterio porque en la administración realiza actividades que la doctrina considera servicios públicos. Por su parte Bielsa, estima que la función pública es lo abstracto y general y que el servicio público, lo concreto y particular, en el sentido de que actualiza y materializa la función, para Marienhoff, la función pública debe vincularse con las funciones esenciales del Estado, siendo estas legislativa, judicial y Ejecutiva. En cambio servicio público es un concepto que se desenvuelve dentro de la administración y cuya actividad es inmediata, tal como lo requieren las necesidades ¹⁰⁵

1.17.- Distintos criterios.

Normalmente se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta, imperativas, para todos los habitantes, y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa de contiendas entre partes, determinando el derecho aplicable, pero no hay hasta el presente un

¹⁰⁵MARIENHOF, MIGUEL. Op cit, Pág 49

concepto de función administrativa que pueda ser armonizado con los dos anteriores.

Todos los conceptos existentes de “función administrativa” son incompatibles en alguna medida con las otras dos nociones y si bien ello ha sido evidente, los nuevos intentos buscan en general dar un nuevo concepto de función administrativa antes que modificar o precisar específicamente el de función legislativa o jurisdiccional.

Se sostuvo primero que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo,¹⁰⁶ (En cualquier caso, cabe puntualizar en el pasado reciente, un objetable desplazamiento del poder hacia el Poder Ejecutivo) criterio insuficiente por cuanto según hemos visto los otros órganos estatales (legislativo y jurisdiccionales) también realizan funciones administrativas. Se dijo luego que función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción,¹⁰⁷ a lo que se observa que en realidad no resuelve nada, pues si en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción y por lo tanto sí administración, quedan muchos más en los que se duda de qué actividad se trata. Un criterio residual o negativo, en efecto, solamente puede ser útil en la medida en que pueda precisarse aquello que se excluye: no estando aproximativamente estipulado el concepto de las funciones excluidas, no resulta entonces clara la caracterización o descripción de lo que se identifica como residual.

¹⁰⁶ SANTAMARÍA DE PAREDES, V: *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Ricardo Fé, 1903, 6ª ed., p. 34. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 582-4. La tendencia parece trastabillar durante el estado de emergencia iniciado a partir del año 2002, con presidentes sumamente débiles y un estado semiparlamentario, aunque parece difícil por el momento extraer conclusiones duraderas.

¹⁰⁷ FLEINER, FRITZ: *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 7.

Ante el fracaso del concepto orgánico y del negativo, se intentó definir a la función administrativa en forma material, como:

- a) “la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios,”
- b) “la actividad concreta del estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata,” o “la actividad del Estado dirigida a la creación o prohibición (*Verhinderung*) de algo nuevo en casos individuales,
- c) “una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley,”
- d) como “la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.”

Todos estos conceptos de tipo material y positivo es decir, que definen directamente y no por exclusión la esencia misma de la función administrativa, si bien dan una cierta idea de lo que es administración, son imprecisos.

Todas esas definiciones, en efecto, conceptúan a la función administrativa como realización de algo concreto en casos individuales oponiéndola así a la legislación (norma abstracta de tipo general) y a la jurisdicción (norma individual, pero abstracta); más esa noción no es adecuada, por cuanto ya se ha visto que la potestad reglamentaria de la administración integra la función administrativa, siendo que es precisamente

lo contrario de las definiciones citadas (pues el reglamento es una norma abstracta de tipo general).¹⁰⁸

Finalmente se produce un retorno al criterio orgánico, considerándose qué función administrativa es aquella parte de la función estatal que es realizada por órganos administrativos. De lo dicho se desprende que, además del concepto negativo (“administración es lo que no es ni legislación ni jurisdicción”), hay dos criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones estatales: el orgánico y el material o sustancial. Desde el punto de vista orgánico (a veces llamado “formal”), según el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional (independiente), administrativo (dependiente) o legislativo (de índole constitucional), nos encontraríamos ante una función de tal o cual tipo; pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, erróneo, por cuanto en los órganos legislativo y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas.

Desde el punto de vista material, es decir, ateniéndonos a la descripción externa de los actos mismos, serían actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (o sea, son actos legislativos los que crean normas o reglas de derecho), jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable. Y son actos de la función administrativa los que constituyen manifestaciones concretas (por oposición a abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal. Pero atenerse a este criterio es como decir

¹⁰⁸Este tipo de definición material no puede prosperar, en consecuencia, pues la función administrativa comprende actividades que son materialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior), tomadas éstas también en sentido objetivo.

que los tres poderes realizan las tres funciones y que no existe, en suma, división de poderes ni sistema de frenos y contrapesos alguno.¹⁰⁹ Este criterio también es insuficiente, pues ya hemos visto que la función administrativa no siempre se limita a manifestaciones concretas de voluntad. Pero además es erróneo y de una peligrosidad política extrema para la vigencia de un Estado de derecho.

Ninguno de estos criterios es de por sí suficiente para distinguir las funciones del Estado, pues hay actos *materialmente legislativos* que son *orgánicamente administrativos*; actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente legislativos* (las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc. Que conceden o realizan las Cámaras); actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente judiciales* (las autorizaciones y venias que tienen a su cargo los tribunales: el nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Suprema Corte). Hay además actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos, por ejemplo, cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico.

Así entonces, en sentido *material*, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional no sólo funciones jurisdiccionales sino también administrativas; el órgano legislativo no sólo funciones legislativas sino también administrativas.

Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra que no puede hallarse un criterio orgánico o

¹⁰⁹ Es destruir el sistema constitucional por vía de conceptos y definiciones que lo contrarían y pervierten. En particular, ya explicamos por qué sólo merece jurídicamente (conforme al ordenamiento supranacional) el tratamiento de *Ley*, aquella emanada del Poder Legislativo.

material *positivo* y *puro* para conceptuar cada una de las funciones: es necesario buscar un *criterio mixto*, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás.

Por ello, al margen de las críticas metodológicas que puedan indicarse a un criterio que pretenda identificar la “sustancia” o “esencia” de la actividad administrativa, para de allí deducir su concepto y su régimen jurídico (siendo que, a la inversa, es del régimen jurídico objetivo que ha de deducirse la caracterización y consiguiente definición a estipularse), debe de todos modos señalarse que no existen elementos definitorios propios y exclusivos de la función administrativa, en el sentido que se pretende. A menos que se opte por decir que el reglamento es función legislativa y el acto administrativo *en todos los casos* función jurisdiccional, resulta obvio que la función administrativa, en el sentido de actividad del Estado regida por el derecho administrativo, se manifiesta no solamente a través de actividad *concreta* y *práctica* (conducta material), sino también a través de actividad *normativa*, *general* (el reglamento) o *particular* (el acto administrativo).

De nada sirve, pues, decir que se adopta un criterio objetivo o material de función administrativa, si no se puede identificar o caracterizar cuál es el supuesto objeto o contenido de la función administrativa que *ésta y sólo ésta tiene* y del cual *carecen las otras funciones*. La afirmación de haber elegido un criterio material u objetivo es en tales casos vacía o carente de contenido, por cuanto no identifica ni describe adecuadamente el pretendido objeto. Va de suyo que en nuestro modo de ver el problema, dicha identificación o descripción material única no es factible ni de acuerdo al régimen jurídico existente y no es, en consecuencia, útil como noción jurídica.

Podemos ya observar un dato en este entrecruzamiento de funciones: en materia de *función legislativa* el criterio objetivo o material no designa suficientemente a la función y es necesario agregarle una referencia al órgano respectivo.

Sucede así que el régimen jurídico de la función legislativa se aplica únicamente a los actos que sean *materialmente legislativos y que además hayan sido realizados por el órgano legislativo*. Las imperfecciones temporarias de nuestra actualidad política, en que el desvarío que provoca la perpetua emergencia económico-financiera lleva a un abuso de los reglamentos de necesidad y urgencia no puede elevarse a nivel de principio teórico. Sería tanto como proponer a nivel teórico que la emergencia sea la regla y la normalidad, la excepción. Una cosa es saber ver la realidad actual y otra construir una teoría constitucional de ella. En el Poder Ejecutivo se advierte al considerar los reglamentos: éstos están integrados por normas jurídicas generales emitidas unilateralmente por la administración. Su contenido material es, pues, similar al contenido de las leyes: ambos contienen normas jurídicas generales.

En el caso del Poder Judicial la cuestión es idéntica: los reglamentos que en algunas oportunidades dicta la justicia para regir su funcionamiento interno no tienen el mismo régimen jurídico de las leyes ni pueden oponérseles; están pues en una gradación jerárquica inferior y no pueden ser considerados formalmente, desde el punto de vista jurídico estricto, como “función legislativa.”

La jurisprudencia tampoco puede considerarse como función legislativa (salvo por extensión en el caso de los fallos plenarios), pues ella no es siquiera una regla general, sino tan sólo la reiteración de un

determinado criterio de interpretación del orden jurídico, en cada caso concreto.

Podemos definir entonces a la función legislativa como “el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso.” En esta definición hay dos elementos: uno material, objetivo, referido a cuál es el contenido de la función (el dictado de normas jurídicas generales); otro orgánico o subjetivo, que aclara que esta función es únicamente realizada por el Poder Legislativo.

1.18.- Clasificación de la función Pública.

1.18.1.- Conceptos clasificadores.

La actividad de la administración no es igual en su naturaleza, ni se expresa o traduce en igual forma. Ello da lugar a diversos tipos de Administración, que permite clasificar en razón a la naturaleza de la función ejercida o de mérito a la estructura del respectivo órgano. Las clasificaciones fundamentales son dos: en razón de la naturaleza de la función y en razón de la estructura del órgano.¹¹⁰ A continuación se mencionaran en razón de las funciones, siendo estas, activa y jurisdiccional, interna y externa, consultiva, reglada y discrecional y de controlador.

Las nociones de “acto administrativo,” “reglamento,” “contrato administrativo,” etc., cumplen meramente una función metodológica y sistematizadora dentro del derecho administrativo; están desprovistas, en consecuencia, de caracteres dogmáticos que exijan arribar a una definición determinada como única válida y verdadera; en verdad, son admisibles tantas definiciones de reglamento o acto administrativo como sistemas

¹¹⁰ MARIENHOFF, MIGUEL. op cit, p. 85.

doctrinarios existan en el derecho público y ellas serán válidas en cuanto armonicen dentro del sistema conceptual en que se las ubica.¹¹¹

La definición a ofrecerse debe entonces responder a una adecuada metodología y a una satisfactoria sistematización de la realidad del régimen jurídico de la función administrativa, pues las definiciones y clasificaciones han de servir para explicar su funcionamiento. Para desarrollar esa sistematización que producirá por resultado la definición buscada, podemos distinguir varios pasos.

1.18.2.- Función administrativa.

El punto de partida reside en el concepto de función administrativa, que según se recordará comprende toda la actividad de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados) y también la actividad de los órganos legislativo y judiciales en la medida en que no se refiere a sus funciones específicas. Siendo en aspecto sustancial la función administrativa objetivamente un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia de los órganos o agentes que la realiza y traduzca en una actividad concreta y practica.¹¹²

Desde el punto de vista orgánico la administración pública, equivale a un conjunto de órganos no solo estatales, sino también no estatales, encargados de la acción concreta y práctica de la administración. Los entes públicos no estatales integran la Administración Pública, aunque no la administración del Estado, que funcionalmente depende de ella por vínculo

¹¹¹GORDILLO, Op cit. x-1

¹¹²DROMI, ROBERTO. Op cit., p. 106.

de tutela administrativa¹¹³ Cuando las personas públicas no pertenecen al Estado, orgánicamente hablando, tienen personalidad jurídica propia reconocida o concedida por el Estado. Por lo tanto, la función administrativa materializa el deseo de la administración, que se expresa mediante actos, por lo que para llegar a una definición de acto administrativo, en consecuencia, deberemos clasificar y sistematizar la realidad que nos presenta dicha función administrativa.

La primera clasificación a efectuar es aquella que distingue entre la actividad jurídica y no jurídica de la administración, o sea, actividad que produce o no efectos jurídicos directos.¹¹⁴ Se distinguirá la actividad o función administrativa, jurídica o no jurídica, siendo que se manifieste a través de actos o de hechos. Los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; que hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa.¹¹⁵ Si bien en cualquier hecho o actuación material de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que lo ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá

¹¹³ *Ibidem*, p 107.

¹¹⁴ GORDILLO, *Op cit*, x-2

¹¹⁵ Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también es en alguna medida expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material.

allí un acto: para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad que se manifiesta intelectivamente y no a través de su directa ejecución. Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, sólo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza formalmente como tal y no a través de su directa ejecución. Así, la decisión *ejecutada* se da a conocer a los demás individuos a través de los hechos reales que transmiten la idea respectiva; la decisión de librar la calle al tránsito se deduce de que nada ni nadie impide transitar; la decisión de destruir se infiere de que la cosa está siendo destruida, etc.

En cambio, la decisión *declarada* se da a conocer a los demás individuos a través de hechos o datos que tienen un significado simbólico, figurado: la decisión de permitir pasar surgirá pues de una expresión verbal o escrita, o de un signo convencional de tránsito; la decisión de destruir surgirá de un cartel, etc.

El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad: pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible de dicho acto). Decidir la destrucción o construcción de una cosa, es un proceso intelectual; dar a conocer la decisión de destruir o construir esa cosa, pero sin destruirla o construirla aun, es un acto; construir o destruir la cosa, en ejecución de la decisión dada a conocer previa, independiente y simbólicamente es un hecho; pero también es un hecho destruir o construir la cosa directamente, sin haber dado a conocer en forma separada y previa la decisión de hacerlo: en este último caso faltará el acto administrativo. Ordenar la detención de una persona, es un acto;

aprobar la detención de una persona, hecha por un agente inferior, es un acto; decidir por sí mismo y comunicar al interesado que se lo va a detener, es un acto; pero la detención en sí misma es siempre un hecho: y cuando se efectúa la detención sin haber previamente dado a conocer al interesado por un proceso intelectual (no-real: orden verbal, nota, etc.) la voluntad de realizarla, es un hecho realizado sin la existencia de un acto administrativo.

1.18.3.- Actos no jurídicos.

También son llamados *actos de la administración*. Se trata de decisiones, declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho. Se diferencian de los hechos administrativos (tanto jurídicos como no jurídicos), en que en lugar de actividades materiales consisten en manifestaciones o declaraciones, expresiones intelectivas de voluntad, conocimiento, opinión, recomendación, juicio, deseo, etc.¹¹⁶

1.18.4.- Actos jurídicos

Son las decisiones, o declaraciones de voluntad, conocimiento o juicio, productoras de un efecto jurídico directo, esto es, del nacimiento, modificación o extinción de un derecho o deber jurídico de un sujeto de derecho. Veremos más adelante que pueden distinguirse según sean unilaterales o bilaterales y a su vez, según sean individuales o generales, en el caso de los actos unilaterales.

¹¹⁶ Refiriéndose en sí, a la actuación administrativa formal, mencionada anteriormente, en la cual se dictamina o propone internamente del órgano.

1.18.5.- Hechos no jurídicos

Son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo, ni constituyen declaraciones o manifestaciones intelectivas. Así, el profesor da su clase de pie o sentado, o camina durante la misma, hace gráficos en el pizarrón o pasa diapositivas; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado; el ordenanza barre el aula, trae agua o café; el profesor trae expedientes administrativos a clase para que los vean los alumnos, etc.

1.18.6.- Hechos jurídicos.

Son las conductas administrativas que producen un efecto jurídico determinado, sea él la creación de un derecho o un deber, o incluso la producción de responsabilidad respecto del agente que lo cometió o de la administración: el agente de policía que me detiene sin orden de autoridad competente, comete un hecho antijurídico que lo hace responsable a él y a la administración; el funcionario que no obedece una orden judicial de pronto despacho ante un amparo por mora, incurre en responsabilidad.

Con estos elementos podemos, si lo deseamos, dar una definición elemental de acto administrativo, diciendo que es una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos, aunque nos extenderemos al respecto más adelante. Dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola

voluntad.¹¹⁷ Si nos damos por satisfechos con este estado de la investigación podemos entonces decir que acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos en forma directa. Sin embargo, ello es todavía prematuro.

En efecto, incluso dentro de los actos unilaterales de la administración es dable encontrar una sensible diferencia entre aquellos que producen actos jurídicos generales (o sea, para una serie indeterminada de casos) o individuales (esto es, particulares, concretos: para un solo caso determinado, o para distintos casos individualmente especificados y determinados).

Al observar esta diferencia caemos inmediatamente en la cuenta de que los primeros no son otros que los reglamentos administrativos (o sea, las normas generales dictadas por la administración) y que, al igual que los contratos administrativos, tienen su propia denominación específica y su propio régimen especial, que los diferencia de los demás actos de la administración. Siendo ello así, es evidente que la metodología adecuada no puede ser en modo alguno la de superponer los conceptos de “acto administrativo” y “reglamento administrativo,” haciéndole perder precisión al primero: debe por lo tanto darse a los reglamentos administrativos única y exclusivamente esa denominación, “reglamentos” y reservarse el nombre de acto administrativo en sentido específico y técnico, sólo para los actos unilaterales productores de efectos jurídicos individuales.

¹¹⁷Los primeros reciben generalmente la denominación de “contratos administrativos” y tienen un régimen propio diferenciado y bastante autónomo: ante tal circunstancia cabe preguntarse si no es más conveniente evitar la duplicación de los términos “acto administrativo” y “contrato administrativo” y puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica y una denominación corriente y también específica, conceptualizarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales y reservar el concepto de “acto administrativo” exclusivamente para los primeros, atento que los segundos tienen ya su denominación propia.

Podemos entonces definir el acto administrativo, como la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.

Dar esta definición restringida, se reitera, sirve sólo a una finalidad metodológica y no pretende ni puede pretender negarle el carácter de “actos” a los contratos y reglamentos, ni tampoco el que los mismos sean de índole “administrativa.”

Tal vez podría decirse que el término “acto administrativo” admite un doble uso: amplio y restringido. En sentido amplio, sería acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y en sentido restringido sería sólo la declaración unilateral e individual que produzca tales efectos jurídicos. No puede por lo tanto considerarse objeción válida a esta definición aquella que afirma que los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, para de allí querer sacar la conclusión de que deben integrarse en la noción de acto administrativo. Si bien la primera parte de esta afirmación es correcta, en cuanto los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, ello no funda la siguiente conclusión, pues el no llamarlos “actos administrativos” en modo alguno se basa en quitarles el carácter de “administrativos,” según ya se dijo, sino simplemente en usar el término “acto administrativo” en un sentido más restringido, por razones didácticas y metodológicas. Podrá preferirse una u otra definición por estimársela más práctica y útil, pero no porque alguna de ellas deba ser necesariamente la única definición válida.

CAPITULO 2

LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA SALVADOREÑA

2.1.- Marco constitucional tributario salvadoreño actual.

Desde la primera Constitución de 1824 cuando formábamos parte de la Republica Federal de Centro América, hasta la última de 1983, todas nuestras Leyes Fundamentales se han limitado a incluir únicamente dos o tres artículos que se refieren expresamente a la materia tributaria lo que también es característico de muchas constituciones de otros países. Uno de esos preceptos, incluidos desde las primeras Leyes Fundamentales salvadoreñas, encomienda al poder legislativo la facultad privativa para “Decretar las contribuciones o impuestos...” según decía el numeral noveno del Art 29, relativo a las atribuciones “propias” del congreso de la Constitución de 1824.¹¹⁸ Del Estado del Salvador; de esta manera, igual que en otros ordenamientos constitucionales extranjeros, se concreta inicialmente el principio de legalidad como asignación de competencia, determinada específicamente en forma expresa, no obstante estar comprendidas en la atribución principal que es decretar las leyes. La explicación es histórica y la encontramos en la idea de “autocomposición”, anterior al principio de legalidad tal como ahora lo entendemos.

Debemos destacar que la Constitución no promulgada de 1885¹¹⁹ introduce una innovación fundamental al incluir la reserva de ley impositiva en su título II, denominado “garantías”, por medio del Art. 6 que establecía:

¹¹⁸ Art. 29 Cn de 1824.

¹¹⁹ Art. 6 Cn de 1885.

“no pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, y para el servicio público” esa versión breve, correctamente ubicada para el pensamiento de la época, fue incorporada en la Carta Magna de 1886¹²⁰ también como Art. 6, incluido en el mismo Título II, ahora denominado “derechos y garantías”; dicho principio desafortunadamente no tuvo desarrollo posterior, que solo procuro continuarse en 1839¹²¹, cuando la Constitución de ese año mantuvo el principio original de 1885 ampliando sus alcances y límites en disposición no modificada por las reformas de Marzo de 1944 a la Constitución de 1939. El mismo año, el conocido como Decreto de los tres poderes de 11 de Julio, declaró vigente la Constitución de 1939 y sus reformas de 1944. A su vez las enmiendas de 1945 a la misma Constitución de 1886, no cambia el texto conciso del Art. 6 de este ordenamiento, cuyo precepto del mismo número 6 de 1885, como dijimos antes.

La Constitución de 1950¹²² estableció el principio con el mismo texto de 1885 en su Art. 119, que corresponde al VIII relativo a la “Hacienda Pública”, volviendo de este modo a seguir en cuanto a su ubicación, el criterio del constituyente de 1871. En el mismo Título VIII, con igual texto y el mismo número, aparece después en la Constitución de 1962¹²³, y, por último, en 1983 también con el mismo texto se incluye como Art. 231 en el Capítulo II sobre “Hacienda Pública” que forma parte del Título VII sobre el “Régimen Administrativo”, concretando una novedosa ubicación en nuestra historia constitucional y en la de cualquier otro país¹²⁴

¹²⁰ Art. 6 Cn de 1886.

¹²¹ Art. 11Cn de 1939

¹²² Art 119 Cn de 1950

¹²³ Art. 231 Cn de 1962.

¹²⁴ MAGAÑA, ÁLVARO: *Derecho constitucional tributario: principio de legalidad*, tomo V primera edición, unidad técnica ejecutora, 1993, P.142 146

Finalmente se puede decir que la evolución del sistema tributario salvadoreño es el reflejo de su desarrollo histórico en otras latitudes. En una primera etapa el principio de la “autocomposición”, o sea, esta versión primera, tiene como propósito de concretar el consentimiento de los impuestos; la cuestión esencial era proteger a los contribuyentes de los abusos de la monarquía. Posteriormente, nace ese producto de la revolución francesa que es la función legislativa, la cual asume dicha protección, como resultante de la idea de representación y de la división de poderes en un régimen constitucional. Es que la función legislativa frente a los excesos del Ejecutivo, y el grado en que esto se logre, depende del acatamiento del Poder Ejecutivo a la ley.

Partiendo del presupuesto de que “para tener un perfecto conocimiento de lo que hoy es un tributo, es preciso considerarlo como parte integrante del total marco jurídico, en el que surge, es decir la Constitución”. Es por consecuencia del planteamiento anterior que se determina que para hacerse una interpretación de la misma, se debe ser consecuente con los lineamientos que dentro de la Carta Magna se establecen.

Ahora bien no cabe duda que nos llevaría mucho tiempo, precisar los alcances y significaciones de un Estado, que esta organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común y tiene como obligación “asegurar a los habitantes de la Republica, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social” tal como prescribe nuestra Constitución vigente¹²⁵; así mismo no se puede mencionar todos los preceptos constitucionales vinculantes a los poderes

¹²⁵ Constitución de 1983.

públicos, conforme a los Art. 86, 186, 188 numeral 1, 172 inciso último, además de los Art 235 y 246 entre otras disposiciones de la Constitución vigente que podrían ser señalados, en los cuales se ordena el cumplimiento de obligaciones y exigen el desarrollo de actividades para el logro de objetivos de clara proyección social, que en breves palabras configuran un intervencionismo estatal.¹²⁶

No obstante lo anterior, al menos recordemos tres o cuatro mandatos constitucionales, claros, precisos y categóricos, como lo son sin lugar a dudas la obligación del Estado de proteger a la Familia, para lo cual “dictara la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural, y económico”. (Art 32 Constitución); también la obligación del Estado de emplear “todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, manual o intelectual, para asegurar a él y a su familia las condiciones económicas de una existencia digna”, (Art 37 Constitución). Asimismo, respecto a la educación y la cultura “es obligación y finalidad primordial del Estado, su conservación, fomento y difusión”. Además creara las instituciones y servicios que sean necesarios” (Art. 53 y Art. 54 Constitución) Asimismo como la Constitución declara bien publico la salud de los habitantes de la Republica “el Estado y las personas están obligados a velar por la conservación y restablecimiento”, y “el Estado determinara la política nacional de salud, y controlara y supervisara su aplicación dará asistencia gratuita a los enfermos...” (Art. 65 y 66 Constitución).

Finalmente se puede mencionar Art. 101 y 102 de Título relativo al Orden Económico de nuestra Carta Magna, cuya importancia es notoria,

¹²⁶ MAGAÑA, ALVARO, op cit., p. 16

cuando establecen que “deben responder esencialmente a principios de Justicia social que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano” y en consecuencia, el Estado “promoverá el desarrollo económico y social”, “defenderá el interés de los consumidores”; y si bien garantizara la propiedad privada, pero en “función social. Por último, el Art 226, después de consagrar la supremacía constitucional, preceptúa que “el interés público tiene primacía sobre el interés privado”.

Así mismo dentro de ese marco constitucional antes en mención debemos situar el poder tributario. El concepto de tributo, regulado por el principio de legalidad, el cual debemos entenderlo como institución constitucional, cuyo función, igual que la de las otras, y todas, conjuntamente deben coadyuvar al cumplimiento de los fines establecidos en la Constitución. Para alcanzar esos fines, es necesario pues, adecuar el instrumento tributario a los principios básicos de nuestra Carta Magna de 1983.

Todo lo anterior nos sirve para dar el desarrollo del marco constitucional tributario determinado en la ley primaria desde la Constitución de 1950. Para ello es necesario señalar que debe verse el tributo desde un enfoque en el que su relevancia no se agota en una función recaudadora, sino, que en cuanto institución constitucional, tiene un papel que cumplir al servicio del programa y los principios constitucionales. De allí que surge la idea de la justicia tributaria la cual no puede considerarse separada de los términos de referencia marcados por los principios de justicia incorporados en la Ley de Leyes y no, puede distanciarse de las grandes líneas maestras que caracterizan al Estado organizado conforme a un ordenamiento constitucional concreto: reflejado desde la Constitución de 1950 y ratificado en su aspecto global económico por la de 1983.

Los tributos, como otros institutos jurídicos, deben entenderse como parte del programa constitucional que concreta determinada en la Carta Magna. No podemos comprender su sentido, si ignoramos que no puede estar solo al servicio de sus fines y objetivos específicos, sino también al de los objetivos y principios constitucionales. En otras palabras, no es posible identificar y explicar el alcance propio del tributo, cuando lo aislamos del entorno constitucional del cual forma parte y tiene propósitos que cumplir, objetivos que alcanzar dentro de los y en los términos fijados por un sistema constitucional concreto. ¹²⁷

Se afirma que los tributos, igual que los gastos, son instrumentos importantes para la consecución de los objetivos establecidos en las disposiciones constitucionales salvadoreñas mencionadas. Es entonces de obligada la relación entre las instituciones jurídicas y los valores superiores que concreta una Constitución. Esa relación legitima la función de los tributos, cuyo propósito es servir, alcanzar los objetivos señalados por los mandamientos constitucionales. Es mas se ha llegado a sostener incluso, la eventual ilegitimidad constitucional de la no utilización de una de institución jurídica que no tenga aptitudes para coadyuvar al logro de los objetivos fijados por la Constitución.

En este orden de ideas, una derivación necesaria es enfocar el estudio de los tributos desde el punto de vista de sus carácter redistributivo o más bien, en relación al fenómeno financiero en su totalidad, es decir al del gasto público, cuya política conforme nuestro sistema, tiene que ser

¹²⁷ *Ibidem*, p. 18

necesariamente orientada a buscar un orden igualitario más justo, como lo consagra la Constitución.

El marco constitucional salvadoreño, en materia tributaria concreta la adopción escogida por los constituyentes en la Constitución de 1950, la cual es ratificada en las Constituciones de 1962 y 1983, marco que contrasta con las características no intervencionistas de las Constituciones anteriores. El contenido y los alcances de la acción estatal, se definen en una democracia por quienes representan al sector mayoritario, y aun y cuando la Constitución de 1983, como las dos anteriores, no señala que sus mandatos deben tener vigencia efectiva mediante las leyes respectivas en un plazo determinado, sus preceptos establecen líneas de acción, directrices de la orientación de la política estatal, señalamientos de actividades que deben desarrollarse, en suma, mandatos que están allí, en el texto constitucional y en consecuencia, son preceptivos, vinculantes y obligatorios.¹²⁸

Como consecuencia de lo anterior, en nuestro país no es posible implementar una política estatal mediante la cual se reoriente la tributación en forma que no pueda cumplir sus propósitos redistributivos, para complementar las políticas del gasto público, que deben tener una clara orientación social por mandato constitucional.

2.2.- Principios constitucionales tributarios.

Para iniciar a desarrollar el tema en respecto se debe señalar que es lo que en doctrina se entiende por principios constitucionales es así que se dice: “los principios constitucionales no son más que las directrices incluidas

¹²⁸ *Ibidem.*, p 21

en la Constitución y con valor jurídico directo o indirecto, fijan los criterios básicos que integran la esencia constitucional y han de servir de inspiración y límite infranqueable para la legislación ordinaria en el terreno de que se trate”¹²⁹.

La inclusión de directrices generales en la redacción de los preceptos que concretan esos principios, explica que deban ser, necesariamente, formulaciones amplias y genéricas, que no tienen la precisión necesaria de una norma secundaria de aplicación inmediata es decir que solamente actúan como lineamientos mediante serán la base fundamental en la cual deberá ser desarrollado la normativa secundaria.

Los principios que norman, o mejor dicho para destacar este aspecto, limitan el poder impositivo, han llegado a constitucionalizarse en algunos casos y en consecuencia, al más alto nivel jerárquico de las fuentes de las normas, constituyen el marco fundamental del ordenamiento jurídico aplicable a los tributos. Es decir cuando las constituciones recogen principios que regulan y limitan los alcances del ejercicio del poder impositivo, su objeto no es mas que el de asegurar que exista la debida protección de los contribuyentes, ya que los principios generales consagrados en una Constitución determinan los límites de la legislación ordinaria debe respetar para no incurrir en una contradicción con la norma primaria superior jerárquicamente.

Los preceptos constitucionales son de aplicación inmediata y se integran al ordenamiento jurídico, como se explica en los siguientes conceptos: “en el Derecho Constitucional, papel normativo inmediato del

¹²⁹ Ibidem, p 46

principio adquiere normalmente una especial vigencia”. “porque a diferencia de otros cuerpos normativos”... “se suele incluir en los textos constitucionales el reconocimiento de unos derechos que no significa sin duda solo la necesidad de defensa frente a un poder legislativo y una administración cada vez mas desbordante, sino la formación de fines expresos de ordenamiento jurídico”

Es particularmente importante la última parte de la cita anterior, pues significa que al constitucionalizarse un principio, entra a formar parte del ordenamiento jurídico y en consecuencia además de un valor normativo inmediato, no podrá ignorarse su importancia decisiva en materia de interpretativa, cuando el principio constitucional, además de ser una norma de aplicación inmediata, su característica principal consiste precisamente, por el orden jerárquico de las fuentes de la normas, propio del Estado de Derecho, en la primacía de los principios del orden constitucional sobre aquellos del orden normativo ordinario, por cuanto estos últimos están subordinados a los primeros, y en consecuencia, obligan a interpretar el ordenamiento jurídico “en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales”

En suma algunos de estos principios no obstante su carácter más general, se explica por concretar fines y objetivos que la “comunidad política asume como misión” no son únicamente simple expresión de esos determinados objetivos o fines y, sin duda, tienen el mismo valor normativo de los derechos consagrados en el texto constitucional. Algunos de estos preceptos, por ejemplo, regulan la actividad estatal o señalan de está, metas o imperativos que obligan a una actuación al reconocerlos constitucionalmente en forma expresa o de fácil inducción. Recientemente, desde 1950 entre nosotros, el campo de esos principios se ha ensanchado,

la lista se amplia con el advenimiento del Estado social, pero igual que antes, los principios al concretarse en preceptos se convierten en la garantías de los derechos del ciudadano frente a los del Estado, que ahora no solo limitan las acciones de este, sino que además, lo obligan a actuar en determinada forma, para cumplir el mandato constitucional de alcanzar determinados fines.

La trascendencia de los principios tributarios constitucionales, se ha destacado así: “la inserción de las bases del Derecho Fiscal (del orden tributario y del orden presupuestario) en la norma fundamental, y más señaladamente en las constituciones rígidas según la añeja clasificación de Bryce cumple una función vinculante para el quehacer legislativo ordinario, culmina de una manera típica el viejo principio de legalidad y extiende al orden financiero el principio de seguridad jurídica que la Constitución encarna” ese es el verdadero sentido en el cual todavía debemos entender los principios constitucionales tributarios.¹³⁰

En nuestra Constitución vigente encontramos regulado en el Artículo 131 N° 6, de forma tacita el principio de capacidad económica, al establecer, entre las atribuciones del parlamento, el decretar impuestos, tasas y demás contribuciones sobre toda la clase de bienes, servicios e ingreso, en relación equitativa. Se encuentra ubicado dentro del capítulo relativo a las atribuciones y competencia del órgano legislativo, por lo que su redacción no está formulada como un derecho subjetivo. Sin embargo es posible interpretar que dicha disposición está imponiendo, entre otras la carga a la asamblea legislativa de tomar en cuenta la capacidad económica de los contribuyentes al crear el tributo. De tal manera que el incumplimiento de

¹³⁰ *Ibidem*, p 61.

dicha obligación genera un interés legítimo o categoría jurídica subjetiva protegible a favor del sujeto pasivo del tributo, que consiste en la facultad por la vía procesal idónea, entiéndase el proceso de amparo, el respecto de dicho principio constitucional en materia tributaria¹³¹.

Sin embargo, a la hora de analizar los límites materiales a la potestad tributaria, ha señalado que el principio de proporcionalidad tributaria se encuentra estrechamente ligado al principio de capacidad contributiva como criterio de la igualdad fiscal, tanto que define la proporcionalidad tributaria como referida concretamente a la riqueza gravada. “en virtud de la cual cada contribuyente deber pagar en proporcionado a ella”..., para luego precisar que: “...el principio de proporcionalidad sostiene Ernesto Pedraz Penaval en su “Constitución jurisdicción y proceso”. Exige que en las intervenciones del Estado en la esfera privada, de la defendida por los derechos fundamentales, los medios soberanos utilizados se mantengan en proporción adecuada a los fines perseguidos. La proporcionalidad de una regulación o acto ha establecer, pues, con referencia al objeto de la tutela y ordenación intentando en cada supuesto con referencia al derecho fundamental, que resulte o pudiera resultar lesionado.¹³²

Por otra parte la Sala de lo Constitucional ha señalado Como elementos que configuran al principio de la proporcionalidad a los siguientes: la idoneidad de los medios empleados- en el sentido de la duración o

¹³¹ La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, ha aplicado en diversos sentidos el principio indicado, pero no se ha planteado de manera directa la discusión de dicho principio como un derecho fundamental ni, por tanto, ha estructurado el análisis de acuerdo con los tres criterios de idoneidad, necesidad y ponderación de valores jurídicos. Amparo 545-2003, de 12 de Abril de 2005

¹³² Instituto Centroamericano de Gobernabilidad, Primer informe de gobernabilidad de gobernabilidad, 2007, Director del Proyecto Jaime Ordoñez, Primera Edición, El Salvador. p. 173

intensidad de los mismos deben ser exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar la necesidad de tales medios- en el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable y proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger”.¹³³

Así también en referencia al mismo tema La Sala de lo Constitucional ha dicho que el principio de proporcionalidad requiere del monto de los gravámenes este “en proporción” con el costo del servicio, la contraprestación pública o la capacidad contributiva de los obligados dependiendo el tipo de tributo. Vinculado a este principio de progresividad, según el alícuota o porcentaje del impuesto se va elevando la forma en que aumenta el capital imponible. La misma sentencia establece como elementos del principio de proporcionalidad los siguientes: la idoneidad de los medios empleados en el sentido que la duración e intensidad de los mismos deben ser exigidos por la finalidad que se pretenda alcanzar; la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado; y la ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que persigue proteger. Además, se indica que el principio en comentario no se reduzca al ámbito de la aplicación de la ley lo cual corresponde al poder Judicial, sino que parte desde la formulación de la norma, función que en virtud de legalidad le corresponde al órgano legislativo o cualquier ente con competencia normativa. Estos razonamientos no terminan de aclarar si el principio de capacidad contributiva es un “derecho fundamental” respecto del

¹³³ Sentencia de inconstitucionalidad del 06/IX/1999. Ref. 23 23-98

cual opere el principio de proporcionalidad indicado, (que es lo que plantea el indicador correspondiente) pero se acerca a tener esas implicaciones. De ahí que la jurisprudencia citada presenta aun una desviación respecto de la tipicidad deseada.¹³⁴

A lo anterior, el principio de capacidad económica ha sido invocado por la jurisprudencia salvadoreña, resaltándose su condición de principio de reparto de la carga tributaria. Para ejemplificar, se cita el siguiente fallo: “todo tributo para ser constitucionalmente valido deber respetar escrupulosamente los principios que la misma Constitución establece. Para el efecto, Ekmekdjian señala algunos límites constitucionales que sobresalen: el principio de legalidad tributaria o fiscal, el de igualdad fiscal, el de proporcionalidad del tributo, el de realidad económica o capacidad contributiva, el de razonabilidad o equidad fiscal, etc.”

Puede advertirse entonces que existen límites formales y límites materiales a la potestad tributaria; entre los primeros se encuentra el principio de legalidad tributaria o fiscal, mientras que en los segundos están los principios de igualdad fiscal, proporcionalidad, razonabilidad o equidad fiscal y el de capacidad contributiva.”

a) principio de igualdad fiscal, el cual no implica identidad aritmética del monto del tributo para los contribuyentes. Por el contrario, igualdad fiscal significa que se debe dar las personas el mismo trato en las mismas condiciones. En otras palabras no se puede aplicar una suma igual a personas con distinta capacidad económica, ya que el tributo sería leve para uno, podría ser excesivamente oneroso para otro.

¹³⁴ Sentencia de Inconstitucionalidad 14 -II-1997

b) muy estrechamente ligado con lo anterior, se señala el principio de proporcionalidad tributaria referido concretamente a la riqueza gravada; en virtud de la cual, cada contribuyente debe pagar en proporción a su capacidad contributiva y el tributo debe ser proporcionado a ella. Vinculado con el mismo, (mas bien es una variante a el) es el principio de progresividad, según el cual la alícuota o porcentaje del impuesto se va elevando a la medida que se aumenta el capital imponible” ¹³⁵

2.3.- Poder de imperio en la producción de normas tributarias y exoneraciones.

En relación con el principio de reserva de ley , el artículo 131, 6 lo consagra expresamente al señalar como facultad del parlamento el de decretar impuestos, tasas y demás contribuciones sobre toda clase de bienes, servicios e ingresos. En cuanto al desarrollo de los aspectos desglosados en el indicador, puede decirse que, si bien de una forma dispersa, se han encontrado en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional varias sentencias que cubren tales aspectos. ¹³⁶.

¹³⁵ Instituto Centroamericano de Gobernabilidad, Op. cit P. 174

¹³⁶Es así que la Sala de lo Constitucional ha reconocido que el hecho imponible o generador consiste en una situación que, según la valoración del legislador, tiene idoneidad abstracta como índice o indicio de capacidad contributiva, percibir una renta poseer un patrimonio, realizar un gasto en tal caso, la obligación tributaria es cuantitativamente graduada conforme a los criterios que se creen óptimos para expresar en cifras concretas, cual será la dimensión adecuada de su obligación. De igual manera la misma sentencia, al reconocer que los tributos son exigidos por el Estado en ejercicio de su poder de imperio, es decir que el elemento esencial en el tributo es la coacción manifestada especialmente en la presidencia de una contraprestación voluntaria y espontáneamente realizada por el sujeto obligado y que debido a su carácter coactivo se hace necesario establecer un límite formal a dicha coacción, el cual se traduce en el hecho que no puede haber tributo sin ley previa que lo cree. Esto indica el reconocimiento jurisprudencial de que la ley debe determinar a) el hecho generador o imponible; b) los elementos de cuantificación de la obligación tributaria; c) los sujetos pasivos de la obligación tributaria. Sentencia en proceso de Amparo constitucional número

Respecto de las exenciones, la Sala de lo constitucional ha establecido que, en la normativa constitucional, constituyente quiso aunque sin antecedentes histórico normativo incluir dentro de la zona de reserva de ley a favor del órgano legislativo, la posibilidad de que se decretara de manera general, entre otras cosas, beneficios o incentivos (fiscales o de cualquier naturaleza) para la promoción de actividades culturales, científicas agrícolas, industriales, comerciales o de servicio. Es decir al órgano legislativo se le permite crear incentivos o beneficios fiscales que vayan orientados a mejorar condiciones de vida, aspectos intelectuales, condiciones de productividad, etc. o como sostiene la misma Constitución sostiene , aspectos culturales por un lado, científicos por otro, así como asuntos agrícolas, industriales, comerciales o de servicios. En síntesis, “el establecimiento de beneficios o incentivos fiscales por medio de un decreto legislativo debe estar encaminados, indistintamente de su grado de establecimiento o perfeccionamiento en el momento en que surgen aquellos beneficios fiscales”¹³⁷.

2.4.- Marco jurídico secundario tributario.

Los mandatos establecidos en los preceptos constitucionales tributarios se encuentran desarrollados dentro de este marco jurídico es decir, en la ley secundaria, la cual regula los mecanismos mediante los cuales se les dará vida y aplicación a los imperativos señalados en la Carta Magna. En el marco jurídico secundario tributario existen todo un conjunto

699 2000 de fecha 24 de mayo de 2002, Lo anterior se confirma de la sentencia emitida en proceso constitucional numero 23-2001 por la Sala de lo constitucional, el día 11 de noviembre de 2003, al manifestar que la ley debe determinar directamente o mediante fijación de los criterios a desarrollar por fuentes secundarias que categorías de ciudadanos y en razón de que presupuestos de hecho van a pagar el tributo; así como cuánto van a pagar.

¹³⁷ Sentencia de 5 III 2002, Inc. 22 98, considerando V2

de leyes que son de aplicación, la principal de ellas es el código tributario y es a la cual haremos mayor referencia estableciendo nociones generales de lo que el mismo regula, cuya finalidad principal tal como lo dice su Art. 1 es “contener los principios y normas jurídicas aplicables a todos los tributos internos bajo la competencia de la Administración Tributaria”¹³⁸

Para iniciar el desarrollo del tema que nos atiende señalaremos aspectos generales de lo establecido por el Código Tributario, es así que partiremos nuestro estudio con las fuentes del ordenamiento tributario las cuales son establecidas en el Art. 5 del Código Tributario que especifica que son consideradas fuentes del ordenamiento tributario:

- 1) las disposiciones constitucionales
 - 2) las leyes, los tratados y las convenciones internacionales que tengan fuerza de leyes;
 - 3) los reglamentos de aplicación que dicte el órgano ejecutivo
- d) la jurisprudencia sobre procesos de constitucionalidad de las leyes tributarias.

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

Cabe destacar que el Código tributario al establecer taxativamente las fuentes mediante las cuales se regirá el Derecho Tributaria, en el artículo antes relacionado en su literal a) le da el primer lugar dentro de la

¹³⁸ Art. 1 Emitido por decreto legislativo N----Diario Oficial, No, 241, Tomo No 349, del 22 de diciembre de 2000.

clasificación de las fuentes señaladas, a la Constitución de la Republica, ya que como se hizo mención anteriormente es la base principal sobre la cual se encuentra todo el Derecho Tributario y por consecuencia son sus mandatos la principal de las fuentes.

Ahora bien dentro del literal b) del artículo en mención se especifica a la ley¹³⁹ como una de las fuentes de la legislación tributaria, debido a que en la misma se desarrollan los preceptos constitucionales, y contiene un papel central en el Derecho Tributario por imperativo del principio de legalidad que exige este rango formal para la regulación de los elementos esenciales del tributo.

Otra de las fuentes señaladas en el Artículo citado son los tratados internacionales ya que tal como lo establece el Art. 144 de la Constitución Vigente “los tratados celebrados por El Salvador con otros estados o organismos internacionales, constituyen leyes de la Republica al entrar en vigencia, conforme a las del mismo tratado y de esta Constitución” Por debajo de la constitución, la primera de las fuentes en el orden de jerarquía es la representada por los tratados internacionales. Así lo entiende mayoritariamente la doctrina, aunque existen autores que defienden la tesis de que la articulación entre tratados y Derecho interno no se establece en términos de jerarquía, sino de distribución de materias o ámbitos de actuación¹⁴⁰.

¹³⁹ La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Art. 1 Código Civil, declarado ley de la Republica del Poder Ejecutivo, 23 de agosto de de 1859.

¹⁴⁰ PÉREZ ROYO, F: *Derecho financiero y tributario parte general*, novena edición, Madrid 1999 Pág. 58.

Así mismo en el literal c) del Artículo en estudio se establece los reglamentos que dicte el Órgano ejecutivo, como fuente de Derecho Tributario, debido a que como son normas de desarrollo y ejecución de las leyes, tiene lógicamente un espacio en el campo tributario. Una cuestión a que es necesario abordar en relación al reglamento es el ámbito de aplicación material propio de la fuente normativa y es que ya se ha dicho que el caso de la ley el ámbito se encuentra determinado por el principio de legalidad tributario. El reglamento por su parte, tiene como ámbito natural el desarrollo o ejecución de la ley, sin poder rebasar los límites impuestos por la reserva legal y por la preferencia de ley o jerarquía normativa.¹⁴¹

Y como último punto establece supletoriamente como fuente del Derecho Tributario a la doctrina legal¹⁴² emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte Suprema de Justicia y del tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos.

Para continuar el desarrollo del tema hablaremos del tributo y como la legislación secundaria lo desarrolla, la definición legal es la establecida en el Art. 11 C.T la cual regula que “tributos son la obligaciones que establece el Estado en ejercicio de su poder de imperio cuya prestación en dinero exige con el propósito de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines”¹⁴³.

¹⁴¹ *Ibíd*em p. 66

¹⁴² La Ley de Casación Art. 2 inciso 3. Ley de Casación, D.L. N 1135, 31 de agosto de 1953, publicado en el D.O. Número 160, tomo 161, del 4 de septiembre de 1953. al establece respecto doctrina legal es la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres Sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes.

¹⁴³ Sobre este tema Pérez Royo, Fernando opina que “El tributo es una prestación pecuniaria de carácter coactivo impuesta por el Estado u otro ente público con el objeto de financiar gastos públicos. De acuerdo con esto, las notas que caracterizan al tributo son fundamentales dos: la coactividad y el carácter contributivo. En cuanto a la primera, la

El Código Tributario en su Artículo 12 clasifica a los tributos en tres clases (impuestos, tasas y contribuciones especiales) y en los Artículos siguientes desarrolla cada uno de la siguiente forma: a) *impuesto* es el tributo exigido sin contraprestación, cuyo hecho generador está constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica Art.13 C.T *tasa* es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servidor público individualizado al contribuyente Art.14 C.T *contribución especial* es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o las actividades que constituyan el presupuesto de la obligación Art.15 C.T.¹⁴⁴

coactividad, se resuelve en el hecho de ser el tributo una prestación establecida unilateralmente por el Ente público, a través de los procedimientos previstos por la Constitución y en el resto del ordenamiento, sin el concurso de la voluntad de sujeto llamado a satisfacerla. Como segunda determinación o nota básica el carácter contributivo que se refleja en la propia raíz etimológica del término tributo construye la razón de ser de la institución y lo que la diferencia de otras prestaciones (como multas o sanciones pecuniarias) que siendo igualmente coactivas, carecen de esta finalidad o razón de ser”.

¹⁴⁴ En la sentencia de inconstitucionalidad 21-2004 del pasado 29 de IV-2005 la sala de lo constitucional declaró inconstitucional algunos subrubros y artículo de la Ordenanza Reguladora de las tasas por servicios Municipales de la ciudad de San Salvador, referente entre otros aspectos la mantenimiento y reconstrucción de parques y financiamiento de los festejos del municipio de San Salvador. El argumento principal utilizado por la Sala de lo Constitucional fue la violación al principio de legalidad tributaria contenido en el Art. 131 ord 6 de la Constitución. En la sentencia se analizó desde el punto de vista doctrinal, al tributo, el cual, se dijo es una prestación pecuniaria de carácter coactivo impuesta por el Estado u otro ente públicos, siendo sus notas características la coactividad y el carácter contributivo. Se hizo hincapié, además, en la sentencia la sentencia de inconstitucionalidad 23- 98 del 6 -IX 1999, donde se afirmó que los tributos pueden ser clasificados de numerosas formas, entre ellos, a través de la teoría tripartita que ha servido de base la modelo del Código Tributario para América Latina: impuestos, tasas y contribuciones. Se retoma también la sentencia de Amparo 100- 2001- del 24 v- 2002 en la que se estableció la diferencia entre impuestos y tasas. El impuesto, se dijo es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad relativa al contribuyente; elemento propio y de carácter positivo del impuesto es la ausencia de vinculación entre la obligación de pagar el impuesto y la actividad administrativa que el Estado desarrolla con su producto. La nota distintiva del impuesto se identifica en el elemento objetivo del hecho imponible, en el que, a diferencia de las otras especies tributarias, no parece contemplada ninguna actividad

El Art 16 del Código Tributario define a la obligación tributaria como “el vínculo jurídico de derecho público, que establece el Estado en el ejercicio del poder de imponer exigible coactivamente de quienes se encuentran sometidos a su soberanía, cuando respecto de ellos se verifica el hecho previsto por la ley y que le da origen”

La explicación de esta forma de ser de la obligación tributaria radica precisamente en el hecho de que la presencia del interés público a cuyo servicio debe actuar la Administración: la ley demanda a la Administración, no simplemente que cobre el tributo, sino que lo haga precisamente de aquel que aparece fijado en la propia ley. Los pactos que los particulares hagan al respecto tienen un alcance meramente privado, sin repercusión en la relación jurídica tributaria. Del principio a que se está haciendo referencia se suele identificar en el precepto del Artículo 17 Código Tributario “Los actos y convenciones celebrados entre particulares no son oponibles en contra del fisco, ni tendrán eficacia para modificar el nacimiento de la obligación

administrativa, por tanto, el impuesto es un tributo no vinculado, ya que no existe conexión del obligado con actividad estatal alguna que se singularice a su respecto o que lo beneficie. Por ello el hecho imponible consiste en una situación que, según la valoración del legislador, tiene idoneidad abstracta como índice o indicio de capacidad contributiva, percibir una renta, poseer un patrimonio, realizar un gasto. En tal caso, la obligación tributaria es cuantitativamente graduada conforme a los criterios que se cree mas adecuados para expresar en cifras concretas, cuál será la dimensión adecuada de su obligación. Por su parte la tasa es un tributo cuyo hecho generador está integrado por una actividad del Estado divisible e inherente a su soberanía, hallándose esa actividad relacionada con el contribuyente, teniendo las siguientes características: a) es una prestación que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio b) debe ser creada por ley; c) su hecho generador se integra con una actividad que el Estado cumple y que esta vinculada con el obligado pago; d) el producto de la recaudación es exclusivamente destinado al servicio o actividad respectiva e) debe tratarse de un servicio o actividad divisible a fin de posibilitar su particularización; y g) la actividad estatal vinculante debe ser inherente a la soberanía estatal, es decir que se trata de actividades que el Estado no pueda dejar de prestar porque nadie más que el está facultado para desarrollarlas ejemplo de ello la administración de justicia, poder de policía, actos administrativos en sentido estricto. Molina Méndez, José Carlos.

tributaria ni alterar la calidad del sujeto pasivo, sin perjuicio de la validez que pudiera tener entre las partes”

Ahora bien al hablar de la obligación tributaria debemos señalar el elemento subjetivo que intervienen dentro de dicha obligación es decir, los sujetos que integran la relación jurídica tributaria. iniciemos dando una definición de lo que se entiende por relación jurídica tributaria “Es el vínculo jurídico obligacional surgido en virtud de las Normas reguladoras de las obligaciones tributarias que permiten al fisco como sujeto activo, la pretensión de una prestación pecuniaria a título de tributo por parte de un sujeto pasivo que está obligado a la prestación”¹⁴⁵. es así que como sujetos intervinientes podemos señalar como sujeto activo al Estado (fisco) y como sujeto pasivo al obligado a la prestación (contribuyente).

El Art. 19 C.T especifica que “sujeto activo de la obligación tributaria es el Estado, ente público acreedor del tributo” el concepto de sujeto activo de la relación jurídico tributaria suele identificarse con el acreedor de la deuda que representa el contenido esencial de dicha relación. Se acostumbra a distinguir a este respecto entre el ente publico como titular del poder tributario o potestad normativa de creación de tributos y el propio (o diferente) ente público como titular del derecho de crédito en la relación que se origina con el hecho imponible previsto en la propia norma.

Así mismo debemos señalar que, como expresa el mismo Derecho positivo. Lo que caracteriza la posición del sujeto activo del tributo es que su pretensión se hace efectiva a través de un procedimiento administrativo. De manera que en realidad es significativo a la hora de explicar la posición

¹⁴⁵ www.starmedia.com. consultado 10 de julio 2008, Hora de consulta: 17:00 Hrs.

jurídica del sujeto activo y de su relación con los administrados es el de *competencia*. Lo que interesa más allá de cuál sea el ente beneficiario de la prestación, es el órgano competente para recibir el pago, para practicar la liquidación, para exigir por vía coactiva el cumplimiento, entre otros ¹⁴⁶.

Pasando al lado del sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria es el Art. 30 Código Tributario el que lo define “se considera sujeto pasivo para los efectos del presente Código, el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o en calidad de responsable”.

Con lo señalado en el artículo podemos concluir que frente a la Administración tributaria, encontramos una pluralidad de sujetos que se hallan sometidos a los diversos derechos y potestades que integran dicha función algunos de estos sujetos tienen el deber de pagar la obligación tributaria y, además de cumplir otros deberes accesorios; otros aparecen como obligados al pago de las prestaciones pecuniarias distinta de la deuda tributaria en sentido estricto, o bien resultan obligados en virtud de una presupuesto distinto del de la realización del hecho imponible; otros, en fin sencillamente sujetos de deberes de contenido no pecuniario, de información respecto de terceros.

2.5.- Administración tributaria en El Salvador y su estructura.

La administración tributaria en El Salvador, está conformada por diferentes aparatos, y estos están organizados, por un conjunto de normas

¹⁴⁶ Pérez Royo, Op. cit, p.140.

en las que se establece su función, atribuciones y competencias para su buen funcionamiento, como un ente administrativo que ejerce actividades administrativas, así como también a las personas y cosas que tienen la finalidad de desarrollar una determinada función¹⁴⁷, en un momento y espacio determinado. Cuando nos referimos a la Administración tributaria se entiende que es el Ministerio de Hacienda, en este apartado expondremos la estructura de dicho Órgano (Ver anexo 1).

2.5.1.- Ministerio de Hacienda.

Corresponde en este apartado exponer todo lo relativo a la administración financiera de la Hacienda Pública, ya que de esa manera se hará más concreta establecer la relación y responsabilidad patrimonial que se puede atribuir en algún momento determinado a un funcionario público, dentro de esta administración se desprenden diferentes atribuciones, funciones y objetivos; ya que le corresponde al Ministerio de Hacienda dicha competencia, esta es otorgada por la Constitución de la República¹⁴⁸, tal como se expone en el artículo 226: “El Órgano Ejecutivo, en el Ramo correspondiente, tendrá la dirección de las finanzas públicas y estará especialmente obligado a conservar el equilibrio del Presupuesto, hasta donde sea compatible con el cumplimiento de los fines del Estado”; como se puede entender este artículo no dice expresamente Ministerio de Hacienda, pero se entiende que es el Ministerio de Hacienda al referirse al Órgano Ejecutivo en el Ramo correspondiente, en este sentido, se puede decir que la base constitucional de la referida competencia es el artículo en mención.

¹⁴⁷ KURI DE MENDOZA, S y Otros: *Manual de Derecho Financiero*, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, 1° Edición, El Salvador, 1993, p. 160

¹⁴⁸ Artículo 226 Cn.

Por otra parte también en la legislación secundaria específicamente, lo regula en el artículo 36 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo¹⁴⁹, ya que señala entre sus atribuciones las siguientes: a) La dirección de las finanzas públicas; b) La dirección y ejecución de la política tributaria; c) La preparación de los proyectos de Ley de Presupuestos, de Ley de Salarios, de los decretos de emisión o contratación de empréstitos al sector público y la administración de la deuda pública; d) La contabilidad de la Hacienda pública, entre otras, este apartado solamente es ilustrativo, en el sentido que existen como ya se dijo anteriormente diferentes atribuciones y que en un momento determinado estas atribuciones también pueden ser objeto de responsabilidad, no obstante que no es ese el caso que nos ocupa.

Los objetivos del Ministerio de Hacienda son los siguientes:

- a) Lograr niveles de ingresos, gastos e inversión que respondan a las necesidades del desarrollo económico y social de nuestro país, en armonía con el Plan de Gobierno y que aseguren en el tiempo, la sostenibilidad de las finanzas del Estado.
- b) Incrementar los niveles de cumplimiento tributario, reduciendo la evasión y elusión fiscal.
- c) Fortalecer una cultura de cambio que garantice la calidad en la prestación de los servicios que presta.
- d) Transformarse en una institución eficiente y eficaz que responda a los objetivos planteados en el Plan de Gobierno¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Emitida por Decreto Ejecutivo numero 24, del 18 de abril de 1989, publicado en el D.O., número 70, Tomo No 303, de la misma fecha.

¹⁵⁰ Página Web del Ministerio de Hacienda: www.mh.gob.sv, fecha de consulta 30 de junio de 2008, Hora de Consulta: 16:00 Hrs.

Una de las funciones básicas de la Administración tributaria, es decir del Ministerio de Hacienda relacionadas, según el Código Tributario en el Artículo 23 son las siguientes: “a) El registro, control y clasificación de los sujetos pasivos en función de su nivel de ingresos, actividad económica y cualquier otro criterio que permita a la Administración cumplir eficazmente con su gestión; b) Exclusión de sujetos pasivos cuando carezcan de capacidad contributiva; c) Registro y control de los cumplimientos tributarios tanto de los contribuyentes como de los obligados formales; d) Control y designación de agentes de retención y de percepción; e) La fiscalización de las liquidaciones hechas por los contribuyentes; f) Las liquidaciones oficiosas del impuesto; g) La aplicación de sanciones; h) La gestión administrativa del cobro del impuesto y accesorios; i) La gestión previa del cobro de la deuda tributaria por la vía judicial; y, j) Cualquier otra función que en materia de tributos internos le permita ejercer eficiente y técnicamente su función administradora”¹⁵¹.

De lo anterior se puede manifestar que son diferentes las funciones y dentro de cada una de ellas, se emiten también actos administrativos y estos tienen sus efectos jurídicos, que muchas veces pueden llegar a beneficiar o perjudicar, dependiendo de la forma legal, en que se ha emitido. Pero es el caso que nos ocupa en este apartado pues de esa forma vamos relacionando todos las formas en las que se puede atribuir una responsabilidad patrimonial, por un acto emitido, de acuerdo a sus funciones.

2.5.2.- Direcciones Generales.

Es importante hacer ver que el Ministerio de Hacienda también cuenta con diferentes unidades y direcciones y un tribunal, de las cuales se

¹⁵¹ Artículo 23 CT.

expondrán seis direcciones y el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y únicamente se analizará, la Dirección General de Impuestos Internos, ya que es en esta última en la que se vinculan más contribuyentes por ser más directa y general la relación jurídica que existe, en el sentido que hay servicios y productos que se prestan a toda la Sociedad y que se pagan directamente, de tal manera que los contribuyentes también solicitan una prestación directa de la dirección y está en sus respectivas competencias puede emitir actos administrativos, pero este último tema del acto administrativo se analizara en el siguiente capítulo.

No existe una jerarquía en estas direcciones, simplemente haya una relación lineal institucional¹⁵², es decir que todas y cada una posee funciones y competencias diferentes, pero que al final todas tienen el objetivo de darle cumplimiento a la Administración financiera del Estado. Entre estas se encuentran:

2.5.2.1.- Dirección General de la Renta de Aduanas.

Esta dirección ha sido creada, con la finalidad de regular, el ámbito comercial relacionado con las importaciones y exportaciones de todo tipo de mercaderías; una de las principales competencias son: fijar la estimación aplicable a las mercaderías que no tienen un arancel específico; actuar como ente consultivo en lo que se refiere a los tratados y convenciones comerciales, que celebrará el país, perseguir el contrabando; entre otras.¹⁵³

¹⁵² Para cada una de estas direcciones el legislador ha emitido diferentes decretos que se concretizan y materializan en leyes y reglamentos, en los que se regula cada una de sus competencias, funciones y objetivos, que están creados de acuerdo a la actividad financiera del Estado, para lograr sus fines recaudatorios entre otros.

¹⁵³ Artículo 4 del Decreto de Creación de la Dirección General de Aduanas: D.L. N° 43 del 7 de mayo de 1936, publicado en el D.O. N° 104, T, 120 del 12 de mayo de 1936.

2.5.2.2.- Dirección General del Presupuesto.

Esta dependencia fue constituida con la finalidad de controlar la ejecución de los presupuestos desde el punto de vista administrativo; así como estudiar, preparar, imprimir y distribuir los presupuestos que se rigen por la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, en el artículo 2¹⁵⁴; también vigilar que se mantenga el equilibrio de los presupuestos; recomendar métodos sobre la mejor utilización de los servicios, materias, útiles, equipo e inmuebles del estado con la finalidad de evitar la compra de materiales innecesarios y con eso el desperdicio, y todos los aspectos necesarios para la venta y donación de materiales para otras dependencias¹⁵⁵.

2.5.2.3.- Dirección General de Tesorería.

Esta dirección se encarga de recaudación, custodia, distribución y erogación del dinero público, esta dirección trabaja conjuntamente con el Banco Central de Reserva, pues el servicio que presta en relación con la concentración, custodia y distribución del dinero público, ya que la Dirección General de Tesorería posee diferentes oficinas que se encargan de cumplir todas esas funciones antes mencionadas, también existen colectorías legalmente establecidas, para la recaudación del dinero público y esta obligada a recibir las sumas que le son entregadas e informarlas en el libro de entrada de contabilidad; en cuanto a la custodia material de esos fondos públicos es ahí donde se relaciona el Banco Central de Reserva. Después de esta la otra función de distribuir esos fondos, que nuevamente pasa a la Dirección General de Tesorería y posteriormente se deposita en las

¹⁵⁴Decreto Legislativo número 516 del 23 de noviembre de 1995, publicado en el Diario Oficial N° 7, Tomo 330 de fecha 11 de enero de 1996.

¹⁵⁵ Artículo 39 de la Ley SAFI.

diferentes cuentas ejemplo de ellas son: la cuenta general del Tesoro, pagaduría general, cuenta de los pagadores subsidiarios, fondos de manejo ajenos especial y fondos ajenos en custodia, estos últimos son los fondos constituidos por embargos, fianzas y todos aquellos fondos de los que el Estado no puede disponer¹⁵⁶ todo de conformidad a la Ley de SAFI, desde el artículo 60.

2.5.2.4.- Dirección General de Contabilidad Gubernamental.

Esta dirección se encarga de llevar un manejo integral de contabilidad gubernamental, es decir de todas las instituciones centralizadas del órgano central, así como globalizar los movimientos contables y recursos y obligaciones del sector público, también la supervisión técnica en la competencia de cada institución gubernamental, sin embargo también controla a estas instituciones la Corte de Cuentas, que ejerce un control directo, del uso de los recursos y sus obligaciones. Esta dirección lleva un control de registros básicos a nivel institucional con datos que son periódicos y globales, esta dirección fue creada de conformidad a la Ley Orgánica de Contabilidad Gubernamental¹⁵⁷.

2.5.2.5.- Dirección de Inversión y Crédito Público.

Esta dirección de Inversión y Crédito Público ha sido creado recientemente; teniendo como base la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado¹⁵⁸ y las funciones principales son: a) Dar seguimiento y controlar los recursos internos y externos, originados por la vía del endeudamiento público; b) Coordinar la acción estatal en materia de deuda e

¹⁵⁶ Artículo 60 de la Ley SAFI.

¹⁵⁷ Artículo 98 de la Ley SAFI.

¹⁵⁸ Artículo 82 de la Ley SAFI.

inversión del sector público no financiero con el Presupuesto General del Estado; c) Administrar el proceso de endeudamiento del Sector Público no Financiero que comprende la gestión, negociación, contratación, legalización, seguimiento y control de los recursos originados por la vía del endeudamiento público, así como administrar el pago del servicio de la deuda contratada por el Gobierno Central, derivada de dicho proceso, manteniendo la solvencia crediticia del país; d) Administrar el proceso de inversión pública que comprende un conjunto de instrumentos técnicos, normativos y procedimientos, mediante los cuales las Instituciones del Sector Público no Financiero, identifican, formular, evalúan, priorizan, programan, ejecutan y dan seguimiento a los proyectos de inversión pública, a fin de lograr una eficiente asignación y administración de los recursos públicos destinados a proyectos inversión. Otra función que tiene esta dirección es brindar asistencia técnica y legal a las instituciones del Sector Público no Financiero, en las distintas etapas del proceso de inversión y endeudamiento público, para lograr mayor agilidad y eficiencia en la ejecución de los mismos.

2.5.2.6.- Dirección General de Impuestos Internos.

Como ya se dijo anteriormente, esta dirección es la única de la que se analizará ampliamente, ya que tiene la responsabilidad de la administración de los impuestos, creada por la Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos (DGII)¹⁵⁹, la que administra los impuestos internos. La Dirección General de Impuestos Internos, tiene la competencia de en todas

¹⁵⁹ Decreto Legislativo N° 451, del 22 de febrero de 1990, publicada en el D.O. N° 56, Tomo 306 del 07 de marzo de 1990.

las actividades administrativas que se relacionan con los impuestos de: renta, patrimonio, transferencia de bienes raíces, donaciones, consumo de productos y servicios, gravámenes sobre las actividades productivas y comerciales, actos jurídicos y transacciones; además tiene un carácter de organismo técnico independiente, complementándose con las que anteriormente se mencionan y con las funciones básicas de recaudar, fiscalizar y cobrar los impuestos que administra; para desarrollar estas labores en forma óptima, se complementa con los sistemas normativos de apoyo, planificación y coordinación. La DGII se creó en sustitución de las Direcciones Generales de Contribuciones Directas e Indirectas.

El objetivo principal de la DGII es generar mayores niveles de ingresos para el logro de los objetivos del Estado, a través de la Administración y aplicación eficiente de las Leyes Tributarias, la asesoría y fiscalización a los contribuyentes y del cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias.

También tenemos que sus principales funciones son las siguientes:

- 1) Aplicar y hacer cumplir las leyes referentes a los impuestos, tasas y contribuciones fiscales, cuya tasación, vigilancia y control estén asignados por Ley.
- 2) Brindar asistencia tributaria al contribuyente tanto personal como telefónica.
- 3) Diseñar y ejecutar planes de fiscalización enfocados a la obtención de los recursos financieros que necesita el estado para operar.

4) Facilitar al cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias¹⁶⁰.

La estructura orgánica de la DGII ha trascendido de una administración tradicional por impuestos a una organización de tipo funcional, en donde se aprecian los niveles centrales y local (Ver anexo 2)

La Dirección General de Impuestos Internos se encuentra estructurada organizativa y operativamente, en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 de su Ley Orgánica, de la siguiente forma:

2.5.2.6.1.- Subdirección General.

Para comenzar el Subdirector General asiste al Director en las evaluaciones sobre la gestión e inspección y debe cumplir con los mismos requisitos del Director General, según los artículos 4 y 5 de la Ley antes citada; debe vigilar y auditar todas las dependencias y coordinar con los encargados de las funciones de apoyo para la optimización de los planes trazados mediante programaciones específicas, según lo establece el artículo 7 de su misma Ley Orgánica; vemos que de esta función que desarrolla este funcionario, puede en un momento determinado emitir actos que pueden o no ser administrativos dependiendo del caso en concreto, pero vemos que tiene una relación estrecha con la investigación en cuestión, ya que si audita y vigila, existe una jerarquía y que una orden o declaración de voluntad, afecte un derecho o varios derechos de los contribuyentes.

Vemos que también se respalda con el artículo 8 de la Ley Orgánica en cuestión, y esta le da un camino para poder acceder y solicitar una indemnización o responsabilizar, tanto a los funcionarios y empleados en si como los únicos responsables de reparar los daños o perjuicios ocasionados, pero en este artículo, hace mención de una responsabilidad civil, que es la

¹⁶⁰ Artículo 3 de la LODGII.

que nos lleva a los procedimientos constitucionales, conocidos, como son el proceso de amparo y el contencioso administrativo¹⁶¹.

2.5.2.6.2.- Unidad de Programación y Evaluación Tributaria.

Es la responsable de elaborar los Planes de Fiscalización, tendientes a controlar la correcta aplicación de las Leyes Tributarias por parte de los Sujetos Pasivos del impuesto, a fin de maximizar la recaudación tributaria y reducir la evasión fiscal. Además, se encarga del diseño, programación, seguimiento y evaluación, de los diferentes planes de fiscalización que ejecutan las Unidades Fiscalizadoras, con el fin de garantizar la eficiencia, rentabilidad y producción efectiva de los mismos.

2.5.2.6.3- Unidad de Servicios Informáticos.

Brinda asesoría en temas informáticos y en la administración de los recursos humanos y tecnológicos del ente. Desarrolla e implementa los sistemas computacionales, realiza estudios sobre innovaciones tecnológicas aplicables para los fines de la institución; administra los sistemas computacionales existentes, garantizando su buen funcionamiento y la seguridad de la información de que se dispone; planifica y diseña las políticas de manejo de información entre las distintas Unidades Organizativas de la Dirección General.

2.5.2.6.4.- Unidad de Audiencia y Apertura a Pruebas

¹⁶¹ Artículo 8 Inciso primero: LODGII “*El director General, Subdirector General, los auditores o peritos y demás empleados de la Dirección General serán responsables civilmente por los perjuicios que ocasionaren al Fisco o a los contribuyentes, por los errores que cometieron por impericia o negligencia, en sus dictámenes y resoluciones.....*”.

Garantiza los derechos constitucionales de defensa y audiencia establecidos en los artículos 11 de la Constitución que dice “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...”; de este artículo es pertinente citar lo que ha dicho la Sala de lo Constitucional respecto al derecho de audiencia¹⁶².

¹⁶² Sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97.: Sobre la *naturaleza* del derecho consagrado en el inc. 1º, la SC ha afirmado que "esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados; y, en segundo lugar, es un derecho relacionado indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente". En cuanto al *alcance* de tal derecho, ha afirmado que derecho de audiencia es una "expresión onmicomprensiva con que se hace referencia a las facultades, poderes y garantías que han de obligatoriamente observarse en un proceso" Sentencia de 16-XII-1997, Amp. 9-S-95, Considerando III 4. Respecto del *contenido* del derecho de audiencia, ha dicho que "el art. 11 Cn. señala en esencia que la privación de derechos –para ser válida jurídicamente– necesariamente debe ser precedida de proceso seguido ‘conforme a la ley’. Tal referencia a la ley no supone que cualquier infracción procesal o procedimental implique por sí violación constitucional, pero sí exige que se respete el contenido del derecho de audiencia. Aspectos generales de dicho derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo, son: (a) que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, el cual no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones constitucionales respectivas; (b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas, que en el caso administrativo supone la tramitación ante autoridad competente; (c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y (d) que la decisión se dicte conforme a leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado" Sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97, Considerando II 1. La expresión "debido proceso", según el tribunal, solo puede tener un *contenido procesal, no material*. En ese sentido, ha dicho que "el derecho constitucional al debido proceso únicamente puede considerarse desde el punto de vista procesal, con exclusión del punto de vista material, porque el mismo, dentro de un Estado de Derecho en el cual vive la independencia judicial a todo nivel jurisdiccional, rige sin vulneración al anterior principio si sólo se controla en relación a las garantías procesales y procedimentales de las personas, mas no cuando se pretende llevar a las tierras materiales, y ser considerado como un mecanismo de control de la esfera discrecional que todo juzgador posee al momento de aplicar las leyes que sustenten sus decisiones. En suma, el derecho constitucional al debido proceso, en nuestro ordenamiento jurídico, debe referirse exclusivamente a la observancia de la estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, y no a la aplicación razonable, adecuada y justa de las leyes materiales, labor

y 12 de la Constitución de la República que dice: "Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa..."; en los procesos de investigación fiscal, que tengan como resultado un informe de auditoria o infracción; admitiendo los reclamos en el proceso de fiscalización e inconformidades de los contribuyentes, y la prueba en que se fundamentan, analizándolas y valorándolas. Emite informe técnico con recomendaciones que incidirán en el contenido del informe de auditor, para asegurar una justa determinación o imposición, es importante lo que existe de jurisprudencia en estos casos ya que esta es una de las etapas en las que se pueden violentar derechos fundamentales o por no aplicar lo que establezcan las leyes o se dieran validez a requisitos de forma que al final afecten, a los contribuyentes o por la imposición de una sanción o por la atribución de un delito, esto

exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia en base a su discrecionalidad jurídica objetiva" Sentencia de 2-VII-1998, Amp. 1-I-96, Considerando II 1. Sobre el *ámbito de aplicación* del derecho de audiencia, ha señalado que "el vocablo 'juicio' consignado en el artículo 11 del Código Político no está referido única y exclusivamente al concepto de proceso jurisdiccional —el proceso por antonomasia—, sino que se amplía a la idea de trámite, de actividad dinámica destinada al pronunciamiento de una decisión, eventualmente conflictiva con el interés o derecho de unas personas" Sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3-92, Considerando XVIII. Para la SC, el derecho de audiencia es un derecho de *configuración legal*: "siendo que el derecho de audiencia es un derecho de contenido complejo, el mismo se concreta en la estructura de los procesos y, por tanto, también [en] instancias, recursos o medios impugnativos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones que se plantean y de las normas jurídicas que le sirvan a ésta de basamento. No obstante lo anterior (...), la concreción que el legislador secundario hace del derecho de audiencia ha de realizarse en coherencia con la normativa constitucional o, en todo caso, el juzgador ha de verificar, en el caso específico y determinado, una interpretación y aplicación de las disposiciones que desarrollan el derecho de audiencia que sea conforme con dicha normativa constitucional" Sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97, Considerando II 1.

podría ser causa de una indemnización patrimonial, veamos lo que dice la Sala de lo Constitucional acerca de la presunción de inocencia¹⁶³.

2.5.2.6.5.- Unidad de Asuntos Internos.

Verifica internamente el trabajo realizado por las Unidades Fiscalizadoras, mediante la revisión de los informes de fiscalización, expedientes y libretas de trabajo; para establecer si los procedimientos de auditoria empleados son los más adecuados. Así mismo, se encarga de revisar los dictámenes fiscales emitidos por los Auditores independientes, autorizados por la Ley y la Dirección General de Impuestos Internos, en cumplimiento a lo estipulado en los artículos 129 al 138 del Código Tributario¹⁶⁴.

2.5.2.6.6.- Unidad de Defensoría del Contribuyente.

Su función principal es la recepción de quejas, denuncias e insatisfacciones presentadas por los contribuyentes y dar trámite a las mismas hasta que sean resueltas. Sus objetivos son: asegurarles a todos los

¹⁶³ Sentencia de 10-II-1999, Amp. 360-97, Considerando III 2. Sobre el *contenido y alcance de la presunción de inocencia*, el tribunal ha afirmado que "toda persona sometida a un proceso o procedimiento, es inocente y se mantendrá como tal dentro del proceso o procedimiento, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria o resolución motivada, y respetando los principios constitucionales procesales. Por lo tanto, se considera que ninguna persona –natural o jurídica– puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de 'presunciones de culpabilidad', sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba que lleven a una conclusión objetiva de culpabilidad".

¹⁶⁴ Artículo 129 del C.T. "*Para efectos de este Código se entenderá por dictamen fiscales documento en el que conste la opinión relacionada con el cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente....*"; entiéndase que el auditor es el Contador Público o Licenciado en Contaduría Pública; también este profesional se rige por la Ley Reguladora del Ejercicio de la Contaduría. También hay informe fiscal que es un documento que contiene un detalle del trabajo que realiza el auditor y el resultado obtenido, y es un fundamento del dictamen fiscal.

contribuyentes un lugar a donde acudir cuando el sistema falla; facilitar a los contribuyentes un responsable que tenga acceso directo con las autoridades de la Dirección General de Impuestos Internos; permitir identificar los problemas de organización y procedimentales y sugerir se adopten medidas correctivas.

2.5.2.6.7.- Unidad de Fiscalización y Control de Obligaciones Tributarias Formales.

Ejecuta los Planes de Fiscalización, que comprenden fiscalizaciones puntuales a las zonas de mayor movimiento comercial, efectúa acciones para constatar la legal tenencia de mercadería en comercios, bodegas, talleres, autolotes, zonas de descargo y almacenes de depósito, en coordinación con la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la Republica. Efectúa la inscripción de oficio de los contribuyentes, y verifica si el control interno que poseen en materia de emisión de documentos, ya sea en forma manual y/o mecanizada, garantiza el interés fiscal, en esta función, vemos que es de suma importancia el procedimiento legal que apliquen los agentes encargados de ejecutar las fiscalizaciones, ya que e en esta en una de las situaciones concretas que las que pueden perjudicar a los contribuyentes.

2.5.2.6.8.- Dirección de Fiscalización

Fortalece la Administración Tributaria a través de un efectivo control del universo de contribuyentes que permita sostener o incrementar los niveles de recaudación, es de suma importancia la gestión fiscalizadora que ejerce la Dirección General. Esta se subdivide de la siguientes Subdirecciones:

2.5.2.6.8.1.- Subdirección de Grandes Contribuyentes

Ejecuta los Planes de Fiscalización programados por la Unidad de Programación y evaluación Tributaria; atiende peticiones y debe proporcionar un excelente servicio de asistencia a los contribuyentes considerados como de mayor significación fiscal.

2.5.2.6.8.2.- Subdirección de Medianos Contribuyentes.

Ejecuta los Planes de Fiscalización programados por la Unidad de Programación y Evaluación Tributaria; atiende peticiones y mejora el servicio de atención en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, orientado a los contribuyentes calificados por sus ingresos como “medianos contribuyentes”.

2.5.2.6.8.3.- Subdirección Central de Fiscalización

Ejecuta los Planes de Fiscalización programados por la Unidad de Programación y Evaluación Tributaria; atiende peticiones, orientado a los contribuyentes calificados por sus ingresos como “pequeño contribuyentes”, y atiende a contribuyente omisos.

2.5.2.6.9.- Oficina Regional de Occidente.

Fue creada con el fin de descentralizar las funciones y lograr un mayor control fiscalizador de todos los contribuyentes de la zona geográfica occidental, tanto los grandes como pequeños y medianos contribuyentes, con el objetivo de brindarle un mejor servicio que los induzca al cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

2.5.2.6.10.- Oficina Regional de Oriente

Fue creada con el fin de descentralizar las funciones y lograr un mayor control fiscalizador de todos los contribuyentes de la zona geográfica oriental, tanto los grandes como pequeños y medianos contribuyentes, con el objetivo de brindarle un mejor servicio que los induzca al cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

2.5.2.6.11.- Departamento Catastro Fiscal.

Se encarga de ejecutar los Planes de Fiscalización orientados a lograr mayor recaudación y control, específicamente del impuesto a la Transferencia de Bienes Raíces.

2.5.2.6.12.- División Jurídica.

Fortalece el sistema de tributación interna y genera un marco jurídico simplificado, a través de la aplicación de criterios sólidos y unificados con base en la Legislación Tributaria y Leyes conexas, la emisión ágil y oportuna de sus actos y la formulación de propuestas de reformas a las normas tributarias a fin de mejorarlas y fortalecerlas; emite resoluciones y realiza notificaciones a los contribuyentes de los casos desarrollados por las áreas fiscalizadoras, realizando un trabajo en el cual debe aplicar correctamente las Leyes vigentes y evacuar en forma ágil las peticiones de los contribuyentes. Este se subdivide en:

- 1) Departamento de Estudios Jurídicos y Traslados;
- 2) Departamento de Notificaciones;

- 3) Departamento de Tasaciones;
- 4) Departamento de Resoluciones.

2.5.2.6.13.- División de Asistencia Tributaria.

Proporciona asistencia técnica tributaria, unificando criterios sobre la aplicación de derechos de los contribuyentes. Coordina con los diferentes departamentos las campañas de divulgación, orientación, conferencias o eventos de interés fiscal, así como evacua las consultas efectuadas por los contribuyentes y simplifica el uso de los formularios de impuestos que faciliten el cumplimiento de las obligaciones tributarias, además fortalece la cultura de tributación en el país.

2.5.2.6.14.- División de Control de Obligaciones Tributarias.

Dirige y controla el procesamiento de las declaraciones de los diferentes impuestos y coordina el desarrollo de actividades orientadas a brindar un eficiente y oportuno servicio al contribuyente en lo que respecta a la inscripción de NIT e IVA, autorización de imprentas y registro de maquinaria exenta. Este se subdivide en:

- 1) Departamento de Declaraciones;
- 2) Departamento de Registro y Cuentas Corrientes;
- 3) Departamento de Devoluciones.

2.5.2.6.14.1.- Subdirección de Calidad.

Esta subdirección tiene que ver con la gestión de calidad, en el sentido de darle un buen funcionamiento a la administración Tributaria que se personifica en esta dirección ya que es una de las direcciones en las que gestiona más general y posee más funciones para la mayoría de contribuyentes; esta es la encargada de: “Formular objetivos, política y planes de aseguramiento y control de la Calidad; coordina el proceso de implantación del Sistema de la Calidad, que incluye la ejecución de políticas, objetivos, procedimientos y programas específicos; gestiona la obtención de recursos para la implantación del Sistema de la Calidad; diseña y establece metas específicas de Calidad y apoyo a los planes de la institución; coordina el diseño y establecimiento de estándares de calidad en el servicio a los contribuyentes, que permitan evaluar el desempeño del recurso humano; dirige el proceso de evaluación de los componentes del Sistema de la Calidad, con el propósito de garantizar el cumplimiento y mejora del mismo, y apoya el programa de implantación y seguimiento del Sistema de la Calidad ISO 9000 y la mejora de la calidad Kaizen¹⁶⁵.

2.5.2.6.15.- Dirección Administrativa

Coordina las tareas de Reclutamiento y capacitación de personal y la dotación de la logística necesaria a todas las Unidades de la DGII, para el logro de sus metas proyectadas. Se subdivide en la Unidad de Soporte Técnico Informático y en la División Administrativa, la cual a su vez se subdivide en:

¹⁶⁵ CORTEZ SEGURA, R y Otros: *El Procedimiento de Liquidación del impuesto sobre la renta en el Código Tributario y la falta de un instrumento adecuado que oriente sobre el mismo*, Tesis para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2003, p .73.

- 1) Departamento de Recursos Humanos;
- 2) Departamento de Finanzas;
- 3) Departamento de Servicios Generales.

2.5.2.6.16.- Área de Devoluciones y Compensaciones

Se encarga de verificar las devoluciones y compensaciones de los impuestos que administra la DGII, solicitadas por los contribuyentes; a efectos de agilizar el trámite correspondiente o rechazar la solicitud por improcedente, informando en este caso a las Unidades Fiscalizadoras para que se efectúe el cobro respectivo.

Básicamente se ha descrito en los párrafos precedentes la forma en que se encuentra estructurada internamente la Dirección General de Impuestos Internos actualmente, para efectos de cumplir con las obligaciones establecidas en los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la LODGII, antes referidos.

Con respecto al tema de la responsabilidad, se puede mencionar que a todo lo expuesto anteriormente, que tanto el Director General como el Subdirector General, pueden delegar, conservando siempre las responsabilidades inherentes a sus cargos, una o mas de las facultades que la Ley les confiere, a cualquiera de sus funcionarios, técnicos y empleados; es por dicha razón la organización interna de la DGII, con el fin de dar cumplimiento a sus objetivos, que por Ley le han sido otorgados; vemos que esta delegación se deriva de un grado jerárquico y que es aquí también

donde pueden incurrir en una responsabilidad patrimonial en base a la misma Ley¹⁶⁶.

Así mismo, es necesario mencionar que el Director General, el Subdirector General, los Auditores o Peritos y demás empleados de la Dirección General, son responsables civilmente por los perjuicios que ocasionen al Fisco o a los contribuyentes, en el ejercicio de sus funciones encomendadas, ya sea por negligencia, malicia o impericia en sus actuaciones, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente, según lo dispone el Artículo 8 de su Ley Orgánica; además, conforme a lo dispuesto en los artículos 26, 28 y 174 del C.T., los empleados de la Administración tributaria no deben divulgar información de los contribuyentes a terceros ni aceptar dadas ni retribuciones indebidas en el desempeño de sus cargos.

2.6.- Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y Aduanas.

El Tribunal ha sido creado ya que el Ministerio de Hacienda no puede ser ni Juez ni parte, en un proceso determinado, esa es una de las razones y que a la vez es necesario, porque de esa manera se cumple un principio fundamental que es la seguridad jurídica, dentro de un verdadero Estado de Derecho, que se pretende alcanzar, para llevarlo a la autenticidad.

El Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos conocido como TAI, nace con la creación de la Ley Orgánica del Impuesto sobre la Renta, en el año de 1915; en un primer momento este tribunal ha sido creado con la finalidad de darle cumplimiento a los derechos de los contribuyentes de una

¹⁶⁶ Artículo 8 Inciso final LODGII “*Tanto el Director General como el Subdirector General, conservando siempre las responsabilidades inherentes a sus cargos, podrán delegar una o más de las facultades que esta Ley les confiere a cualesquiera de sus funcionarios, técnicos y demás empleados*”.

seguridad jurídica, para garantizar el derecho de impugnar mediante el recurso de apelación contra aquellas resoluciones definitivas en materia de liquidación de oficio de impuesto e imposición de multas, que emita la Dirección General de Impuestos Internos¹⁶⁷.

Todo su funcionamiento se regulaba por la Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos¹⁶⁸; y su competencia hasta enero del año 2000 eran: Liquidación de Impuestos Internos; Imposición de Multas; Denegación de devoluciones; Repetición de pago indebido y exceso de multo o IVA¹⁶⁹; posteriormente su competencia hasta noviembre del año 2001 son conocer del Recurso de Apelación que interpongan los contribuyentes, en contra de: Liquidación de Impuestos Internos; Resoluciones Definitivas e Imposición de Multas. Hasta el año 2001, mantenía la estructura de un presidente y dos vocales.

En el año 2001 se crea la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras mediante Decreto Legislativo número 551 de fecha 29 de octubre de 2001, publicada en el Diario Oficial, Tomo 353, No. 204, entrando en vigencia el 7 de noviembre del año 2001 y que en su artículo 51 de dicha ley confiere al Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos el carácter de Tribunal Aduanero (104 CAUCA)¹⁷⁰. Y es por ello la

¹⁶⁷ Artículo 1 Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de Los Impuestos Internos. Emitida por Decreto Legislativo del 18 de diciembre de 1991, publicada en el D.O. N° 242, Tomo 313, del 21 de diciembre de 1991.

¹⁶⁸ En los Artículos 2, 3, 4 y 7 de la mencionada Ley establece todo el procedimiento para la interposición del recurso de apelación y las disposiciones generales en cuanto a la aplicación e interpretación de tales disposiciones.

¹⁶⁹ Esta abreviatura corresponde al Impuesto al Valor Agregado, impuesto que es regulado por la Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios o Ley del IVA, según Decreto Legislativo N° 296, del 22 de septiembre de 1992, publicada en el D.O. N° 174, Tomo 316, del 22 de septiembre de 1992

¹⁷⁰ Su abreviatura significa Código Aduanero Uniforme Centroamericano, convenio ratificado por El Salvador el 13 de diciembre de 1963, este mecanismo es utilizado para garantizar la

Competencia en Aduana eran emitir: Resoluciones definitivas sancionatorias, sean administrativas o tributarias; Suspensión o cancelación de autorizaciones a los administrados; Actos que afecten en cualquier forma los derechos de los administrados.

Por otra parte en el artículo 45 de la mencionada ley está la incompetencia del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos, para conocer en materia de liquidación de impuestos aduaneros, de conformidad al artículo 1 y 51 dicha ley y artículos 103 y 104 CAUCA.

Posteriormente la Ley de Organización y funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos sufre reformas y ha sido complementado por otras atribuciones, de las cuales han sido la de conocer de las infracciones aduaneras dicha función revisora de este Tribunal, ha sido ampliado mediante la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, la cual dio al mismo el carácter de Tribunal Aduanero para los efectos contemplados en el Código Aduanero Uniforme Centroamericano, tal como se ha manifestado anteriormente, por lo cual el referido Tribunal tiene competencia legal para conocer no solamente de materia relacionada con impuestos internos, sino también de la apelación de las resoluciones de la Dirección General de la Renta de Aduanas en materia de clasificación arancelaria, infracciones aduaneras y sus sanciones, por lo que su nueva denominación es Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas¹⁷¹.

Dicho Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos, se encuentra integrado por un Presidente, dos Vocales, uno Jurídico y otro

integración comercial entre los países de Honduras, Nicaragua, Guatemala, Costa Rica y El Salvador, con la finalidad de darle un auge a la economía regional Centroamericana.

¹⁷¹ Decreto Legislativo N° 904 del catorce días del mes de diciembre del año dos mil cinco, publicado en el D.O., Número 26, Tomo N° 370 de fecha siete de febrero de dos mil 2006.

Contable, además cuenta con un grupo de Asesores para las áreas Jurídica y Económica Contable; un grupo de Auditores, Valuadores y Notificadores; así mismo dispone de un equipo de personas para el Área Administrativa que brinda apoyo en la ejecución de las diferentes actividades.

Pero es de hacer notar que estos deben llenar algunos requisitos, ya con la reforma del año 2006, que se ha mencionado¹⁷².

2.6.1.- Objetivos del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y Aduanas.

En cuanto a los objetivos, como ya se ha manifestado ha tenido cambios, en cuanto a que tiene la competencia de conocer sobre el recurso de apelación de las resoluciones definitivas que emita la Dirección General de Aduanas en materia de liquidación de oficio de tributos, imposición de sanciones, valoración, aduanera, clasificación arancelaria y origen de las mercancías.

Dentro de los objetivos principales del Tribunal se pueden mencionar los siguientes:

¹⁷² Artículo 1 LOFTAIA: El Tribunal estará integrado por un Presidente y dos Vocales especialistas en Tributos Internos y dos Vocales especialistas en materia aduanera, quienes junto con el Presidente del Tribunal, conocerán de los recursos de apelación en las materias relacionadas en el presente artículo. Todos los miembros del Tribunal serán nombrados por el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Hacienda por un periodo de cinco años prorrogables y desempeñarán sus cargos con autonomía funcional. Para ser nombrado Presidente del Tribunal de Apelaciones, se requiere ser salvadoreño por nacimiento, abogado de la República, de reconocida honorabilidad, mayor de treinta años de edad con experiencia en materia tributaria, o en su defecto tener seis años de ejercicio profesional o haber desempeñado una judicatura de primera instancia por tres años. Los vocales deberán ser profesionales universitarios y tener seis años de ejercicio profesional en materia tributaria o aduanera, deben ser de notoria competencia, reconocida honorabilidad, salvadoreños por nacimiento y mayores de edad.

- 1) Contribuir al desarrollo de la Política Tributaria, en lo relativo a la obtención de una equitativa, correcta y oportuna administración de impuestos internos y aduaneros, con el fin principal de impartir justicia acorde al marco jurídico tributario existente.
- 2) Efectuar las resoluciones de los recursos de apelación que interponen los contribuyentes de los impuestos de: renta, patrimonio, transferencia de bienes raíces, sucesiones, del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios (IVA) y otros impuestos internos, de conformidad con los derechos que reconoce el ordenamiento jurídico.

2.6.2.- Funciones del Tribunal.

Como ya se ha mencionado anteriormente se han modificado sus funciones, tal como lo estipula el artículo 5, el cual dice: “El Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas, podrá en la sustanciación de los incidentes, ordenar de oficio inspecciones y exhibición de documentos o contabilidades, practicar toda clase de valúos y diligencias necesarias para esclarecer los puntos reclamados; y recibir toda clase de prueba legal, exceptuando la testimonial y la confesión de la Dirección General de Impuestos Internos o Dirección General de Aduanas, en su perjuicio. Podrá asimismo decidir todas las cuestiones que plantee el expediente, hayan sido o no alegadas por los interesados; en este último caso se les oirá previamente¹⁷³.”

¹⁷³ Consultado de la página Web del Ministerio de Hacienda: www.mh.gob.sv, Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas, fecha de consulta 07 de julio de 2008. Hora 18:00

2.6.3.- Algunas dependencias de la organización del Tribunal se describen a continuación:

2.6.3.1.- Área Jurídica

El área jurídica está integrada por el Vocal Jurídico, quien actúa como Jefe de Unidad; por Asesores Jurídicos Tributarios y Notificadores. La actividad principal es la de ejecutar lo referente a los aspectos legales tributarios del proceso de Recurso de Apelación, desde la interposición hasta la notificación de la sentencia que dicta el Tribunal sobre la resolución del Recurso expuesto. Además efectúa estudios y análisis de la aplicación de las diferentes leyes de impuestos para su adecuada aplicación.

2.6.3.2.- Área Administrativa

Está compuesta por un Jefe de la Unidad Administrativa, cuenta con personal administrativo, secretarial y de servicios. Dentro de sus actividades están las de administrar eficiente y eficaz los recursos humanos, materiales y financieros que el Tribunal requiere como parte del apoyo para la ejecución de las funciones sustantivas. Así mismo, es responsable de ejecutar el presupuesto fiscal, diseño de herramientas de control, pago de salarios, administración de la biblioteca, etc.

2.6.3.3.- Área Contable

El área contable está integrada por el Vocal contable quien desempeña la función de Jefe de la Unidad; además está integrada por Asesores Económicos Tributarios; Auditores Fiscales y Técnicos Valuadores, a quienes les corresponde realizar actividades relacionadas con asuntos

económico – contable, como inspecciones y verificaciones contables, práctica de valúo, entre otros de índole económico y contable. Otra de sus actividades son realizar estudios a requerimiento del Tribunal, relativos al impacto económico y contable producto de la aplicación de las Leyes Tributarias.

2.6.3.4.- Área de Cómputo

La finalidad del área de cómputo es automatizar los procesos administrativos, desarrollando programas tributarios que faciliten la realización de los diferentes procesos, así mismo se encarga de dar mantenimiento a la base de datos, para que la información sea oportuna y actualizada.

2.7.- Otras Dependencias del Ministerio de Hacienda.

Estas instituciones, forman parte también del presupuesto de la nación, tales como:

2.7.1.- Lotería Nacional de Beneficencia.

Fue creada con la finalidad de obtener fondos que sirven para cumplir fines del Estado. Se regula mediante la Ley Orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia¹⁷⁴ y la Corte de Cuentas de la República se encarga de auditarla.

2.7.2.- Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos.

¹⁷⁴ Emitida por Decreto Legislativo N° 3129, del 12 de septiembre de 1960, publicada en el D.O. N° 226, Tomo 188, del 23 de septiembre de 1960.

Esta institución es oficial autónoma, y se regula mediante la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos¹⁷⁵. También es fiscalizado por la Corte de Cuentas de la Republica, y en la actualidad ya no funciona como una institución para lo cual fue creada, ya que aún lo empleados públicos están sometidos por el Fondo de Administración de Pensiones, pero funciona con aquellas personas que desde la época de su creación, hasta la creación de las administradoras de pensiones cotizaban con el INPEP, pero todos esos fondos fueron traspasados al Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

2.7.3.- Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión.

Esta institución ha sido creada recientemente y se abrevia FOSEP, es una entidad financiera de derecho público con personalidad jurídica¹⁷⁶.

Con el objeto de readecuar su estructura organizativa, administrativa a la dinámica que conlleva la demanda cada vez más creciente de financiamiento de preinversión del sector público y privado, fue sustituida¹⁷⁷.

Con fecha 19 de junio de 1997 se emitió el Decreto Legislativo No. 38 mediante el que se estableció que la Dependencia de enlace del Gobierno con el FOSEP, sea el Ministerio de Hacienda.

El Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión tiene entre una de sus funciones principales, la de promover permanentemente el financiamiento de actividades y estudios de preinversión.

¹⁷⁵ Emitida por Decreto Legislativo N° 373, del 16 de octubre de 1975, publicada en el D.O. N° 198, Tomo 249, del 24 de octubre de 1975.

¹⁷⁶ Emitida por Decreto Legislativo No. 532, con fecha 18 de mayo de 1978, publicada en el D.O. No. 102 Tomo No. 259 del 2 de junio de 2008.

¹⁷⁷ Decreto Legislativo No. 775 de fecha 25 de abril de 1991, publicada en el D.O. No. 90, Tomo No. 311 del 20 de mayo de 1991.

2.7.3.1.- Marco legal y reglamentación del FOSEP.

El FOSEP cuenta con su Ley Orgánica que le proporciona el marco normativo, definiendo su naturaleza jurídica de corporación financiera de fomento al desarrollo económico y social, mediante la concesión de créditos o donaciones para cubrir los costos de los estudios y actividades de preinversión que requieren los usuarios (inversionistas).

Para normar y regular sus operaciones el FOSEP cuenta con su Reglamento General, Manuales, Guías e Instructivos, Formatos, su Registro Nacional de Consultores, etc.; así como instrumentos legales y administrativos derivados de los préstamos o donaciones que recibe de Organismos Financieros Internacionales.

2.8.- Representantes de la Administración tributaria.

2.8.1.- Autoridades de la Administración tributaria.

Anteriormente hemos explicado lo que es un servidor público, las diferencias de funcionario y empleado, ahora para analizar las autoridades de la Administración Pública retomaremos que funcionario, es " toda persona que desarrolla una función o servicio ", por lo general estable o público, recordando las distinciones existentes como el carácter profesional inferior en jerarquía del empleado y la índole directiva y menos estable del funcionario. Por eso el ministro, el alcalde son funcionarios y no empleados públicos condición que si posee un oficinista del Estado¹⁷⁸. Además son autoridades

¹⁷⁸ Compilación ABC de Hacienda. Ministerio de Hacienda. Pág. 53

que la ley facultad.¹⁷⁹ Por lo tanto entenderemos jurídicamente por autoridad de la administración tributaria a los funcionarios con poder de decisión y mando.¹⁸⁰

La administración tributaria surge a la vida jurídica mediante el ordenamiento constitucional que le otorga personalidad pero para poder administrar efectivamente los recursos del Estado por medio del Ministerio de Hacienda es necesario el elemento humano que haga posible materialmente su desarrollo para cumplir los fines del Estado. Por lo tanto es este apartado analizaremos la normativa legal que faculte a personas para realizar cargos públicos que representen a la Administración Tributaria, ente integrado por Ministerio de Hacienda y direcciones, las cuales se expusieron con anterioridad.

La base constitucional, se encuentra en los artículos a los Arts. 159 y 162 de la Constitución. Relacionados con el reglamentó interno del órgano Ejecutivo¹⁸¹

¹⁷⁹ *Diccionario de la Real academia de la Lengua Española*, Madrid, 1936, talleres esposa Calpe, pág 141, la define "como, del latín , autiriti, atis,". 1. Carácter o representación de una persona por su empleo, merito o nacimiento. 2. Potestad, facultad, 3. Potestad que en un pueblo ha establecido la constitución para que le rija o gobierne, ya dictándole leyes o haciéndoles observar, ya lo administrado por la justicia. 4. Poder que tiene un apersona sobre otra que le este subordinada, como el padre sobre el hijo.

¹⁸⁰ PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1996. Pág. 177. Define autoridad, como potestad legalmente conferida y recibida para ejercer una función pública, para dictar al efecto resoluciones cuya obediencia es indeclinable bajo la amenaza de una sanción y la posibilidad legal de su ejecución forzosa en caso necesario. Se denomina también autoridad a la persona u organismo que ejerce potestad.

¹⁸¹ Art, 1 D. E. No 24, fecha 18-04-1989, D.O. 70, tomo 89 303, Publicación D.O. 04-18-19, en relación a Art. 8.- Los Ministros y Viceministros de Estado, rendirán la protesta constitucional ante el Presidente de la República, previamente a la toma de posesión de sus cargos. De ello, se asentará acta en un libro especial autorizado por el Presidente de la República. Art. 9.- Los Ministros y Viceministros de Estado, deberán asistir al Despacho del Presidente de la República cuando éste lo requiera, o bien lo demanden los negocios públicos.

Los Ministros son independientes en el desempeño de sus funciones y serán superiores jerárquicos de funcionarios y empleados de sus respectivas Secretarías. Regulándolos jurídicamente, la Constitución, leyes secundarias y otros reglamentos, así como las que siguen en el art.16 del RIOE ¹⁸²:

Después del Ministro corresponde al Viceministro respectivo, la superioridad jerárquica, Cuando un Ministerio tenga dos o más Viceministerios, será el Presidente de la República quien designará quien tendrá la superioridad jerárquica después del Ministro, cuando éste se ausente por causas legales.

Los Ministros y Viceministros de Estado podrán autorizar a funcionarios de sus respectivos ramos, para que firmen correspondencia corriente y lo mismo aquella que no implique resolución de asuntos de que se trate, así como transcripciones y notificaciones de resoluciones o

¹⁸² Art 16 RIOE.- Actuar como medios de comunicación del Órgano Ejecutivo en sus respectivos Ramos; 2.- Conocer, tramitar y resolver los asuntos de su competencia, excepto aquellos que, por disposición de la Constitución, leyes, reglamentos o disposición expresa del Presidente de la República, sean reservados al conocimiento de éste o del Consejo de Ministros; 3.- Ordenar la ejecución del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, aprobar y ejecutar los manuales de organización en el ramo respectivo, proponiendo al Presidente de la República la aprobación de los asuntos que por su naturaleza e importancia afectaren la coordinación de las actividades de la Administración Pública; 4.- Asistir al Presidente de la República y a otros entes del Órgano Ejecutivo, en la formulación de planes de desarrollo de los sectores o regiones asignados a cada Secretaría de Estado y velar por la ejecución y eficiente funcionamiento de los mismos; 5.- Integrar el Consejo de Ministros. Esta obligación corresponderá al Viceministro cuando actúe en sustitución del Ministro; 6.- Asistir a las sesiones de la Asamblea Legislativa, cuando fueren invitados para tratar asuntos relativos a sus Secretarías y especialmente en los casos de interpelación a que se refiere el Art. 165 de la Constitución; en este último caso, podrá solicitarse el envío del expediente respectivo, con una anticipación de veinticuatro horas, por lo menos, a la fecha de la sesión; 8.- Los Ministros y Viceministros de Estado para ausentarse del país, deberán contar con la autorización del Presidente de la República; 9.- Dedicar a sus labores todo el tiempo necesario para cumplirlas en forma eficiente, absteniéndose de realizar otras actividades que interfieran sus funciones; 10.- Supervisar y controlar las Instituciones Oficiales Autónomas que por ley están supeditadas a su dependencia e informar al Presidente de la República semestralmente, sobre la situación general de las mismas; 11.- Cumplir y hacer cumplir todas las disposiciones legales y reglamentarias que se relacionen con el desempeño de sus funciones.

providencias autorizadas por los Titulares, debiendo en cada caso, emitirse el correspondiente Acuerdo.

Asimismo, deberán asistir al Consejo de Ministros, siempre que la convocatoria se haga con instrucciones del Presidente de la República, para emitir opiniones e informes ilustrativos, los Viceministros y los funcionarios del Estado o personas que designe el Presidente de la República.

Los Viceministros de Estado colaborarán con los Ministros en las labores de su respectiva Secretaría, y a falta de éstos, los sustituirán en su cargo, previo acuerdo del Presidente de la República. Cuando faltaren tanto el Ministro como el Viceministro o los Viceministros del Ramo, los Titulares de los Ministerios podrán ser suplidos temporalmente por el Ministro que designe el Presidente de la República.

Para desarrollar el Art. 159 de la Constitución, la Administración Pública se distribuirá en la forma que en los siguientes artículos se expresa. Cada Ministerio contará con un Ministro y por lo menos con un Viceministro. El Consejo de Ministros podrá crear mediante Decreto, a propuesta del Presidente de la República, nuevos Viceministerios, dependencias u organismos, cuando la gestión de los negocios públicos así lo requiera.¹⁸³

¹⁸³ Los cuales se sujetaran a las normas establecidas por la constitución y tendrán por deberes de los empleados públicos: 1.- Desempeñar el trabajo que se les encomiende con dedicación y esmero; 2.- Asistir al Despacho con puntualidad y decoro; 3.- Guardar disciplina, subordinación y compostura en asuntos del servicio; 4. - Guardar reserva sobre los asuntos de que tuvieren conocimiento con motivo de su cargo; 5.- Permanecer en la oficina todo el tiempo establecido en los horarios vigentes;6.- Cumplir las normas contenidas en los instructivos y circulares que les sean comunicados, y 7.- Las demás que las leyes y reglamentos les señalen.

2.8.1.1.- Ministro de Hacienda.

Los ministros son los más importantes órganos individuales de la administración central de competencia especial, además afirma ENTRENA CUESTA, que los Ministros tienen, al mismo tiempo, una función de especialización e integradora. De especialización porque a través de los mismos se diversifica la actividad administrativa estatal. Y de integración, porque constituyen el cauce para reconducir a la unidad la enorme variedad de órganos a que lleva el principio de la división del trabajo.¹⁸⁴

El ministerio de hacienda en El Salvador, es representado por el ministro¹⁸⁵ de Hacienda, quien es una de las máximas autoridades, seguida en escala jerárquica por el Viceministro de hacienda, los cuales son colocados en sus funciones por el Presidente de la República al entrar en funciones¹⁸⁶, en base al Art. 4. El Presidente de la República comparecerá ante la Asamblea Legislativa el día primero de junio de cada año, para dar cuenta de la gestión del Órgano Ejecutivo e informar sobre la situación general del país y sus problemas así como las soluciones adoptadas por el Gobierno. En esta ocasión, el Presidente de la República se hará acompañar por los Ministros y Viceministros que considere conveniente o necesarios y cuando no pudiere asistir por cualquier causa lo sustituirá el Vicepresidente de la República, o en su defecto, por el Ministro que él mismo designe. Para la gestión de los negocios públicos habrá las Secretarías de Estado que fueren necesarias, entre las cuales se distribuirán los diferentes Ramos de la Administración. Cada Secretaría estará a cargo de un Ministro, quien actuará

¹⁸⁴ CASTEJON PAZ, Benito: " Derecho Administrativo y ciencia de la Administración" Tomo I, Parte General, 3RA Edición. Revisada. Ediciones Marqués del Duero 8, Madrid. P. 556.

¹⁸⁵ Diccionario de la Real academia de la Lengua Española. Op cit, P 372. Define: *titular de un ministerio*.

¹⁸⁶ Artículo 154 Cn.- El período presidencial será de cinco años y comenzará y terminará el día primero de junio, sin que la persona que haya ejercido la Presidencia pueda continuar en sus funciones un día más.

con la colaboración de uno o más Viceministros. Los Viceministros sustituirán a los Ministros en los casos determinados por la ley.

2.8.1.2.- Nombramiento de Ministro y viceministro.

Según el artículo 160 Cn. para ser Ministro o Viceministro de Estado se requiere ser salvadoreño por nacimiento, mayor de veinticinco años de edad, del estado seglar, de moralidad e instrucción notorias; estar en el ejercicio de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores a su nombramiento, así como también el Art 161 Cn. No podrán ser Ministros ni Viceministros de Estado las personas comprendidas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 127 de esta Constitución¹⁸⁷.

Los Ministros serán superiores jerárquicos de funcionarios y empleados de sus respectivas Secretarías, esto lo establece el artículo 15 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo.

El ministro no está sujeto a la ley el servicio civil, sino a el nombramiento dado por el presidente, Los Ministros de Estado velarán porque se cumpla estrictamente el Capítulo I del Título VII de la Constitución, especialmente lo estipulado para las condiciones de ingreso a la administración, promoción y ascensos con base a mérito y aptitud; traslados,

¹⁸⁷ Art. 127 Cn. Inc. 2º Los que hubiesen administrado o manejado fondos públicos, mientras no obtengan el finiquito de sus cuentas; 3º Los contratistas de obras o empresas públicas que se costeen con fondos del Estado o del Municipio, sus caucioneros y los que, de resultas de tales obras o empresas tengan pendientes reclamaciones de interés propio; 4º Los parientes del Presidente de la República dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 5º Los deudores de la Hacienda Pública o Municipal que estén en mora. 6º Los que tengan pendientes contratos o concesiones con el estado para explotación de riquezas nacionales o de servicios públicos, así como los que hayan aceptado ser representantes o apoderados administrativos de aquellos o de sociedades extranjeras que se hallen en los mismos casos.

suspensiones y cesantías; los deberes de los servidores públicos y los recursos que les afecten; la estabilidad en el cargo público, contenidas en la Ley de Servicio Civil.

2.8.1.3.- Viceministro de Hacienda.

Para los efectos del Art. 159 de la Constitución, la Administración Pública se distribuirá en la forma que en los siguientes artículos se expresa, en el caso de faltar un ministro. Siendo que cada ministerio estará integrado por Cada un Ministro y por lo menos con un Viceministro, según lo establece el art . 31 R.I.O.E.

Dentro de las atribuciones del Ministerio de Hacienda, competen especialmente al Viceministro de Hacienda, según lo dispone el Artículo 36 – A del Reglamento del Órgano Ejecutivo, las siguientes:

El manejo de los ingresos, incluyendo Impuestos Internos y Aduanas

El manejo del Presupuesto, incluyendo presupuestos especiales

El manejo de la Caja

El manejo del sistema de información necesario para las relaciones con el fondo Monetario Internacional

El manejo administrativo del Ministerio, incluyendo lo relacionado con los inmuebles y equipo

Al igual que el ministro de Hacienda el tiempo en sus funciones es igual al del Presidente de la República, y no está sujeto a la Ley del Servicio Civil.

2.8.1.4.- Directores y vicedirectores.

El principio de la división del trabajo y la exigencia de la especialización han determinado que los diversos órganos que se integran

en un ministerio se distribuyen en distintos centros directivos, denominados Direcciones Generales, al frente de los cuales existe un director general, estos son los jefes de los sectores en que se divide un ministerio y por ello los asesores del ministerio caen dentro de su competencia, en nuestro derecho a diferencia de los que ocurre en ordenamientos jurídicos, tiene un carácter político, si bien advierte ENTRENA CUESTA una evidente tendencia moderna a su tecnificación¹⁸⁸.

El Ministerio de Hacienda cuenta con siete Direcciones Generales: 1) Dirección General de la Renta de Aduanas, 2) Dirección General de Inversión y Crédito Público, 3) Dirección General del Presupuesto, 4) Dirección General de Tesorería, 5) Dirección General de Contabilidad Gubernamental, 6) Dirección General de Impuestos Internos, 7) Dirección General de Administración, las cuales fueron expuestas con anterioridad y de las cuales a continuación expondremos quienes desarrollan materialmente las funciones encomendada a tales direcciones y en específico a Dirección General de Impuestos Internos .

Los funcionarios que tienen poder de decisión en cada una de las direcciones, son regulados normativamente por los reglamentos internos de cada una de las direcciones, según se enmarca la cobertura institucional, en el artículo 2 De la LEY AFI,¹⁸⁹ y el artículo Art. 11 de su Reglamento de aplicación,¹⁹⁰ establece que las Direcciones Generales del SAFI, deberán

¹⁸⁸ CASTEJON PAZ, Op Cit. P. 559.

¹⁸⁹ Artículo. 114 de la Ley SAFI, debe emitirse el reglamento que facilite y asegure su aplicación, para desarrollar y completar los principios establecidos en la misma.

¹⁹⁰ Presidente de la República de El Salvador, Que por Decreto Legislativo número 516 del 23 de noviembre de 1995, publicado en el Diario Oficial N° 7, Tomo 330 de fecha 11 de enero de 1996, fue emitida la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado; y, que de conformidad al Art. 114 de la referida Ley, debe emitirse el reglamento que facilite y asegure su aplicación, para desarrollar y completar los principios establecidos en la misma, Ley SAFI.

contar con una estructura orgánica funcional, que será propuesta por el Director General para ser aprobada por el Ministro de Hacienda, en concordancia con lo establecido por el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo.

Las Direcciones Generales están facultadas para proponer al Ministro de Hacienda las políticas, normas y procedimientos, que permitan dar cumplimiento a sus atribuciones, establecidas en la Ley y en el presente Reglamento.

2.8.1.5.- Nombramiento de Director.

Las Autoridades de Las Direcciones Generales están conformada por un Director General, nombrado por el Ministro de Hacienda, el cual deberá reunir los siguientes requisitos, poseer título universitario en el área de ciencias económicas y experiencia profesional relacionada con el Subsistema correspondiente al cargo, así como el cumplimiento de los demás requisitos que establezcan las normas para los funcionarios públicos.

2.8.2.- Competencia de la Administración tributaria.

Las competencias de cada dirección emanan de su reglamento interno las cuales se encargan de la estructura y funcionamiento, como la Dirección General de Aduanas, que será dirigida y administrada por un Director General y un Subdirector General, quienes tendrán las atribuciones que la legislación aduanera, la presente Ley y su Reglamento les confieran, Art 5.¹⁹¹

¹⁹¹ DECRETO No. 903. En uso de sus facultades constitucionales a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Hacienda, decreta la ley orgánica de la dirección general de aduanas.

El Art. 8. De dicho reglamento interno establece que son atribuciones del Director General:

- a) Dictar las políticas, cumplir y hacer cumplir los objetivos de la Dirección General;
- b) Evaluar la operatividad de la Dirección General, a efecto de racionalizar y unificar su funcionamiento; asimismo, ordenar en los casos que sea necesario la intervención de cualquier aduana por parte de unidades especializadas de la institución, si así lo requieren las exigencias del servicio;
- c) Proponer el establecimiento de planes conjuntos de fiscalización con las demás dependencias del Ministerio de Hacienda y otras entidades del sector público, para lograr una eficiente recaudación y control;
- d) Asegurar el cumplimiento del sistema normativo aduanero y de comercio exterior;
- e) Vigilar el desarrollo del sistema normativo aduanero, proponiendo al Ministro de Hacienda, las oportunas reformas legales o reglamentarias en caso de ameritar modificaciones;
- f) Actuar como representante de la Dirección General, ante las distintas entidades nacionales e internacionales que tengan relación con ella;
- g) Dictar las normas administrativas necesarias a efecto de desarrollar y dar seguimiento a la modernización de la organización de la Institución, pudiendo para ello mediante acuerdo interno, crear, adicionar y suprimir las unidades organizativas en todo el territorio aduanero nacional;
- h) Definir la estructura orgánica funcional de conformidad a las funciones y tareas encomendadas a la Dirección General de Aduanas;
- i) Dictar las políticas de selección, admisión, capacitación, formación, distribución, traslados y remoción del personal de la Dirección General, cuando así lo requieran las necesidades de servicio;
- j) Proponer políticas de remuneración, incentivos y prestaciones;

- k) Rendir anualmente al Ministro y Viceministro de Hacienda, informe de las labores desarrolladas, el que deberá ser presentado durante el primer trimestre del año siguiente o en cualquier fecha si así se le requiere;
- l) Remitir proyecto de presupuesto de la Dirección General al Ministerio de Hacienda para su respectiva consideración y aprobación;
- m) Velar por el fiel cumplimiento de la política presupuestaria dictada por el Ministerio de Hacienda;
- n) Fiscalizar las liquidaciones presentadas, liquidar oficiosamente el impuesto, aplicar las sanciones a que hubiere lugar y conocer de los recursos que a los mismos se interpongan;
- o) Efectuar verificaciones de origen y emitir criterios o resoluciones anticipadas, conforme a los Acuerdos, Convenios, Tratados y otros instrumentos en materia de comercio vigentes;
- p) Responder a las consultas planteadas por los Auxiliares de la Función Pública Aduanera y demás usuarios del servicio aduanero;
- q) Cualquier otra facultad, atribución o función que determinen los Acuerdos, Tratados, Convenios y otros instrumentos en materia de comercio, así como la legislación aduanera correspondiente; y
- r) Cualquier otra que se encuentre establecida en la Ley.

El Director General y el Subdirector General, conservando siempre las responsabilidades inherentes a su cargo, podrán delegar a cualquiera de sus funcionarios, técnicos y demás empleados, una o más de las facultades que establece esta Ley, las demás que establezca la legislación aduanera y las contenidas en Acuerdos, Tratados, Convenios y otros instrumentos en materia comercial.

2.8.3.- Funciones básicas de la Dirección General de Impuestos Internos.

Con el objeto de verificar el funcionamiento de una dirección en especial, se retoma la DGII, y en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos, enuncia sus funciones básicas, las cuales son:

- 1) Aplicar y hacer cumplir las Leyes referentes a los impuestos, tasas y contribuciones fiscales, cuya tasación, vigilancia y control le estén asignados por la Ley;
- 2) La asistencia tributaria al contribuyente;
- 3) La recepción y digitación de declaraciones; el diseño y ejecución de planes de fiscalización;
- 4) El registro y control de contribuyentes;
- 5) El pronunciamiento de resoluciones en sus distintos grados; y,
- 6) La formulación de planes de aseguramiento y control de la calidad.

Por la naturaleza del presente trabajo, nos referiremos únicamente a las funciones de recaudación y la función de fiscalización, que son las más importantes y que abarcan la totalidad de las funciones descritas en la Ley, ya que se encuentran inmersas en las mismas.

2.8.4.- La Función de Recaudación.

La recaudación comprende no solo el hecho de percibir en caja, sino, además, el conjunto de operaciones que inician con la preparación de un formulario adecuado para presentar la declaración, la recepción de la misma y la percepción del pago.

Toda tarea significa una actuación; sin embargo, desde el punto de vista de la conducta del contribuyente, esta función de la Administración la podríamos denominar pasiva, en cuanto toda su actuación se concreta y se limita a recibir del contribuyente el pago de su deuda, esto significa que no realiza ninguna actuación que involucre una actividad de la Administración para forzar una determinada conducta del contribuyente.

La Administración debe organizar la percepción del tributo en la forma más ágil, fácil y expedita para el contribuyente, que le permita acercarse más a este; utilizando para ello una adecuada red de oficinas de recaudación, o usando la red bancaria, o mediante una combinación de ambas. Además, para tener una recaudación eficiente es necesario que la oficina perceptora este organizada de tal forma que le permita la atención del contribuyente en un tiempo razonablemente breve.

No se debe confundir la función de recaudación, con el hecho que las unidades de recaudación dentro de la Administración realicen funciones de fiscalización, como podría serlo la determinación de contribuyente moroso o cualquier otra similar, funciones que puede ser aconsejables que las realicen, sin que por ello se altere la naturaleza de tales funciones, seguirán siendo tareas propias de la función de fiscalización, aunque se realicen a través de unidades propias de la función de recaudación.

2.8.5.- La Función de Fiscalización.

La tendencia que podríamos denominar normal, del contribuyente, es a evitar el pago de tributos de ahí surge la necesidad ineludible de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de estos y con ella la función de fiscalización.

La función de fiscalización en materia tributaria tiene por objeto comprobar el incumplimiento de los contribuyentes con el propósito de forzarlos a cumplir. Comprende todo el conjunto de tareas que tienen por objeto compeler al contribuyente al cumplimiento de su obligación y, por consiguiente, a diferencia de la función de recaudación, la de fiscalización es una función esencialmente activa.

No todos los contribuyentes son conocidos para la Administración y, por consiguiente, una primera tarea de la fiscalización es proveer las medidas necesarias para identificar los contribuyentes que le son desconocidos. Los contribuyentes identificados por la Administración están en un registro adecuadamente estructurado, de forma que la tarea concreta de fiscalización será la incorporación de aquellos sujetos que realizan el Hecho Generador del impuesto, no identificados aún por la Administración Tributaria en el registro de contribuyentes que esta lleva. Precisamente una de las funciones básicas de la Administración Tributaria es llevar un registro y control de los Sujetos Pasivos del impuesto (contribuyentes y responsables), en tal sentido lo establece el artículo 24 del C.T.

Anteriormente se menciona que el objetivo principal de la DGII es generar mayores niveles de ingresos para el logro de los objetivos del Estado, siendo alcanzables con la recaudación y fiscalización, utilizando la

Administración y aplicación eficiente de las Leyes Tributarias, la asesoría y fiscalización a los contribuyentes y del cumplimiento voluntario de las obligaciones, es para ello que el Ministerio de Hacienda emite actos jurídicos que dan vida a un actividad que involucra principios constitucionales tributarios enmarcados en un estructura jurídica basada en legislación secundaria que se materializan en el Ministerio de Hacienda y sus respectivas autoridades.

CAPITULO 3

ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

3.1.- Definición de Acto administrativo.

En este capítulo corresponde exponer y analizar, la teoría general del acto administrativo, esto con la finalidad de ir acercándonos cada vez más, al tema central y así determinar cuáles son los actos administrativos que emiten los funcionarios públicos de la Administración tributaria, de los cuales pueden ser responsables, en este capítulo corresponde exponer la teoría antes mencionada y en ese sentido, se hará de forma doctrinaria, jurisprudencial y legal, entendiéndose desde un principio, que corresponde emitir actos administrativos a la Administración pública de tal manera que se entiende que para efectos de nuestra investigación es el Ministerio de Hacienda el encargado de emitir dichos actos, tal como se ha expuesto en el capítulo anterior; específicamente la Dirección General de impuestos Internos que es la Dirección a la que nos corresponde estudiar.

Para ello es importante mencionar que existe un problema muy puntual en cuanto al estudio de este capítulo y es que en nuestro país no existe una ley específica que contenga las disposiciones jurídicas pertinentes para los actos administrativos, en ese sentido podremos apreciar como otros regímenes jurídicos poseen un régimen jurídico administrativo que regule el procedimiento general, para determinar dicha situación del acto administrativo.

En nuestro país existe tal problema que no hay una integración de tal ley, ya que algunos suponen la existencia de esa ley general de

procedimiento, pero esta a su vez se queda corta, pues no es taxativa; para el caso en mención, tenemos por ejemplo, que el legislador ha omitido formas procesales, que en un momento determinado del proceso; ya que no se saben las disposiciones aplicables luego de la tramitación de un recurso administrativo y posterior a eso no se sabe como será motivado, si durante la tramitación del recurso habrá de proceder a otras diligencias. Lo anterior es de vital importancia, tal como lo manifiesta Gamero Casado “el acto administrativo será valido cuando para dictarlo se haya dado recto cumplimiento al procedimiento *ad solemnitatem* que en un Estado de Derecho debe seguir la Administración¹⁹²”.

Las Salas de lo Constitucional y Contencioso Administrativo han previsto estas situaciones, y han establecido jurisprudencia, para algunos casos y esto ha servido para responder a una seguridad jurídica y a los principios administrativos, también es importante reconocer que todo se aplica conforme a la Constitución y demás leyes secundarias todo con la misma finalidad.

Para finalizar hemos denotado que existen diversas leyes que recogen la actuación de la administración, para el caso y de esa misma forma los requisitos que existen para diferentes actos y contratos, pero estas disposiciones contenidas en los cuerpos normativos administrativos, que en un momento determinado pueden ser interpretadas por analogía, por los mismos principios administrativos, así como los del derecho común¹⁹³.

¹⁹² GAMERO CASADO, op. cit, p. i.

¹⁹³ La Sala de lo Contencioso Administrativo el 17 de diciembre de 1990, con Ref 16-H-88, ha reiterado en otros pronunciamientos ese mismo planteamiento. En ese mismo sentido la Sala en la Sentencia del 06/04/89, Ref: 17B-85, afirma que las reglas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles acerca de la prueba testimonial son de aplicación a los procedimientos administrativos que carezcan de regulación específica al respecto.

En definitiva podemos mencionar también que el problema de la teoría del acto administrativo es su alcance y significado.

Para definir el acto administrativo, nos vemos en la necesidad de exponer a los diferentes autores, y en ese sentido se hace de esa forma ya que es imprescindible para el Derecho Administrativo, ya que es la esencia de este en su totalidad.

Determinarlo en si como parte de la actividad de la administración, ya que este siempre deberá dictarse conforme el principio de legalidad. Según García de Enterría “*el acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo...*”¹⁹⁴, según este autor es necesario distinguir tres actos¹⁹⁵; es importante mencionar que no debe confundirse el acto administrativo con el reglamento, pero eso solo es para delimitar su alcance, posteriormente se abordara más sobre el tema.

Finalmente para el autor expone una definición: “*Acto administrativo sería la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*”. De esa definición el autor establece cinco notas, en cuanto a los supuestos del acto administrativo, que deben mencionarse y son las siguientes: “*a) Declaración Intelectual; b) La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados*

¹⁹⁴ GARCÍA de ENTERRÍA, E: *Curso de Derecho Administrativo I*. Vol I, Madrid, Editorial Civitas, 1979, p. 455.

¹⁹⁵ La actuación no jurídica (actos materiales); de los actos jurídicos producidos por los administrados, aún siendo propios del Derecho Administrativo (actos del administrado); de los actos jurídicos dictados por la Administración que no están sometidos al Derecho Administrativo (actos de Derecho privado, o procesal, o laboral, o constitutivo, entre otros). García de Enterría, Eduardo y Otro, op. cit, p. 455.

intelectuales, de juicio, de deseo, de conocimiento; c) La declaración en que el acto administrativo consiste debe proceder de una Administración, precisamente, lo que excluye, como ya se ha mencionado, los actos jurídicos del administrado (que son también actos jurídicos regulados por el Derecho Administrativo, pero sometidos a otro régimen sustancialmente diferente); d) La declaración administrativa en que el acto consiste se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa; y e) La potestad administrativa ejercida en el acto ha de ser distinta de la potestad reglamentaria”; es pertinente mencionar que también el autor Zanobini, expone la misma definición con la diferencia que no se adhiere a la potestad reglamentaria¹⁹⁶.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se ha identificado con la definición de Zanobini, en el sentido de distinguir el acto administrativo de las actuaciones materiales, que lleva la Administración¹⁹⁷; También es importante ver el criterio que la Sala ha emitido en otra sentencia y año más reciente que la anterior¹⁹⁸; en definitiva

¹⁹⁶ ZANOBINI, G: *Corso di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, p.245.

¹⁹⁷ Este criterio lo ha emitido con razón de distinguir las actuaciones administrativas. “Sala de lo Contencioso Administrativo SCSJ del 24/02/93, Ref. 283-D, y dice: “La Administración pública, en ejercicio de la función administrativa, exterioriza su voluntad a través de actividad jurídica, en declaraciones de voluntad destinadas a surtir efectos jurídicos; y actividad material, en realizaciones o ejecuciones de operaciones materiales. De ahí que la actividad de la Administración se materializa o canaliza en actos jurídicos (declaraciones de voluntad) y hechos jurídicos (operaciones materiales). Los actos jurídicos son declaraciones de voluntad, conocimiento u opinión, destinados a producir efectos jurídicos, es decir, el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones; y abarcan todas las manifestaciones de voluntad administrativa, cualesquiera que sean sus formas o sus efectos”

¹⁹⁸ El “status legal” de un acto administrativo, se mantiene si luego del análisis de todas sus etapas y elementos se constata su apego irrestricto a la normativa aplicables, contrario sensu, si en el desarrollo del análisis del acto, se advierte que alguno de los elementos o etapas de éste se encuentra viciado, dicho yerro genera la ilegalidad por sí misma sin necesidad de la concurrencia de otros.(Sentencia del 11/12/1998, Ref.45-D-97).

la Sala ha dictado ciertos puntos, para tipificar el acto administrativo, tal como lo expone en el proceso 67-4-92¹⁹⁹.

Según el autor Garrido Falla, “*existe un doble punto de vista que la doctrina emplea para descubrir la noción de acto administrativo en el conjunto de los que realiza el Estado, punto de vista formal y punto de vista material*”²⁰⁰, sin embargo para Garrido Falla, el elemento material no se aplica ya que solo los actos que emanan de la Administración pública tienen un valor formal, en tanto que los del punto de vista material no, ya que son actos de ejecución, que también los realizan los otros poderes del Estado para la satisfacción de intereses públicos, de tal manera que en un sentido subjetivo, puede aplicarse un régimen jurídico unitario.

Es necesario exponer las diferentes teorías que exponen los doctrinarios, en cuanto a que algunos autores destacan direcciones o alcances, para delimitar la definición de acto administrativo, para el caso tenemos a Villary, que contiene una análoga opinión con Garrido Falla, en el sentido de los elementos tanto formal como material²⁰¹.

¹⁹⁹ El acto administrativo se tipifica por los siguientes atributos: “a) el constituir una declaración, entendiéndose por tal un proceso de exteriorización intelectual, no material, que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos de lenguaje hablado o escrito y signos convencionales; b) el de constituir una declaración unilateral, ya que la emanación y contenido de la declaración depende de un solo sujeto de Derecho: el Estado o ente público, excluyéndose, por consiguiente, del concepto de un acto administrativo a los contratos, que tienen un régimen jurídico específico; c) el de constituir una declaración emitida en ejercicio de la función material administrativa, comprendiéndose, por tanto, todos aquellos actos dictados en ejercicio de la función administrativa sin importar el órgano que actúa; ch) el de constituir una declaración que produce efectos jurídicos, es decir, que crea derechos u obligaciones para ambas partes: la administración y el administrado; y d) el de constituir una declaración que produce efectos jurídicos en forma directa e inmediata, ya que tales efectos surgen del acto mismo y no dependen de la emanación de un acto posterior”.

²⁰⁰ GARRIDO FALLA, F: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol I, Parte General, 7ª ed, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, p. 434

²⁰¹ Para Villary, hay dos direcciones en la definición del acto administrativo: 1º Puede ante todo, definirse el acto administrativo por sus elementos materiales. El acto administrativo se presenta entonces como *un acto no contencioso de ámbito individual*, oponiéndose por estos dos caracteres a la ley, acto general, y al acto jurisdiccional, acto contencioso. Esta

Como ya se ha venido mencionando, el acto jurídico es unilateral, esto se sustenta con lo que manifiesta Manuel Maria Diez, en el sentido que al igual que los demás autores, dice que el acto administrativo es unilateral, aún cuando, en algunos supuestos, sus efectos pueden ser bilaterales²⁰²; se puede manifestar de lo anterior y se entiende que los actos unilaterales, pueden producir efectos bilaterales, ahora se manifiesta que hay otra figura y que más adelante se relacionara y es que se puede interpretar de forma errónea, que entonces este acto podría tener una naturaleza de un contrato administrativo, pero es esta la diferencia: El contrato administrativo tiene de común con el acto administrativo, que ambos se rigen por el derecho administrativo y además las cuestiones jurídicas que pueden traer aparejadas deben ser sometidas al conocimiento de los tribunales en lo contencioso administrativo., siendo pues que los actos unilaterales, como se ha señalado, se diferencian de los contratos en que estos son bilaterales; la voluntad del particular integra la de la administración y por ello, el consentimiento es uno de los elementos fundamentales del contrato.

Ahora bien otra definición que hemos de señalar, por su contenido y alcance es la de Roberto Dromi, este autor señala una serie de alcances por cada elemento de su definición; el primero de ellos lo manifiesta en el siguiente sentido: *“las decisiones administrativas se expresan a través de*

definición que está lejos de ser universalmente aceptada es inutilizable en Derecho positivo. Conduce, en efecto a cualificar de actos administrativos las leyes de ámbito individual y los actos no contenciosos adoptados por las autoridades judiciales, sin tener en cuenta la diferencia de régimen jurídico existente entre estos diferentes actos, Por el contrario, rehúsa esta cualificación a los reglamentos administrativos. 2º Se puede, también, definir el acto administrativo por sus elementos formales. Es entonces el acto realizado por *un órgano del Estado* cualificado por nuestro sistema jurídico como *órgano administrativo*. Esta definición se aplica cualquiera que sea el contenido de los actos y, en particular, sin distinguir según que tengan una extensión general o individual. “La definición formal del acto administrativo parece más próxima al Derecho positivo.” Confróntese VILLARY: voz *Acte administratif*, en el “Repertoire de Droit Public et Administratif”, vol. I, Paris, 1958

²⁰² DIEZ, MANUEL M: *Derecho Administrativo*, Tomo III, Editorial Bibliografía Ameba, Buenos Aires, 1967, p. 21.

operaciones materiales y también mediante declaraciones intelectuales de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos”; vemos que es en este alcance, que Dromi, expone una serie de argumentos en los que hace referencia los tipos de actos y es por ello que se cita en esta ocasión²⁰³.

De lo anterior, el autor antes citado ha hecho esa consideración, en relación a que en Argentina de acuerdo a la Constitución y leyes secundarias de ese país, ha realizado ciertas definiciones de los actos antes mencionados, y en algunos casos las provincias, en ejercicio de sus competencia han sancionado sus propias leyes administrativas, adoptando diversos criterios, en cuanto al alcance jurídico conceptual del acto administrativo, incluso hasta discrepar con la legislación nacional, del mencionado país.

Es importante mencionar que para Dromi, el alcance se deriva en cinco manifestaciones del concepto y en ese sentido dice que son: Las actuaciones y declaraciones administrativas unilaterales y bilaterales, individuales y generales, con efectos directos e indirectos, entonces manifiesta *“...que todo el obrar jurídico administrativo es acto administrativo”*²⁰⁴.

²⁰³ DROMI, ROBERTO, op. cit, p 353. Expone en los diferentes tipos de acto: “Tanto el sustantivo acto como el adjetivo administrativo, son términos susceptibles de interpretación diversa. Por ello, ni la doctrina ni la legislación brindan un concepto unitario. Si bien en el Derecho privado, los Códigos definen el “acto jurídico” y el “acto de comercio”, en el Derecho público no ocurre lo mismo, pues no siempre tenemos Códigos y, cuando los tenemos, no siempre definen el acto administrativo; cuando lo definen, tampoco suelen guardar uniformidad de criterio. Más aún, incluso dentro de un mismo Estado, suelen darse conceptos distintos a raíz de la diversa organización administrativa local, impuesta por razones de federalismo.

²⁰⁴ *Ibídem* p. 354. *En un sentido amplio se entiende que puede haber actuaciones materiales que reciben la denominación de acto administrativo.*

Manifiesta también que son Declaraciones administrativas unilaterales y bilaterales, individuales y generales, con efectos directos e indirectos, en ese sentido él interpreta *“que el acto administrativo comprende las declaraciones administrativas de todo tipo (de origen unilateral y bilateral, de alcance individual y general, de efectos directos e indirectos), excluyendo del concepto sólo las actuaciones materiales de la Administración”*²⁰⁵.

Supone que las declaraciones administrativas unilaterales, bilaterales, individuales y generales, con efectos directos, son una tercera acepción, *“se considera acto administrativas sólo a las declaraciones administrativas (unilaterales y bilaterales, individuales y generales), con efectos jurídicos directos”*²⁰⁶.

La cuarta acepción es Declaraciones administrativas unilaterales, individuales y generales, con efectos directos, y lo interpreta en el sentido de *“el concepto de acto administrativo comprende solo las declaraciones administrativas unilaterales, de alcance individual y general, con efecto directo”*²⁰⁷.

La última acepción es que la Declaraciones administrativas unilaterales e individuales, con efectos directos, esta acepción es a la que el

²⁰⁵ Ibídem p. 354. Por analogía se entiende que el acto administrativo comprende las actuaciones ínter administrativas(o simples actos), los reglamentos y los contratos. En otros términos, las formas jurídicas son sólo dos: acto y hecho administrativo.

²⁰⁶ Ibídem p. 355. El acto administrativo comprende los reglamentos y los contratos. Es decir, que las formas jurídicas administrativas son actos (declaraciones con efectos directos), hechos (actuaciones materiales) y actuaciones ínter administrativas o simples actos de la Administración (declaraciones con efectos indirectos).

²⁰⁷ Ibídem p.355.Cabe mencionar que este criterio es de acuerdo a lo que establece la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de Argentina, y su reglamento, esto de acuerdo a la legislación Argentina. Se excluye del concepto de acto administrativo el contrato administrativo (declamación administrativa bilateral). El acto comprende también el reglamento. En este sentido las formas jurídicas administrativas son acto, hecho, actuación interadministrativa y contrato.

autor se adhiere y define al acto administrativo ²⁰⁸ como “*toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa*”.

Continuando con los alcances, que posee el acto administrativo, para el autor en mención es la *Declaración*, en el que expresa que “*el acto administrativo es una declaración, entendiendo por tal un proceso de exteriorización intelectual-no material-que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos del lenguaje hablado escrito y signos convencionales. Se entiende principalmente a la voluntad declarada, al resultado jurídico objetivo, emanado de la Administración con fuerza vinculante por imperio de ley*”²⁰⁹.

La unilateralidad, es otro de los alcances y expone el autor “*....el acto administrativo la emanación y el contenido de toda declaración dependen de la voluntad de un solo sujeto de derecho: el Estado o ente público no estatal, en su caso*”²¹⁰.

Consideramos que el acto es unilateral, aunque se necesite de la “voluntad concurrente o coadyuvante”; el hecho de que ciertos actos

²⁰⁸ *Ibidem* p.355. El alcance del acto es restringido, siendo entonces para el autor cinco las formas jurídicas de exteriorización de la función administrativa: acto, hecho, actuación interadministrativa, reglamento y contrato administrativo.

²⁰⁹ Entiéndase que el pronunciamiento declarativo de diverso contenido, puede ser: de decisión, cuando va dirigido a un fin, a un deseo o querer de la Administración (por ejemplo., una orden, permiso, autorización o sanción); de cognición, cuando certifica el conocimiento de un hecho de relevancia jurídica, (por ejemplo., certificaciones de nacimiento, defunción e inscripciones en registros públicos) y de opinión, cuando valora y emite juicio sobre un estado, situación, acto o hecho (por ejemplo., certificado de buena conducta, salud o higiene).

²¹⁰ *Ibidem* p.355. Se excluye del concepto de acto administrativo a los contratos, que tienen un régimen jurídico específico. La declaración tiene que ser unilateral; en ese mismo sentido el autor Dromi no comparte la idea de los actos administrativos bilaterales; de ahí que el contrato administrativo no sea un acto administrativo.

unilaterales necesiten de la solicitud, notificación, aceptación, asentimiento o adhesión del particular para producir sus efectos, no les quita su calidad de tales. Tampoco dejan de ser unilaterales por el hecho de que la voluntad administrativa se forme mediante la intervención de dos o más órganos administrativos, en cuyo caso se denominan *actos complejos*.

La voluntad del administrado no interviene en la preparación del acto; puede ser causa de su formación, por ejemplo, una petición, que solo vale como requisito de eficacia del acto administrativo, pero sin que tal voluntad integre el acto. La voluntad del administrado no es elemento esencial del acto, ni presupuesto básico de él²¹¹, de lo anterior se puede manifestar que el hecho de que un particular solicite, provoque o acepte una declaración de voluntad administrativa, no significa que el administrado integre con su voluntad el acto.

Para Dromi, quien expone que son actos administrativos: “a) *los unilaterales en su formación y en sus efectos (p. ej., la sanción)*; b) *los unilaterales en su formación, pero de efectos bilaterales (p. ej., la jubilación)* y c) *los bilaterales en su formación y unilaterales en sus efectos (p. ej., la solicitud o aceptación)*).

Continuado con los alcances de la definición de acto administrativo, Dromí dice que puede ser efectuada en ejercicio de la función administrativa, “*la función administrativa constituye la nota cualificadota del Derecho administrativo; por ello no puede estar ausente del concepto del acto administrativo, que es una de las formas jurídicas por las que se expresa la voluntad estatal y pública no estatal*”, en definitiva el acto administrativo es

²¹¹ *Ibidem* p.355. Lo mismo ocurre con el permiso de uso del dominio público u otorgamiento de un retiro jubilatorio voluntario, estos son actos administrativos unilaterales en sus efectos y también en su formación, pues la voluntad del administrado no integra el acto.

dictado en ejercicio de la función administrativa, sin importar que órgano la ejerce. El acto puede emanar de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa (ejecutivo, legislativo y judicial), e incluso de entes públicos no estatales²¹², el concepto de acto administrativo comprende los actos de esa índole emitidos por el órgano ejecutivo y los de igual naturaleza emitidos por el órgano legislativo y por el judicial, pues todos están sometidos en general a los mismos principios jurídicos²¹³.

Para finalizar el alcance según Dromi, se puede manifestar, por los actos que produce, y los enumeraremos de la siguiente forma: *“a) directos o indirectos; b) individuales o generales; c) actuales o potenciales; d) internos o externos; e) públicos o privados; f) provisionales o definitivos; g) futuros o retroactivos; h) lícitos o ilícitos; e i) definitivos o finales”*²¹⁴.

Consideramos pertinente, exponer la definición del acto administrativo que dispone el Código tributario y es el siguiente: “... se entenderá por acto administrativo la declaración unilateral, productora de efectos jurídicos singulares, sean de trámite o definitivos, dictada por la Administración Tributaria en el ejercicio de su potestad administrativa”²¹⁵; vemos que hay una semejanza muy grande entre esta definición legal y la de Zanobini. También hay una definición que ha emitido la Sala de lo Contencioso Administrativo en cuanto al Acto Administrativo Tributario y, se ha mencionado con la finalidad de establecer que es el mismo acto administrativo tributario y el administrativo que emite la Administración

²¹² DROMI, ROBERTO, op. cit, p. 356.

²¹³ Comprende, por tanto, acciones de la más variada índole: decreto, disposición, orden, resolución, decisión, autorización, permiso, entre otros, emitidas siempre por un órgano estatal o público no estatal.

²¹⁴ DROMI, ROBERTO, op. cit, pp.357, 358 y 359.

²¹⁵ Artículo 20, C.T.

tributario, ya que podría existir una confusión, de ahí la razón en la cual la Sala ha emitido una resolución más concreta²¹⁶.

Para dar ejemplos de actos administrativos tributarios, están los que contemplan los diferentes cuerpos normativos, que regulan la actividad financiera del Estado, para lograr sus fines de recaudación de los impuestos correspondientes, en tal sentido, vemos que lo pertinente a la actividad de la Dirección General de impuestos internos, en todo lo relacionado con los impuestos sobre la renta, patrimonio, transferencia de bienes raíces, gravamen de las sucesiones, impuestos sobre donaciones, impuestos sobre el consumo de productos y servicios²¹⁷, es decir que todas estas actividades se concretizan por medio de actos administrativos, ya que reúne los requisitos del acto en sí, y que la declaración de voluntad dictada por la administración tributaria produce efectos jurídicos.

También en el Código tributario encontramos actos propiamente dictados por la administración tributaria, como es el caso de las autorizaciones de correlativos de los documentos, que regula el artículo 115-A, del Código tributario, la obligación de exigir los estados financieros de los bancos, entre otros, como parte del control, tal como lo estipula el artículo 120-A del mismo cuerpo normativo; así como las notificaciones de las resoluciones o peticiones de los contribuyentes, las investigaciones y fiscalizaciones, las imposiciones de sanciones y multas, liquidaciones de

²¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia Salvadoreña. Sentencia del 20/05/07, Ref. 45-B-95: El acto administrativo tributario no puede ser producido de cualquier manera, a voluntad del titular del órgano o a quien compete tal producción, sino que ha de seguir un procedimiento determinado según los términos de la ley aplicable al mismo, constituyendo un vínculo jurídico, de naturaleza dinámica y evolutiva, desarrollado en derechos, obligaciones, y cargas; vínculo que se mantiene entre la Administración y el administrado a través de distintas fases cronológicas del mismo, y que concluyen con la decisión de la Administración.

²¹⁷ Artículo 1 L.O.DG.I.I

oficio, todos estos actos administrativos tributarios, regulados en el Código tributario, y así enumeraríamos un sin fin de actos, que son emitidos por la administración y que producen efectos jurídicos, así como también los podemos encontrar en las diferentes leyes especiales que tiene relación con la administración tributaria para el desarrollo de sus fines.

En definitiva consideramos que la definición más certera es la que expone Zanobini, ya que es la más completa y la definición a la que la mayoría de autores se adhieren.

3.2.- Características.

El Acto jurídico posee características, que los distingue de otros actos, hechos, entre otros; de tal manera que esa característica es lo que hace especial, y único de otros actos, es como si fuese una persona que se encuentra en medio de un número determinado de personas, pero de todas las que se encuentran en un mismo lugar o situación, tienen características físicas y más aún de personalidad diferente de las otras, así como pueden haber unas que sean semejante a las otras, pero no son las mismas; semejante es la comparación que sucede con el acto administrativo, y la Administración Tributaria en el sentido, que esta emite actos para resolver diferentes hechos, en una misma sociedad y que debe emitir actos, pero no todos son administrativos, aunque parezcan que lo son, pero para eso ya se ha determinado cuando es un acto administrativo y cuando no lo es.

Comenzamos con la postura del autor Gamero Casado, quien expone que el acto administrativo tiene las siguientes características: "...*declaración*

*de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio*²¹⁸; se hace referencia al contenido del acto, que puede ser muy variado. Así, puede dirigirse a otorgar una licencia (declaración de voluntad); ordenar el derribo de un edificio ilegal (declaración de deseo); certificar las calificaciones de un alumno de un centro público (declaración de conocimiento); o resolver recursos administrativos y emitir informes y dictámenes (declaración de juicio).

Al respecto se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo²¹⁹, de tal manera que las declaraciones de conocimiento tal como son las actas y certificaciones públicas, constituyen actos administrativos.

La siguiente característica es que el acto administrativo es unilateral, sin que requiera mediación de voluntad del sujeto destinatario para alcanzar validez²²⁰. A la vez la Sala se ha pronunciado sobre el particular del ejemplo anterior sobre lo que constituye un acto administrativo con respecto a la unilateralidad²²¹; en el sentido que si existen actos administrativos unilaterales en todo el procedimiento de contratación hasta la adjudicación

²¹⁸ GAMERO CASADO, E, op. cit, p.5.

²¹⁹ La Sala ha confirmado la declaración de juicio como un calificativo verdadero acto administrativo de las meras declaraciones de juicio; así en su sentencia de 16/10/98, exp. 109-A-96, afirma: "Al respecto es importante aclarar, que el acto administrativo es considerado como una declaración unilateral de voluntad o de juicio dictada por una Administración Pública en ejercicio de potestades contenidas en la ley respecto a un caso concreto. A partir de tal concepto surgen las diversas clasificaciones del acto administrativo, dentro de las cuales se encuentra la que hace referencia a los actos que no contienen declaraciones de voluntad, sino solamente de juicio, comprendiendo en tal categoría los informes, dictámenes y opiniones. Por consiguiente, las opiniones consultivas emitidas por los entes y órganos que tiene atribuida tal potestad, constituyen actos administrativos".

²²⁰ En ese sentido, GAMERO CASADO, expone que la licencia es válida desde el momento en que la Administración la otorga, no siendo precisa la aceptación del destinatario; las multas son válidas desde el momento en que se imponen; los certificados, desde que se expiden; entre otros.

²²¹ En sentido análogo SCSJ (Sala de lo Contencioso Administrativo) del 11/12/98, exp. 120-C-96.

del contrato, y posterior, al ejercicio de potestades administrativas derivadas del contrato y ejercidas con ocasión de su ejecución.

El acto administrativo se encuentra regulado por el Derecho administrativo, con respecto a este punto ya se había determinado con la definición, en ese sentido también se puede aplicar el derecho común, supletoriamente, para hacer una integración con los vacíos legales que posee el régimen jurídico del tema en cuestión en El Salvador.

El acto administrativo es dictado por la Administración Pública, entendiéndose que para nuestro tema es de particular importancia establecer que nos referimos específicamente a la Administración Tributaria, y más concretamente a la Dirección General de impuestos internos, que constantemente emite actos administrativos. Pero no está de más mencionar que hay otras direcciones de la administración tributaria e incluso instituciones públicas que dictan, El acto administrativo se encuentra regulado por el Derecho administrativo, con respecto a este punto ya se había determinado con la definición, en ese sentido también se puede aplicar el derecho común, supletoriamente, para hacer una integración con los vacíos legales que posee el régimen jurídico del tema en cuestión en El Salvador.

Continuando con la postura del autor antes citado, dice que hay dos posiciones doctrinales al respecto, sin que dieran las consecuencias prácticas que derivan de cada una de ellas; estas doctrinas son las siguientes:

- a) “Los actos sometidos al Derecho Administrativo que dictan sujetos distintos de la Administración pública son verdaderamente actos administrativos.
- b) Tales actos se someten al Derecho Administrativo, y son juzgados por la jurisdicción contencioso administrativa, pero no constituyen realmente actos administrativos, sino actos de otra naturaleza, cuyo régimen se ha asimilado al de los actos administrativos por razones de economía”²²².

Consideramos de lo anterior, que para nuestra investigación, es de vital importancia mencionar que no es lo principal de nuestra investigación, pero para efectos de conocimiento general era necesario hacer mención de las diferentes posturas y determinar la diferencia con las instituciones que no tienen que ver con la administración tributaria.

Según Gamero Casado el acto administrativo es fiscalizable²²³. En esta característica, notamos que el ser fiscalizable, es un aspecto que determina o que pudiese llegar al punto de atribuir un tipo de responsabilidad al funcionario que la emite o institución, ya que en esta se puede determinar si se ha emitido, conforme lo establece la Constitución, el Derecho Administrativo y demás leyes, es así como podemos afirmar que puede existir un control y que es una característica que expresa una seguridad jurídica para un Estado de Derecho.

Una última característica que menciona Gamero Casado, es que el acto administrativo es “singular, concreto y tiene carácter consuntivo”.

²²² GAMERO CASADO, E, op. cit, p. 9

²²³ *Para el autor GAMERO CASADO esta es una regla general, y es sobre todo ante la jurisdicción contencioso administrativa.*

Sostiene además que esta característica es la que hace la diferencia con el reglamento.

Otra opinión respecto a las características del acto administrativo, es la que sostiene Roberto Dromi, en el sentido de caracteres, que los expone como caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo y son los siguientes: *“Legitimidad. Es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente; Ejecutividad. Es la obligatoriedad, del derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento que el acto importa a partir de su notificación; Ejecutoriedad. Es la atribución que el ordenamiento jurídico, en forma expresa o razonablemente implícita, reconoce a la autoridad con funciones administrativas para obtener el cumplimiento del acto. La ejecución administrativa no podrá ser anterior a la notificación del acto. Cuando el acto sea ejecutivo, pero no ejecutorio, se deberá solicitar judicialmente su ejecución coactiva; Estabilidad. Es la prohibición de revocación en sede administrativa de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado; Impugnabilidad. Todo acto administrativo, aún cuando sea regular, es impugnable administrativamente por vía de recursos o reclamaciones”*²²⁴.

De lo anterior, consideramos que estos caracteres que menciona Dromi, son de vital importancia, en el sentido que se relaciona con la legalidad el acto administrativo, y que doctrinariamente se ha manejado, porque también tiene un efecto jurídico, cada uno de esos caracteres jurídicos, forman parte de un control jurisdiccional.

²²⁴ DROMI, ROBERTO, op. cit, p. 379.

3.3.- Distinción entre reglamentos y actos administrativos.

Como ya se ha mencionado en la definición del acto administrativo, en sus alcances, el acto administrativo y los reglamentos son factores distintos, pero que son dictados por la Administración pública y que en un momento determinado, podría confundirse.

En tanto que estos no se distinguen por la denominación, ya que en los reglamentos se regula las actuaciones de las administraciones públicas, en forma general, y es en relación al sujeto actuante de dicha administración.

3.3.1.- Criterios.

Según Gamero Casado existen dos criterios para separar el acto administrativo del reglamento.

En primer lugar esta el criterio de la *normatividad*, ya que el reglamento es un cuerpo jurídico que nace en el mundo jurídico, mientras que el acto es destinado a un caso particular y concreto tiene permanencia en el tiempo, no se consume con su aplicabilidad, a diferencia del acto, que una vez consumado, ya no tiene razón de ser a otro caso específico; el segundo criterio es el de *generalidad*, vemos que tiene relación con la normatividad, en el sentido que va dirigido el reglamento a un sin número indeterminado de personas; los reglamentos también establecen disposiciones impersonales y no particulares, pero pueden haber excepciones, en el sentido que hay actos administrativos generales, ya que este puede dirigirse a una pluralidad indeterminada de sujetos.

Para lo anterior Gamero Casado da un ejemplo muy común de este tipo de actos generales y es el caso de las convocatorias públicas. Un

ejemplo de dichas convocatorias son el: de exámenes de la Facultad, que solo afectan a los matriculados; otras son por ejemplo las de convocatorias de oposiciones, o de subvenciones, en las que nunca se sabe quien podrá o no concurrir.

De lo anterior se puede manifestar que la distinción principal entre el acto y el reglamento no esta sobre la generalidad de éste último, sino que se apoya en el carácter normativo: si la actuación general tiene vocación de permanencia en el tiempo, se tratará de un reglamento, y si se agota con su ejercicio, como es el caso de las convocatorias, será un acto administrativo.

3.4.- Delimitación del acto administrativo.

En este apartado, se hará mención de los diferentes tipos de actos, contratos o actuaciones, que no son actos administrativos, pero que pueden confundirse, y es por ello que la doctrina ha destacado una extensa valoración sobre este tema, pero lo que conviene mencionar, es el vinculo de la declaración unilateral con efectos jurídicos, que se retoma con la definición, para que esta se concrete en un acto que ha sido dictado directamente a un sujeto y se determine como tal, para que si en un momento determinado sea impugnado pueda establecer si es o no es un verdadero acto administrativo.

Se ha retomado la postura de Gamero Casado²²⁵, para efectos de sintetizar lo que ya otros autores han establecido, ya que es extensa la información que existe en cuanto a algunos supuestos para la delimitación del acto administrativo.

²²⁵ GAMERO CASADO, E op. cit, p. 12.

La Administración efectúa los siguientes actos que no constituyen actos administrativos:

- a) Los actos políticos del gobierno, estos no constituyen actos administrativos en sentido propio, aunque emanen del gobierno y se articule sobre ellos un control contencioso administrativo.
- b) Las operaciones materiales o de ejecución; las actividades materiales y de ejecución se encuentran reguladas por el Derecho administrativo, pero no constituyen una declaración formal de voluntad, de conocimiento, de deseo o de juicio, sino la ejecución de tales declaraciones (que han sido previamente consignadas en actos propiamente dichos), o bien la simple realización de acciones materiales por parte de la Administración.
- c) Los contratos administrativos; De este supuesto ya se ha abordado con anterioridad, pero cabe mencionar, que el contrato administrativo esta regulado por un ordenamiento jurídico específico.
- d) Los convenios interadministrativos; al igual que los contratos administrativos, estos necesitan de dos o más voluntades, para el caso la voluntad de dos o más instituciones públicas
- e) Las actuaciones realizadas por la Administración pública, este se refiere a las actuaciones de carácter o sujeción al Derecho Privado

3.5.- Eficacia del acto administrativo.

Es indispensable complementar el tema de la eficacia con la validez de los actos administrativos, por que si existe un acto válido, entonces es eficaz, de tal manera que si hay un acto inválido entonces habrá un acto ineficaz, esto se ha considerado así según el punto de vista de Gamero Casado²²⁶.

²²⁶ *Ibidem.*, p.108.

Es preciso mencionar que estas dos figuras están dentro del Derecho Administrativo, y así lo ha expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia²²⁷; es por ello importante también manifestar que la validez de los actos tienen estrecha relación con las formas legales en las que fue dictado, ya que si no se observan las formas establecidas por la ley, estaríamos ante un acto inválido y consecuentemente ineficaz²²⁸.

Tenemos la postura de García de Enterría cuando manifiesta: “.....que la Administración define derechos y crea obligaciones de forma unilateral y ejecutoria (autotela declarativa o decisoria). Sus decisiones (declaraciones de voluntad a las que se ha de referir la exposición posterior) son inmediatamente eficaces, creando en el destinatario de las mismas una obligación de cumplimiento inmediato que tiene, incluso, un respaldo penal, todo ello con independencia de su posible validez intrínseca”²²⁹.

El autor hace esa apreciación ya que en la legislación Argentina suponen una desvinculación entre validez y eficacia no es absoluta, ya que se prueba con la correspondiente impugnación.

Para Roberto Dromi, la eficacia se denomina como efectos del acto administrativo y expone que “*por sus efectos jurídicos los actos pueden ser regulares o irregulares. Son regulares los actos administrativos válidos, los*

²²⁷ Referencia 131-C-97, del 18-11-98.

²²⁸ La eficacia analiza el momento en que los actos administrativos pueden llevarse a efecto, siendo aptos y susceptibles de aplicación. Esta cuestión es relativa, en consecuencia, a los requisitos extrínsecos que debe reunir el acto administrativo, ya sea válido o inválido, para que su contenido pueda ejecutarse.

²²⁹ GARCÍA de ENTERRÍA, op. cit p. 487.

*anulables o los nullos relativos. Son irregulares los actos administrativos inexistentes y los nullos o de nulidad absoluta*²³⁰.

Existen alteraciones a la regla general de la eficacia en cuanto a su ejecutoriedad, de tal manera que hay una eficacia demorada y la retroactiva.

La primera de ellas, se refiere a los que constituyen situaciones en que se altera la regla general de ejecutividad inmediata de los actos administrativos, siendo eficaz el acto en un momento posterior al de su aprobación. Los supuestos de eficacia demorada que expone Gamero Casado son los siguientes:

- a) Cuando lo exija el contenido del acto. Por ejemplo, la eficacia del acto de nombramiento de funcionario público se demora hasta su toma de posesión: la del acto por el que se admite un alumno al centro público hasta el momento en que el interesado formalice su matrícula, entre otros.
- b) Cuando el acto deba ser notificado. Para este caso es importante mencionar que es un instrumento que se utiliza para que las partes tengan conocimiento de la declaración decidida por el funcionario, y de esta figura se deriva el mecanismo por el que se da por enterado al administrado o interesado del contenido de resolución de un acto que le afecte o beneficie. La Sala se ha pronunciado para dejar claro el criterio²³¹.
- c) Cuando el acto deba ser publicado. La publicación es una forma de comunicación de los actos administrativos prevista para casos en que la notificación no resulte posible o sea desaconsejable.
- d) Cuando la eficacia del acto quede supeditada a aprobación superior.

²³⁰ DROMI, ROBERTO: op. cit, p. 399.

²³¹ Referencia 131-C-97, del 18/11/98.

En cuanto al aspecto de la retroactividad, esta se refiere a que los actos administrativos desplieguen efectos desde el pasado, reconociéndose su eficacia a partir de un momento anterior a aquel en que fueron dictados.

La regla general es que los actos administrativos son irretroactivos (puesto que son eficaces desde que se dictan), pero en el ordenamiento jurídico salvadoreño, existen supuestos de retroactividad, y son: Actos que se dicten en sustitución de otros que hayan sido anulados, para el caso es el acto de conversión, y tendrá la eficacia retroactiva cuando el acto anulado tuviese ya inicialmente los elementos del acto que lo convierte. Es por ejemplo el caso del funcionario público cuyo nombramiento se anuló: el acto que lo convierte en funcionario interino tiene eficacia retroactiva, pues cuando se efectuó el primer nombramiento el interesado ya cumplía los requisitos para ser nombrado funcionario interino. Actos que produzcan efectos favorables, y no lesionen derechos de terceros, los actos desfavorables, en línea de principio, no pueden tener eficacia retroactiva²³²; circunstancia lateralmente recogida en la Constitución vigente de El Salvador²³³.

Por otra parte, los actos favorables pueden ser retroactivos, cuando no se lesionen derechos de terceros, y en particular, cuando una ley permita expresamente el despliegue de eficacia retroactiva²³⁴; la prohibición de retroactividad del art. 21 Cn, debe entenderse restringida a los actos

²³² ENTRENA CUESTAS, R.: *Curso de Derecho administrativo*, Vol 1, Tecnos, Madrid, 1999, p.214.

²³³ Artículo 21 Cn.

²³⁴ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho administrativo*, parte general, Marcial Pons, Madrid, 1999, p.147.

desfavorables²³⁵. Un ejemplo de lo anterior es que se revoca una sanción de suspensión de empleo y sueldo puede tener eficacia retroactiva, concediendo al interesado los salarios no percibidos, y computándole el periodo de suspensión a efectos de antigüedad en el puesto.

3.6.- Clasificación de los actos administrativos.

La doctrina establece diversos parámetros en cuanto a la clasificación de los actos administrativos, los cuales no son excluyentes entre sí, y pueden variar en razón al autor que lo plantea, es por ello de la existencia de los diferentes criterios, al estudio de las distintas clases de los actos administrativos. En general cabe decir que mientras unos autores realizan la clasificación de los actos atendiendo a un criterio único, otros en cambio combinan simultáneamente distintos puntos de vista que sirven como criterio de clasificación.²³⁶

²³⁵ Respecto a lo manifestado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia Salvadoreña, se ha pronunciado en la sentencia del 31/08/93, referencia 33-G-92.

²³⁶ Entre los sistemas que realizan la clasificación sobre un único criterio exclusivo debe recordarse el de Kormann, que dividía a los actos administrativos en negativos y positivos y, a su vez, estos últimos en: 1) comprobación, 2) actos creadores de derecho y, 3) actos que modifican derechos. Conocida es, asimismo, la clasificación de los actos administrativos (y de los actos jurídicos en general) debida a la llamada "escuela francesa del servicio público", distinguía el acto-regla, el acto-subjetivo, el que hace nacer una situación jurídica impersonal y de carácter general; el acto-subjetivo, el que hace nacer una situación jurídica que afecta concretamente a persona o personas determinadas, y el acto-condición, el que viene a investir a un individuo en concreto a de las circunstancias de un status que, con carácter general, ha sido previamente establecido por un acto-regla.

También es aplicable a los actos jurídicos en general la extendida clasificación entre actos unilaterales y bilaterales. Los actos típicos son los primeros, que son definidos por Eisenm como "actos jurídicos que, siendo la obra exclusiva de agentes administrativos, son imputable a una sola persona pública".

En relación con el contenido de la declaración en que el acto administrativo consiste, Ranelletti distinguía dos categorías: actos administrativos en sentido estricto, o meros actos administrativos, y actos administrativos con categoría de negocio jurídico, clasificando a su vez estos últimos por razón de los efectos que producen.

Más pormenorizada, aunque también se monta sobre un exclusivo punto de vista, es la clasificación de Stassinopoulos, que divide a los actos administrativos en negativo (tácito o

Eduardo Gamero Casado, desarrolla la clasificación que a nuestro entender, es una de las más apegadas a nuestra legislación interna, dicha clasificación se estructura de la siguiente manera:

a) En función de la administración que los dicta.

Conforme a este criterio los actos pueden ser del Órgano Ejecutivo, de las Municipalidades, o de la Administración Institucional.

b) En función del número de órganos que intervienen en su elaboración.

Según este criterio los actos pueden clasificarse en simples y complejos o compuestos. Son simples los que se son elaborados exclusivamente por un órgano; en cambio son complejos lo que se adoptan simultáneamente por dos o más órganos, que pueden pertenecer a una misma administración o dos administraciones distintas. El acto será válido cuando ambos órganos administrativos participan efectivamente en su

formales) y positivo, distinguiendo entre estos últimos las simples constataciones de los actos constitutivos.

Los corriente empero, es que la doctrina moderna realice la clasificación de los actos entendiendo sucesivamente a diversos puntos de vista que, como ha señalado Sayagués, no son excluyentes entre si, sino complementarios. A estos efectos cabe recordar que Zanobini clasifica sucesivamente los actos administrativos: por del elemento subjetivo (simples y complejos, unilaterales y bilaterales); por razón del elemento volutivo (negocios de Derecho Publico y meros actos administrativos); por razón de su contenido (según aumenten o limiten la esfera jurídica de los individuos; por razón del destinatario a que afecte (internos y externos; particulares y generales.

El conocimiento de la teoría del acto administrativo no puede resultar completo si en el estudio de su clasificación no admitimos los diversos puntos de vista que no son posibles en esta materia. Los criterios que presidirán las ulteriores clasificaciones son: a) por la extensión de sus efectos jurídicos (actos generales y concretos). b) por la posibilidad de su fiscalización por la jurisdicción contencioso- administrativo (actos impugnables e impugnables. c) por razón de las facultades utilizada al distarlos (actos discrecionales y reglado). d) por la razón de los sujetos intervinientes (simples y complejos, unilaterales y plurilaterales) por razón de los efectos jurídicos de su contenido (negocio jurídicos y meros actos administrativos; actos definitivos y de tramite)

elaboración, y exista unidad de contenido y de fin de voluntades que se unen al dictarlo.²³⁷

c) En función de su contenido

Esta clasificación es sumamente importante, pues conlleva la fragmentación de los actos administrativos en grupos homogéneos,

²³⁷ Con respecto a esta clasificación Gabino Fraga en su obra *Derecho Administrativo II*, editorial Porrúa, 3ª edición, 1994, México, p.230. opina, que el acto simple, ósea el formado por una sola voluntad, conserva ese carácter, aun cuando en el procedimiento previo de su emanación se hagan necesarios otros actos de voluntad, tales como, opiniones o consultas, juicios técnicos, entre otros. Pero cuando esas voluntades intervienen en la formación misma del acto, se pasa algunas de las siguientes categorías: a) El acto colegiado, que es el que emana de un órgano único de la Administración constituido por varios miembros. Tal es el caso por ejemplo, de los actos emanados de los diversos Consejos, comisiones, juntas, cuerpos municipales que forman parte de la organización administrativa. En tal caso habrá diversas voluntades físicas, pero voluntad administrativa es una sola. b) El acto complejo o colectivo, que se forman por el concurso de voluntades de varios órganos de la administración podrían citarse todos aquellos actos colectivos en que es necesaria la concurrencia de varias secretarías de Estado para formar un solo acto .c) El acto unión es otra categoría de actos que se define también por la intervención de varias voluntades pero en las cuales ni su finalidad es idéntica, como en los actos colectivos, ni su efecto es el de dar nacimiento a una situación jurídica individual.

así mismo el autor MIGUEL MARIENHOFF en respecto a esta clasificación comenta, en primer lugar el acto administrativo teniendo en cuenta a su estructura, puede ser unilateral o bilateral, del acto depende de que su "formación" o "nacimiento" se deba a la voluntad de uno o más sujetos de derecho, respectivamente, lo cual comprende como los actos "bilaterales" en su formación, y unilaterales" en sus consecuencias, como los actos bilaterales tanto en su formación como en sus consecuencias o efectos.

El acto administrativo "simple" es el formado por la voluntad de un solo sujeto de derecho, órgano administrativo en la especie, que puede ser burocrático o colegiado. El numero de sujetos no interesa, solo interesa el numero de "sujetos" de derecho, pues in mismo y único sujeto puede estar integrado por varias personas; por ejemplo el órgano colegiado.

Acto Administrativo "complejo" es el emanado de la voluntad concurrente de varios órganos o de varios sujetos de administrativos cuyas voluntades se funden en una sola voluntad. Los órganos o sujetos intervinientes han de perseguir un contenido y un fin único,

Acto "colectivo" es el que resulta de varias voluntades de contenido y finalidad iguales, pero distintas unas de otras, las cuales se unen solamente para su manifestación común, pues jurídicamente se manifiestan autónomas, hay aquí una sola declaración de voluntad, pero ni una sola voluntad.

sometidos en regímenes jurídicos diferenciados. En virtud de este criterio, se distingue entre acto favorable y actos desfavorable o de gravamen

Actos favorables

Actos que amplían las facultades de los administrados.

a) los actos de admisión: los que comportan la incorporación de un sujeto al uso de un servicio público, como la matrícula en un centro de educación.

b) Los actos de autorización: como sabemos, son un mecanismo por el que remueve una carga que pesaba sobre el particular, quien debe satisfacer ciertos requisitos, en orden a ejercer válidamente una actividad para la que de suyo tiene derecho. Es el caso de apertura a pequeños negocios.

c) Los actos de concesiones y otorgamiento: no existe derecho previo, pero la administración lo crea, por ejemplo, no se tiene derecho a usar el dominio público de manera que se impida el disfrute de los demás, pero la Administración puede otorgar una concesión de dominio público, y permitir tal uso privativo del bien en cuyo caso está creando este derecho, y no autorizando el ejercicio de un derecho preexistente.

d) Actos de exención o dispensa: liberan al particular de una obligación normalmente exigible. Por ejemplo se exenciona a un mozo la obligación de prestar servicio militar.

Actos desfavorables o de gravamen

Actos que restringen las facultades de los administradores. Entre ellos se encuentran:

a) los actos sancionadores (multas)

b) los actos de prohibición (limitaciones de no hacer), como la orden de cierre de un local.

- c) Las obligaciones de hacer: plantación forzosa de un tipo de cultivo; orden de derribo de un edificio de ruina.
- d) Expropiación y figuras afines
- e) Exacciones fiscales.

Una diferencia que existe entre actos favorables y desfavorables, que los actos desfavorables han de encontrarse siempre motivados y pueden revocarse de oficio en cualquier momento, en tanto que los actos favorables no tienen porque motivarse y solo pueden eliminarse de oficio mediante la declaración de lesividad.²³⁸

- d) En función de su modo de expresión

Distinguimos así entre actos expresos y tácitos (o implícitos) y presuntos. Un acto expreso es aquel en que la Administración efectúa una

²³⁸ En referencia a lo expresado GARCÍA de ENTERRÍA, op. cit p 448, opina que Aquellos actos administrativos que tienen un destinatario externo pueden afectar a este de dos maneras: favoreciéndole con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o de actuación, librándole de una limitación, de un deber, de un gravamen, produciendo, pues, un resultado ventajoso para el destinatario; o bien, segunda hipótesis, restringiendo su patrimonio jurídico anterior, imponiéndole una obligación o una carga nueva, reduciendo, privando o extinguiendo algún derecho o facultad hasta entonces intacto. Los primeros son los actos favorables o ampliatorios de derechos o facultades y los segundos, actos de gravamen o limitativos. La distinción es importante y se funcionaliza en una serie de efectos prácticos de primera significación. Los actos de gravamen, cuando afecten a derechos sustanciales, deben legitimarse en preceptos de rango de ley. En cambio, los actos ampliativos no necesitan respecto del súbdito una cobertura legal superior, sin perjuicio de que con frecuencia las reglas de garantía del gasto público o modo igualdad ante la ley, o de otro carácter, para condicionar estrictamente su emisión.

Así mismo GABINO FRAGA, Op cit, p. 234, clasifica a los actos por su contenido de la forma siguiente: a) Actos directamente destinados a ampliar la esfera jurídica de los particulares dentro de esta categoría se encuentran entre otros, los actos de admisión, la aprobación b) Actos de directamente destinados a ampliar esa esfera jurídica dentro de esta categoría forman parte las ordenes, los actos de expropiación, las sanciones y los actos de ejecución. c) Actos que hace constar la existencia de un estado de hecho o de derecho, en la tercera categoría se catalogan los actos de registro, de certificación, de autenticación, las notificaciones y publicaciones.

declaración explícita, dirigida a los particulares. El hecho de que un acto sea expreso no comporta necesariamente que sea escrito. Un acto tácito o implícito es aquella actuación de la Administración que conlleva implícitamente una declaración de voluntad, de deseo de conocimiento o de juicio, que no ha sido exteriorizado de forma expresa.

d) En función del nivel que ocupa el acto en el procedimiento administrativo

Como sabemos, el procedimiento administrativo es una sucesión de trámites que se desemboca en una resolución final. Estos es, a lo largo de un procedimiento se acumulan una serie de actos que no son la respuesta que la Administración ofrece al problema en examen, sino eslabones sucesivos que darán como resultado una solución en virtud de esto podemos distinguir entre actos de trámite y actos definitivos. Los actos de trámite son los que se producen a lo largo de un procedimiento administrativo antes de la resolución de fondo del procedimiento. Son actos de trámite los informes, las propuestas, las pruebas entre otras. Estos actos no tienen vida jurídica se entiende independientemente del acto por el que se resuelve el procedimiento.

Los actos definitivos o resolutorios son los que se pronuncian sobre el fondo del asunto y pone fin al procedimiento administrativo recogen la respuesta que la Administración adopta frente al problema que se plantea. Son actos definitivos las licencias, las ordenes, las multas entre otras.²³⁹

²³⁹ En referencia a lo expresado el autor GARRIDO FALLA, F, op cit p 230, opina que la doctrina moderna y especialmente Giannini, ha puesto de relieve como la administración pública no actúa normalmente mediante aislados, sino a través de “constelaciones de actos” esto responde a la misma idea que había movido a Forti a establecer la distinción entre acto administrativo y el “acto procedimiento”, siendo este ultimo la consecuencia pura y simple de la necesidad en que la administración se encuentra de utilizar sus órganos internos en el interno proceso de formación de su voluntades efecto, cada resolución administración viene

e) En función de la impugnabilidad del acto en vía administrativa

Esta clasificación es asimismo de gran importancia. Como regla general, los actos administrativos definitivos son susceptibles de un recurso de vía administrativa, esto es un recurso que ha de presentarse ante la propia administración, que es quien lo resuelve.

Sin embargo, hay excepciones a esta regla en tales casos, decimos que el acto causa estado, o que agota la vía administrativa: solo será posible recurrir el acto jurisdiccional, la determinación de los actos que agotan la vía administrativa es tremendamente importante por dos razones estrechamente relacionadas. Solo pueden ser recurridos en vía administrativa los actos que no causen estado o que es lo mismo, que no agoten la vía administrativa. Solo pueden ser recurridos en vía jurisdiccional los actos que causan estado o que agote la vía administrativa. Es decir, que para recurrir judicialmente contra la administración es preciso que se haya agotado previamente la vía administrativa.

a finalizar un expediente o procedimiento, constituido a su vez, por una serie de actos que, al faltarles carácter resolutivo, se denominan actos de tramitación o, simplemente, tramites. Surge así una distinción fundamental entre los actos-tramite y actos principales o definitivos, según el papel que desempeña en un expediente o procedimiento. Los primeros son, naturalmente, actos internos, y los segundos externos.

El autor GABINO FRAGA, op cit, p. 208, manifiesta que puede separarse en actos preliminares y de procedimiento, decisión o resoluciones y en actos de ejecución. Los actos preliminares al igual que los actos de ejecución está constituido por todos aquellos actos que son un medio, un instrumento para realizar los actos (resoluciones y decisiones) que constituyen el principal fin de la actividad administrativa. Actos preliminares se encuentran todos aquellos actos que son necesarios para la Administración pueda realizar sus eficientemente sus funciones y constituyen en su mayor parte la exteriorización de determinadas facultades del poder público que pueden llegar afectar muy seriamente la libertad de los particulares. Finalmente, los actos de ejecución están constituidos por todos aquellos, unos de orden material y otros de orden jurídico, que tienden a hacer cumplir forzosamente las resoluciones y decisiones administrativas cuando el obligado no se allana voluntariamente a ello.

f) En función de la susceptibilidad de la impugnación del acto

Con arreglo a este criterio, distinguimos entre actos firmes y no firmes. Los actos no firmes, son los que aun pueden ser recurridos, bien en vía administrativos, bien en vía jurisdiccional. Los actos firmes son aquellos que no pueden ser objeto de recurso, en cuyo caso también se dice que el acto ha adquirido firmeza. Esta circunstancia puede deberse a dos hechos diferentes:

Por el transcurso del plazo de impugnación sin ejercicio de la acción correspondiente. En efecto, como cualquier otra actuación o hecho jurídico, los actos administrativos tienen un plazo de impugnación, cuyo transcurso sin el ejercicio de la acción correspondiente determina la imposibilidad de recurrir el acto en cuestión.

Por haber sido agotados todos los mecanismos de reacción actuables contra el acto. En efecto, cuando los particulares han recurrido sucesivamente el acto administrativo, hasta agotar todas las instancias, el acto no resulta ya susceptible de impugnación alguna y por consiguiente, ha adquirido firmeza.

g) En función del número de destinatario.

Conforme a este criterio podemos distinguir entre actos singulares, actos generales y actos plurimos. Los actos singulares se dirigen a una sola persona como ya sabemos tienen como destinatario a una pluralidad indeterminada de sujetos. Los actos de plurimos se dirigen a varias personas a la vez, encontrándose todas ellas perfectamente identificadas,

por ejemplo la publicación de las notas de un examen o la relación de admitidos en una oposición.²⁴⁰

3.7.- Otras Clasificaciones.

Gabino Fraga agrega a la clasificación del acto administrativo antes mencionada la que consiste desde el punto de vista del radio de la acción de los actos administrativos.

Estos pueden clasificarse en actos internos y actos externos, según que solo produzcan sus efectos en el seno de la organización administrativa o trasciendan fuera de ella.

Los actos internos comprenden toda una serie de actos, unos de naturaleza jurídica y otros de naturaleza material aunque conformes a las reglas de Derecho, que constituyen la vida interna de la Administración. Comprenden medidas de orden y disciplina para el funcionamiento de las unidades burocráticas tales como el señalamiento de las labores que a cada empleado corresponden dentro de una oficina. Dentro de la categoría de actos externos quedan comprendidos los actos administrativos por medio de los cuales se realizan las actividades fundamentales del Estado, ósea las de prestar los servicios que son a su cargo, las tendientes a su mantenimiento y conservación del orden público, las de ordenar y controlar la acción de los particulares y la gestión directa.²⁴¹

Por su parte Eduardo Enterría nos habla de Actos decisorios externos y actos no decisorios y los desarrolla de la siguiente manera: El acto

²⁴⁰ CASADO, E: Óp. Cit. pp. 12-18

²⁴¹ GABINO F: op. cit p. 233

decisorio externo se caracteriza: por ser una declaración administrativa de voluntad, precisamente; dirigida a un súbdito; por la cual se define ejecutoriamente una situación jurídica individualizada de dichos súbditos o (lo que viene a ser lo mismo contemplado desde la otra vertiente) de la Administración respecto de él. Este tipo de actos expresaría la más característica modo de la actuación jurídica de la Administración su actuación autoritaria o de poder público respecto del súbdito su aptitud de definir ejecutoriamente las situaciones jurídicas de dicho súbdito. Normalmente, sin este tipo de decisiones las que son objeto de los recursos administrativos y jurisdiccionales.

La figura así delineada parece clara en el plano descriptivo, puede erigirse en base de una clasificación de los actos administrativos, siquiera sea porque el contorno negativo de la misma engloba supuestos absolutamente heterogéneos.

Primero: hay decisiones que no afectan a los súbditos, sino a otras Administraciones, reflexivamente, al propio aparato organizativo que tienen una eficacia análoga y cuya razón de distinción con el tipo no aparece clara; aún en las decisiones cuyos destinatarios son los administrados no siempre se define con ellos cuestiones jurídicas individualizadas, por ejemplo, una convocatoria de prueba de selección de personal, un anuncio de subasta, y la apertura de una información pública entre otras.

Segundo: Aunque estadísticamente ese tipo de decisiones sean, en efecto, las que con mayor frecuencia son objeto de recursos, no constituyen, sin embargo, su objeto exclusivo; desde esta perspectiva resulta claramente superior la distinción tradicional de derecho entre resoluciones y actos de trámite.

Tercero: En último extremo, no se está clasificando, sino describiendo un fenómeno que nos es ya conocido y que resulta ventajosamente explicado, según creemos, cuando se hace desde la perspectiva subjetiva de la administración.²⁴²

Finalmente Miguel Marienhoff, ofrece otra clasificación de acto administrativo los clasifica por el alcance del acto en relación a las personas:

Considerado respecto a las personas sobre las cuales pueden incidir los efectos del acto administrativo, este puede ser “general”, verbigracia reglamento, o individual.

El acto general, reglamento se refiere a todas las personas indeterminadamente. El acto administrativo “individual” se refiere a una, varias o muchas personas determinada o determinable.

Por el ámbito jurídico en que el Estado desarrolla su capacidad o competencia. Si bien el Estado tiene una sola personalidad, tiene en cambio una doble capacidad o competencia: de ahí su aptitud para desenvolverse o actuar en el campo de la esfera del derecho público o esfera del derecho privado.

Para que un acto emitido por la Administración Pública constituya un acto administrativo, es imprescindible que al hacerlo la Administración pública actúe en calidad de tal, ejerciendo su normal capacidad de derecho público. Los actos de la Administración Pública realizados en la esfera del

²⁴² ENTERRIA, op. cit p 477

derecho privado, no son actos administrativos sino actos civiles de la Administración²⁴³

3.8.- Elementos del acto administrativo.

La existencia del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos elementos esenciales, para Dromi "...competencia (sujeto), objeto, voluntad y forma, los cuales deben concurrir simultáneamente de acuerdo al modo requerido por el ordenamiento jurídico. Caso contrario afecta la validez del acto".²⁴⁴ Los elementos de los actos administrativos son aquellos componentes que debe reunir para alcanzar validez, cuya carencia determina la imperfección o invalidez del acto, los actos administrativos ostentan cuatro elementos básicos: 1) el sujeto, o elemento subjetivo, 2) el objeto, o elemento objetivo, 3) el fin o elemento teleológico o causal, 4) las formas o elemento formal.²⁴⁵ Se expone que en doctrina existen discrepancias basadas en la terminología, por ejemplo Garrido Falla admite: sujeto, objeto o contenido, causa, fin, y forma.²⁴⁶

Los defectos en que incurra la administración al dictar sus actos que determine la falta de concurrencia de algunos de estos elementos determinan

²⁴³ MARIENHOFF, op. cit p 406

²⁴⁴ DROMI, Roberto. 11ª. Edic., op cit, p. 360.

²⁴⁵ GAMERO CASADO, E. P. 19.

²⁴⁶ GARRIDO FALLA, F.: *op. cit* PP 511-512. Para Zabobini, los elementos esenciales del acto administrativo son los siguientes: sujeto, objeto, voluntad, contenido y forma; en relación con otros elementos que enumera la doctrina, advierte que no es el elemento esencial el de la competencia y por lo que se refiere a la causa, que no es sino un requisito de la voluntad, es decir un modo particular de actuar de esta. Par Gabino Fraga, en su obra "Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, México , 2000, p 267, menciona que los elementos que constituyen un acto jurídico son: el sujeto, la voluntad, el objeto, el motivo, el fin y la forma; siendo el sujeto del acto administrativo el órgano de la Administración que lo realiza, por quien tiene aptitud legal,

como regla general la invalidez del acto administrativo, según expondremos más adelante cuando analicemos la validez de los actos administrativos.

3.8.1.- Elemento subjetivo o el sujeto.

El acto administrativo es válido cuando es dictado por el órgano competente para ello y precisamente, por el sujeto titular del órgano en cuestión. El órgano que debe dictar el acto se establece en las normas atributivas de las competencias administrativas (los reglamentos internos). Se precisa una norma atributiva interna concreta y solo podrá alterarse el ejercicio de la competencia por los mecanismos ya conocidos: delegación, avocación, sustitución. Etc. Por otra parte el sujeto físico, titular del órgano debe estar investido, es decir debe encontrarse en el válido ejercicio de las tareas que le corresponden al órgano administrativos a cuyo frente se encuentra. Esta requiere un nombramiento legal, la toma de posesión del puesto o cargo y el desempeño de la competencia en situación de servicio²⁴⁷. No obstante, El art. 68 del servicio civil, afirma que los actos dictados por los empleados nombrados contraviniendo la ley son validos si se ajustaran a la ley y reglamentos respectivos, por lo que la investidura del titular de órgano que dicta el acto no constituye en el derecho salvadoreño un requisito de validez del acto. Pero se distinguirá la investidura de la competencia: el acto dictado por un funcionario público incompetente adolecerá de invalidez, tanto si se encontraba investido como si no, en cambio un acto dictado por un

²⁴⁷ *Ibidem*. P 516, "Cuando esta titularidad no existe o está viciada, debe llegarse a la conclusión de que el acto no emana de verdaderos órganos administrativos, ocurriendo en dos supuestos: Por vicio de nombramiento del funcionario suficiente a determinar su anulabilidad, esto es hasta que se dicte anulación porque mientras el funcionario lo es de hecho; y porque ejercite la función pública un particular, sin el correspondiente nombramiento o cuyo nombramiento haya pedido virtualidad, lo que surtirá efectos a) negar toda validez de sus actos y por contraparte b) otorgar validez de los actos producidos por funcionarios de hecho, siempre que se den determinadas circunstancias, representando esto por la doctrina moderna como administración *de facto*

funcionario público cuyo nombramiento resulte nulo (no investido de tal calidad) será válido si la competencia para dictar el acto corresponde al órgano para que el que fue inválidamente nombrado, en el derecho administrativo, la voluntad interna es irrelevante, lo que opina el titular del órgano no afecta la perfección del acto, basta que sean dictados con los requisitos subjetivos para que sea válido y eficaz.²⁴⁸

Para Dromi, Son requisitos accidentales el acto administrativo (accesorios o eventuales) la condición, el modo o el termino, Estos aunque no afectan su existencia si conciernen a su eficacia. Estos elementos pertenecen al cuando y como de la producción de los efectos jurídicos del acto. Son elementos de legitimidad los que se relacionan con el cumplimiento de la normas positivas atinentes al acto y son elementos de merito los que se refieren al cumplimiento oportuno y conveniente del acto.

Siguiendo la idea de Dromi, la competencia es uno de los elementos esenciales del acto administrativo.

Competencia: es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinados 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. La competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que en forma expresa o razonablemente implícita confiere todo la norma vigente de un país, desde la constitución, tratados, leyes y reglamentos. La competencia es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida

²⁴⁸ GAMERO CASADO, E. op. cit p 20

como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones pertinentes.²⁴⁹

La observancia de la competencia es indispensable para la actuación válida del órgano, condiciona la validez del acto, pero no su condición propia del acto estatal o no estatal, es decir puede haber actos estatales cumplidos con incompetencia.

La competencia del acto administrativo reúne los siguientes principios²⁵⁰:

a) Expresa, Debe emanar de la Constitución de la República, leyes y reglamentos. b) Improrrogabilidad o indelegabilidad. Por hallarse establecida en interés público y surge de una norma estatal, no de la actividad de los administrados, ni del órgano ni la institución, ni del órgano-individuo. c) Irrenunciable. Es decir indeclinable.

El acto administrativo debe emanar del órgano competente según el ordenamiento jurídico, que ejerza las atribuciones conferidas en razón de la materia, refiriéndose a las actividades o tareas que legítimamente pueda desempeñar el órgano, Según el carácter de la actividad, la materia puede

²⁴⁹ Según amplia Dromi, "La demora o el no ejercicio inexcusable de la competencia constituyen faltas reprimibles, según su gravedad, con las sanciones previstas en el reglamento internos del empleado público u otras normas especiales, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil, penal o política en la que incurre el agente".

²⁵⁰ Para Gabino Fraga, p 267, la competencia en derecho administrativo, una significación idéntica a la capacidad en derecho privado, es decir el poder legal de ejecutar determinados actos., siendo las facultades que tiene los órganos de la administración. Se distingue las capacidades en materia administrativa porque en esta área la competencia requiere siempre un texto expreso de la ley para que pueda existir es decir justificarse expresamente en cada caso, la segunda diferencia radica en que la competencia se otorga de manera obligatorio, porque es otorgada a los órganos para que puedan cumplir con sus atribuciones que el estado les tiene encomendadas, es decir para que satisfaga las necesidades colectivas. Una tercera característica es que la competencia se encuentra generalmente fragmentada entre diversos órganos, lo que evita que el interés particular de uno de los titulares el órgano y como cuarto punto esta competencia no se puede renunciar, ni ser objeto de pactos que afecten su ejercicio y finalmente la competencia es constitutiva del órgano que la ejercita y no un derecho del titular del propio órgano.

ser del deliberativa, ejecutiva, consultiva y de control. Por el territorio entendiéndose por este, el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función. Se vincula con las divisiones o circunscripciones administrativas del territorio del Estado, dentro de las cuales los órganos administrativos deben ejercer sus atribuciones, también se le denomina horizontal. Por el tiempo, comprende el ámbito temporal en que es legítimo el ejercicio de la función, la competencia por lo común es permanente, en cuanto el órgano puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas, siendo en ocasiones por un lapso determinado, es entonces la competencia temporaria. Por el grado, la organización administrativa se integra verticalmente, culmina en un órgano supremo, al que se subordinan los órganos de rango inferior. El grado es la posición o situación que ocupa el órgano dentro de la pirámide jerárquica²⁵¹.

La competencias administrativas o su ejercicio se transfieren mediante²⁵²:

a) delegación, todo órgano puede transferir en el ejercicio de sus competencias propias a sus inferiores jerárquicos, salvo norma legal en contrario, la delegación debe ser expresa y contener, en el mismo acto, una clara y concreta enunciación de tareas, facultades y deberes que comprende la transferencia de competencia, si el órgano inferior ejerce competencia propia del superior, el acto es anulable o susceptible de ratificación por parte de la autoridad competente, 2) avocación, el órgano superior puede sumir el ejercicio de las competencias propias de sus órganos inferiores jerárquicos, avocándose al conocimiento y a la decisión de cualquier cuestión concreta, salvo norma legal contraria, 3) sustitución, El superior común a dos órganos puede disponer de transferencia de la competencia de uno en

²⁵¹ La competencia según el grado, se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la administración, siendo improrrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión del órgano superior y viceversa.

²⁵² DROMI, ROBERTO op. cit., p 364.

procedimientos concretos, cuando las necesidades del servicio lo hagan conveniente, ²⁵³d) subrogación, en caso de excusaron o recusación, la competencia se transfiere al órgano excusado o recusado al subrogado previsto por el ordenamiento jurídico, a falta de previsión, deberá ser designado por el superior jerárquico del órgano subrogado y e) suplencia, las ausencias temporales o definitivas de agentes públicos deben ser cubiertas por el suplemento previsto por el ordenamiento jurídico, a falta de previsión normativa asume la competencia el superior jerárquico inmediato o agente publico que este designe. El suplente sustituye al titular para todo efecto legal y ejerce las competencias del órgano con la plenitud de sus facultades y deberes que ellas contienen.

El acto administrativo debe emanar del órgano competente según su ordenamiento jurídico, que ejerza las atribuciones conferidas en razón del territorio, tiempo, materia y grado. Para ello el agente emisor debe ser designado y estar en funciones al tiempo de emitirlo. Estos nos lleva a distinguir entre funcionario de *iuri*, o de derecho, funcionario de hecho y usurpador.²⁵⁴

3.8.2.- Elemento objetivo.

Se refiere al contenido del acto, al fondo del asunto de que se trate. Es la declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio en qué

²⁵³ Por ello, la sustitución solo procede cuando se permita la transferencia de competencia por avocación y delegación. Se aplica supletoriamente la sustitución, las reglas de la avocación y delegación particular.

²⁵⁴ El funcionario de *iuri*, es aquel que tiene un título legal y está investido con la insignia, el poder y la autoridad del cargo. El funcionario de hecho es aquella persona que, aunque no es legalmente funcionario, esta sin embargo en posición y ejercicio de un cargo, este tiene un título que lo habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causa anteriores o sobreviniente dicho título resulta invalido o deja de surtir efectos. El usurpador es aquel que arroja l derecho de gobernar por la fuerza y en contra y con violación a la constitución. Confróntese, Dromi Roberto, p. 366.

consiste el acto administrativo. El contenido del acto administrativo puede ser esencial o eventual (accidental o accesorio).

El contenido esencial es el que ha de darse siempre y sin su concurrencia no existiría el acto administrativo en sentido propio, siendo la declaración de voluntad en si misma considerada. Por el contrario, el contenido accidental es aquel sin el cual el acto podría seguir existiendo perfectamente, pues son cláusulas aledañas al contenido principal del acto, que de ser eliminadas no le restarían sentido.²⁵⁵ En el marco del contenido accidental, se distingue la condición, término y modo. Términos acuñados por la teoría general del Derecho, y de los que se sirve el Derecho Administrativo en su acepción común.

3.8.2.1.- Licitud, posibilidad, presupuesto de hecho.

El contenido de los actos administrativos, sean principal o accesorios ha de ser lícito²⁵⁶ y posible, debiendo cumplirse, además, el presupuesto de hecho del acto. En cuanto a la licitud, los actos administrativos han de ser conformes al ordenamiento jurídico y en caso contrario resultan inválidos, que pueden ser de nulidad o de mera anualidad. Por lo que se refiere a su posibilidad, la conducta o resultado que pretende alcanzar el acto administrativo ha de ser posible por lo contrario serian inválidos.²⁵⁷ Por último. El presupuesto de hecho, no es propiamente un elemento objetivo

²⁵⁵ Cuestión abordada monográficamente por VELASCO CABALLERO, F.: las cláusulas accesorias del acto administrativo, tecnos, Madrid. 1996

²⁵⁶ GABINO FRAGA op. cit, p 270, expresa que la licitud supone no solo que el objeto no esté prohibido por la ley, sino que este expresamente autorizado por ella, salvo el caso que la propia ley otorgue la facultad discrecional a la autoridad administrativa para elegir o determinar el objeto del acto.

²⁵⁷ GAMERO CASADO, E. P.21.

acto, sino más bien un requisito previo que condiciona su validez: si no se produce el presupuesto de hecho, no puede dictarse el acto.²⁵⁸

Para Dromi, El objeto del acto administrativo es la materia o el contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina. El Objeto tiene que ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente, por lo tanto el acto debe de certificar o registra todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento. El objeto comprende: las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlos, las cuestiones mandadas a contener por imperio de la ley y las cláusulas que la voluntad estatal pueda introducir adicionalmente, en forma de condición, término o modo. En cuanto a los requisitos, el objeto debe ser lícito, cierto posible y determinado.²⁵⁹

En la voluntad administrativa concurren elementos subjetivos, entendidos por estos intelectivos de los órganos-individuos y objetivos siendo estos normativos procesales. Así la voluntad el actos administrativo está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del

²⁵⁸ El presupuesto de hecho es un acontecimiento al que la norma le apareja una consecuencia jurídica: la posibilidad de dictar el acto administrativo. Es por tanto, el precedente factico que permite la adopción del acto. En la medida que el presupuesto de hecho condiciona la actuación administrativa, es susceptible de control jurídico, erigiéndose en un elemento reglado de los actos administrativos. La falta de presupuesto de hecho es determinante de un vicio de invalidez que permite la anulación del acto.

²⁵⁹ El acto debe ser determinado o determinable, es decir que se pueda precisar la disposición adoptada por la autoridad administrativa, es necesario saber de qué especie de acto se trata, a que persona o cosas afecta, en que tiempo y lugar a de producirse los efectos queridos. La precisión y certeza física-jurídica del objeto debe n ser razonables y posibles de hecho. Los actos imposibles de hechos, se puede dar por falta o inexistencia de: 1) sustrato personal, como el nombramiento de funcionario de una persona fallecida, 2) sustrato material, si la cosa que se refiere el acto ha desaparecido y 3) sustrato jurídico, como la aplicación de una sanción disciplinaria que no prevé el ordenamiento jurídico, a quien ya no es funcionario público. Confróntese con Dromi, p 368, 11ª edic.

legislador. La voluntad puede ser expresa o tacita.²⁶⁰ La voluntad expresa es la regla, la voluntad tacita es la excepción. El ordenamiento jurídico en general prescribe que el silencio administrativo debe considerarse negativamente, es decir que se ha negado o subestimado la petición del administrado²⁶¹. Para Gabino Fraga, aunque la Administración no se exprese en ninguna forma, se presupone su existencia, lo que se conoce como silencio Administrativo, consistente en una abstención de la autoridad para dictar un acto previsto por la ley y tiene como nota esencial su ambigüedad, que no autoriza a pesar de no haber tomado ninguna actitud.

La administración tiene el deber de resolver en forma expresa y dentro de un plazo determinado, es por eso que la legislación trata de justificar el retraso de la administración, estableciendo el silencio como acto ficción y su interposición presuntamente denegatoria. Por el transcurso de cierto plazo sin que la administración resuelva, se presume que ha actuado²⁶².

La normativa jurídica establece una serie de trámites, formalidades, procedimientos que deben cumplirse antes de emitir la voluntad administrativa. Tales actos previos, como el dictamen fijan las reglas procesales de preparación de voluntad pública, el incumplimiento de tal procedimiento vicia la voluntad administrativa, por no se preparado según el

²⁶⁰ Se entenderá por voluntad, expresa cuando la conducta administrativa se exterioriza a través de las palabras oral o escrita, o por símbolos o signos. La voluntad es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado acto administrativo.

²⁶¹ Silencio es presunción de voluntad y también sustitución de voluntad para no dejar en desamparo al reclamante, en el sentido de inercia administrativa equivale, a los efectos procesales, a la negación. Aplicándose en doctrina en materia contenciosa administrativa como en las reclamaciones civiles.

²⁶² DROMI, ROBERTO: 11ª. Edic., p 368.

ordenamiento normativo. Por ello según DROMI, la emisión de la voluntad administrativa se ajustara, según los casos a los siguientes requisitos²⁶³.

- 1) Finalidad, los agentes públicos deben actuar cumpliendo el fin último de la norma que otorga las atribuciones pertinentes, sin poder perseguir con la emisión del acto otros fines, públicos o privados. Es por ello que la desviación de poder se configura siempre que el órgano administrativo persiga con el acto que dicta, un fin distinto al señalado por el legislador, por lo que se considera viciado un acto con desviación de poder, cuando el administrador, sin estar jurídicamente autorizado, usa del poder de la ley con un fin distinto del previsto y persigue una finalidad personal o de beneficio a un tercero o beneficiar a la propia administración.
- 2) Razonabilidad. Los agentes públicos deben valorar razonable las circunstancias de hecho y el Derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por la administración.
- 3) Debido proceso. La garantía de un juicio es aplicable en el ámbito administrativo, cuando no se da la oportunidad al administrado de exponer sus razones, de ofrecer y producir las pruebas, etc., el acto estará viciado en elemento de voluntad.
- 4) Ausencia de error, dolo y violencia. La voluntad administrativa debe ser libre y conscientemente emitida, sin que medie violencia física o moral. Además la voluntad del órgano administrativo no debe ser inducida a error, ni puede estar viciada de dolo.²⁶⁴
- 5) Actos sujetos a control. Los actos de la administración financiera del sector público nacional, que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación, se encuentran sujetos a los sistemas de control,

²⁶³ *Ibidem*, p 369.

²⁶⁴ El error en cuanto al vicio de la voluntad solo existe cuando el administrador emite un acto distinto del que tenía la voluntad de emitir, ej. Quería hacer una cosa y firmo otra. El dolo y la violencia raramente llegan a presentarse en los hechos. El dolo puede ser por parte del funcionario e inclusive mediar dolosamente del funcionario y el administrado, producto del soborno y cohecho. Confróntese con Dromi, p, 371.

que comprenden las estructuras de control interno y externo que conllevan el régimen de responsabilidad asentando la obligación de los funcionarios de rendir cuentas de su gestión.²⁶⁵

3.8.3.- Elemento teleológico o causal.

Este elemento es analizado entre algunos autores como elemento objetivo del acto. Con el elemento teleológico hacemos referencia a la finalidad de la actuación administrativa, al para que del acto: la Administración actúa para satisfacer un interés público y este fin al que se dirige el acto constituye un elemento teleológico o causal. Algunos autores entre me dijo, distinguen entre el fin y la causa del acto administrativo.²⁶⁶

La distinción entre el fin y la causa, es adoptada por la Sala de lo Contencioso administrativa de la CSJ, aunque con una terminología diferente; dice la Sala que la causa es el fin previsto en la norma y motivo la concreta razón por la que el funcionario dicta el acto.²⁶⁷ Los actos administrativos deben ser adecuados a los fines que persigue, ha de demostrar aptitud para alcanzar el fin que el ordenamiento jurídico previo. Es

²⁶⁵ Los sistemas de control, Español están asentados en su control interno (Sindicatura General de Nación y unidades de auditoría interna) y externo (Auditoría general de la nación), confróntese con Dromi p, 372.

²⁶⁶ El fin sería la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico, en caso contrario el acto y la causa la concreta razón o la finalidad por la que se dicta el acto. Para que el acto sea válido, el fin y la causa deben coincidir, el acto debe dirigirse precisamente a la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico, en caso contrario el acto se apartaría del fin contemplado por el ordenamiento jurídico, lo cual constituiría un vicio de desviación del poder.

²⁶⁷ SCSJ, Sala de lo Contencioso administrativo, de 24-3-1998, exp. 106-m-95: La causa, elemento objetivo del acto administrativo, es la adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de la potestad que se ejercita. La causa real es la determinada por la Ley y el motivo es la intención del funcionario al emitir el acto idénticos planteamientos en su sentencia de 28-10-1998, exp. 134-m-97.

lo que se denomina principio de congruencia o adecuación del acto administrativo.²⁶⁸

La doctrina ha sentado diversas reglas cuya aplicación es indudable:

- a. El agente no puede perseguir sino un fin de interés general.
- b. El agente público no debe perseguir una finalidad en oposición a la Ley.
- c. No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario que entre en la competencia del agente que realiza el acto.
- d. Aun siendo lícito el fin de interés público, y dentro de las competencias del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la Ley ha establecido al efecto.²⁶⁹

3.8.4.- Elemento formal.

Este elemento hace referencia a los requisitos formales que se imponen para la elaboración y producción de un acto administrativo. En el derecho Administrativo, el cumplimiento de las formas por parte de la administración es especialmente exigido (principio de las formas tasadas), a diferencia de lo que sucede con el derecho Privado, en el que impera el principio de libertad de formas. La forma constituye un elemento externo que viene a integrar el acto administrativo, quedan comprendidos todos los requisitos de carácter extrínsecos que la ley señala como necesarios para la expresión de voluntades que genera la decisión administrativa.²⁷⁰

²⁶⁸ La congruencia y adecuación se relaciona con el principio de proporcionalidad, que alcanza el valor de principio general del Derecho

²⁶⁹ GABINO FRAGA, op.cit., p. 270.

²⁷⁰ Ibidem, p. 271

Para Dromi, Por forma se entiende, el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa, es decir el modo de exteriorización de la voluntad administrativa. La omisión o el incumplimiento parcial de las formas de instrumentación (escritura, fecha, firma, etc.) o de las formas de publicidad (notificación), puede afectar en distintos grados la validez del acto, según la importancia de la trasgresión. Los actos administrativos deben ser notificados al interesado. La publicación no simple la falta de mitificación, la falta de publicación no vicia al acto. El acto administrativo sea este definitivo o preparatorio, pueden instrumentarse de distintas maneras, de forma escrita, oral o por medio de otro signos. En el acto tácito no hay instrumentación sino solo ficción legal.²⁷¹

3.8.5.- Las formalidades del acto administrativo.

El cauce formal mediante el que se produce el acto administrativo es el procedimiento administrativo, este se compone de lo que técnicamente calificamos como formalidades, expresión con al que se define la manera como se elabora e integra la voluntad administrativa, es decir el mecanismo decisorio que ha de seguir la Administración, los sucesivos tramites que conducen hasta el acto definitivo resolutorio. El desarrollo del procedimiento se encuentra presidido por el principio de *Solemnitatem*, esto es, que el acto administrativo se producirá ajustándose al procedimiento establecido. La sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, acoge este principio conectándolo con el principio de legalidad de la Administración, consagrado

²⁷¹ El acto administrativo se manifestara expresamente y por escrito y contendrá, 1) lugar y fecha de misión, 2)mención del órgano o identidad de quien emana, 3)expresión clara y precisa del contenido de la voluntad administrativa y 4) individualización y firma del agente interviniente. Puede existir algunos casos en que el acto no se documente por escrito, sino que se le exprese verbalmente, siendo la reglas, 1) medie urgencia o imposibilidad de hecho, la constancia escrita el acto se hará la brevedad posible, 2) se trate de actos cuyos efectos se hayan agotado, 3) se refiere a ordenes de rutina y 4) se exterioricé por señales o signos. Confróntese DROMI, p. 374.

con el art. 86 Cn. De este precepto deriva la necesidad de que la administración ejecute sus competencias con arreglo al procedimiento establecido.²⁷²

La infracción del procedimiento comporta un vicio (mera anulabilidad o nulidad plena) depende de la gravedad de la infracción en que se haya incurrido. También la sala de lo Contencioso Administrativo ha tenido ocasión de recordarlo””Como es sabido, el procedimiento administrativo en tanto modo de producción del acto administrativo, forma de emanar al mundo jurídico, constituye un elemento formal del acto, y por ende condiciona su validez. Es en otros términos, el cauce necesario para la producción de actos administrativos””.

El procedimiento administrativo no es una mera exigencia formalista para la configuración del acto, sino que desempeña una función de plena garantía para el administrado, ya que le proporciona la oportunidad de intervenir en su emisión. El procedimiento Administrativo tiene así una función de garantía, en cuanto constituye en el cauce de la acción administrativa con relevancia jurídica directa en el administrado, susceptible de incidir en la esfera de sus derechos e interés legítimos. En otros términos el procedimiento posibilita la participación de los administrados en la toma de decisiones del poder público Administrativo. Es claro entonces que el acto administrativo no puede ser

²⁷² Cfr. Sala de lo Contenciosos Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de 22-1-98, exp. 38-F-97, “Conforme a principio de legalidad establecido en nuestra Constitución art. 86 inc. 3ª, la Administración Pública está obligada a realizar todo sus actos de acuerdo a lo dispuesto en la Ley, de lo que deriva, como contrapartida, el Derecho de los administrados de exigirle que observe en su funcionamiento el cabal cumplimiento del ordenamiento jurídico aplicables. En efecto los principios de legalidad y debido proceso, como derechos de los administrados, plantean la necesidad de que existan los procedimientos adecuados a fin de que en la esfera administrativa, los actos de autoridades sean revisables para asegurarse de que se realicen conforme a lo que disponen las propias leyes”.

producido a voluntad del titular del órgano a quien compete su emisión, obviando el apego a un procedimiento y a las garantías constitucionales, sino ha de seguir necesariamente un procedimiento determinado. Por lo que existe legalidad cuando el acto ha sido dictado vulnerando el procedimiento legalmente establecido y obviamente, cuando se ha pronunciado prescindiendo total y absolutamente de él, es decir, sin respetar las garantías mínimas que aseguren la eficacia y acierto de las decisiones administrativas y los derechos de los administrados²⁷³.

3.8.5.1.- Las formas en sentido estricto.

Junto al concepto de formalidades, existe el de forma en sentido estricto, que es la manera como se presenta o exterioriza la voluntad administrativa, es el modo de hacerla pública. La forma es el modo en que la Administración da a conocer los actos administrativos, el soporte sobre el que se contienen. Existen las formas de expresión del acto administrativo²⁷⁴:

Escrita. Es la forma de expresión más natural del acto administrativo y la que constituye su medio general de producción. Las autorizaciones, sanciones, etc. Son reconocidas por escrito. Por asimilación, se incluye en este grupo toda clase de soporte que incluya la lengua escrita, como el caso de telefax, los ficheros informáticos, el correo electrónico.

Oral o verbal. Son los actos que expresan de palabra, como la orden de disolución de una manifestación ilegal, o de cierre de un local que ha excedido el horario de apertura. El principal problema que se presenta Es la

²⁷³ Sala de lo Contenciosos Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de 20-3-98. Exp 75-A-95, Vid, otras afirmaciones análogas en la, de 19-9-98, exp. 81-R-96.

²⁷⁴ GAMERO CASADO, E.:Op Cit. P. 24

constancia. En tal sentido cuando precisa la constancia escrita de un acto oral, este se recogerá en una comunicación elaborada por la administración.

Mímica y acústica, Son actos que se expresan mediante gestos y sonidos, como los que efectúan los agentes de tráfico y demás señales de tráfico.

Automática. Los actos se expresan mediante soportes que actúan maquinalmente, como los semáforos y demás señales de tráfico. La forma en la que se deberán recogerse los actos administrativos como regla general es la escrita. Se producen mediante los documentos administrativos. Según el art. 1570 del C.C., “El instrumento publico o autentico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”. Instrumento es el documento o soporte físico en el que se recoge el acto, cuando un acto administrativo adquiere la condición de documento público, el ordenamiento jurídico le adhiere una serie de consecuencias y en particular, le beneficia con una presunción de iuris tantum de validez, certeza y veracidad, que ha sido expresamente reconocida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ.²⁷⁵

3.8.5.2.- La motivación de los actos administrativos

El requisito de forma más importante es la motivación, según la definición de GONZALES PEREZ, “...La motivación es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto”, definición acogida por el contencioso administrativa²⁷⁶. Se debe distinguir entre los motivos del acto administrativo y su motivación. El acto administrativo se ha dictado por un motivo o razón determinado pero estos

²⁷⁵ Sentencia 17-7-98, exp 36-5-96.

²⁷⁶ SCSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador, de 26/6/98, exp 70-m-94.

no son los motivos o razones en sí mismo, sino la necesidad en que en el propio acto se recojan formalmente las razones que lo fundamenten, sino se incorporaran al acto, aunque existieran realmente, el acto adolecería de un vicio: por la falta de motivación.²⁷⁷

La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducida a la emisión el acto. Está contenida dentro lo que usualmente denominamos considerandos. La constituyen, por tanto los presupuestos o razones del acto. Siendo la fundamentación fáctica y jurídica del acto, con lo que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.²⁷⁸ La motivación suele consistir en la declaración que cumple el presupuesto de hecho que da lugar a la aplicación del acto administrativo, incluyendo la cita del precepto que recoge el objeto del acto²⁷⁹.

Según Sebastián Martín Retortillo, La motivación cumple una triple finalidad: La de operar como mecanismo de control del acto administrativo, pues al consignar en la motivación el fundamento del acto, su destinatario puede oponerse al mismo destruyendo su motivación, demostrando su ilegalidad o iniquidad de las razones que la Administración declara como sustentadoras del acto. Por lo que la motivación debe permitir a su destinatario el ejercicio de las correspondientes acciones contra los

²⁷⁷ SCSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador de 20/3/98, de exp 75-A-95, en la que puede leerse, "la motivación consiste en la exposición de motivos que indujeron al a Administración Pública a la emisión del acto administrativo, y constituye un requisito ineludible, sobre todo en actos desfavorables al administrado. Lo anterior implica, que de no existir una resolución formal en estos términos, nos encontraríamos frente a otro motivo de ilegalidad, ya que la motivación es un elemento del acto que como tal condiciona su validez.

²⁷⁸ La motivación del acto, es decir, las razones de hecho y de derecho que dan origen a su emisión, aclaran y facilitan la interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo. (CNCIV. Sala F, 25*8*81, Perón, Juan D. suc, JA 1982 -IV- 204.

²⁷⁹ GAMERO CASADO, E.: *Op Cit.*, P.26.

mismos.²⁸⁰La segunda finalidad es la de precisar con mayor certeza y exactitud el contenido de la voluntad administrativa, lo que constituye un importante elemento interpretativo del acto. La motivación sirve asimismo al objeto de persuadir al destinatario de impugnaciones inútiles: Cuando la motivación sea irrefutable, no se interpondrá recurso infructuoso. La tercera finalidad, es la de servir como elemento justificativa de la actividad administrativa ante la opinión pública en general.

Todo acto administrativo debe ser motivado, la falta de ella implica no solo un vicio de forma sino también una arbitrariedad. De la motivación solo puede prescindirse en los actos tácitos, pues en ellos no hay siquiera manifestación de voluntad. La motivación debe ser concomitante al acto pero por excepción se permite la motivación previa, si ella surge de informes y de exámenes que sean comunicados. En ausencia de ello el acto estará viciado por falta de motivación, pero este vicio puede subsanarse por medio de una motivación ulterior, razonada.

Serán motivados, con explicación de las razones de hecho y de derecho que los fundamenten, los actos que: a) deciden sobre derechos subjetivos, concurso, licitaciones, b) resuelven peticiones, recursos, reclamaciones, c) se separen del criterio seguido de actuaciones precedentes o del dictamen de órgano consultivo.²⁸¹

²⁸⁰ Sentencia de 30/4/98. Exp 26-E-97. En la que se afirma "las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser clara precisa y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición. La motivación contiene la resolución administrativa, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma puede el particular conocer el motivo de la decisión a que se arribe, y en caso de ser desfavorable, impugnada ante la autoridad competente".

²⁸¹ DROMI, ROBERTO:, Op Cit, P 377.

No todos los actos administrativos han de ser motivados, Atendiendo a la finalidad principal de la motivación, que es la de permitir al destinatario en el ejercicio de las acciones legales que contra el mismo le correspondan fundamentando debidamente su oposición al acto, podemos afirmar que deben motivarse necesariamente los siguientes actos²⁸²: los limiten derechos objetivos o interés legítimos, esto es en sentido genérico, todos los actos desfavorables, incluidos los sancionadores.²⁸³

En consecuencia los actos favorables no tienen que ser necesariamente motivados²⁸⁴, salvo que se incluyan en categorías que deben ser motivadas como por ejemplo, los actos discrecionales.

a) Los actos que resuelven los procedimientos de revisión en vía administrativa, cualquiera que sea su especie; esto es, actos por los que se resuelven recursos, revocaciones de oficio, etc., en la medida que constituyen una decisión nueva y distinta de la anteriormente adoptada por la Administración.

b) Los actos que se dictan en ejercicio de potestades discrecionales. En este caso la exigencia de la motivación se apoya en una razón principal: siendo posibles diversas soluciones jurídicas al supuesto, la incorporación de la motivación permite demostrar que la administración no actuó de manera arbitraria y por consiguiente que al acto administrativo es válido. También es

²⁸² GAMERO CASADO, E.: *Op Cit*, P. 28.

²⁸³ El Tribunal Constitucional Español, insiste en “lo necesario de motivar los actos restrictivos de los derechos fundamentales de la persona, pues en estos casos no solo es cortesía, sino un riguroso requisito del acto restrictivo de derechos” (SSTC 26/7/1981, de 17 de julio; 8/98, del 16 de enero y 52/1995, de 23 de febrero). Con estos planteamientos concuerdan la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, afirmando que en los actos favorables no resulta preciso el cumplimiento del trámite de audiencia, así en sentencia de 19/7/96, exp. 1-92, 9-92, que afirma “al no existir privación de derechos, no existe violación a la garantía de audiencia”.

²⁸⁴ La innecesaridad de motivar los actos favorables deriva de que en este caso no se exige por la constitución el respeto del derecho de la garantía de audiencia, ni todas las conectadas con el derecho de defensa.

aplicable en el caso en los que se selecciona una oferta entre varias, pues en este caso un acto es favorable para uno y desfavorable para otros.

c) Los actos que deben ser motivados por virtud de disposición expresa. En la motivación se debe reconocer una sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho, en tal sentido, la práctica administrativa diferencia dentro del acto los hechos y la valoración jurídica (fundamento de derecho, es decir, el precepto legal que respalda la adopción del acto). No se exige una exposición detallada de las razones por las que se dicta el acto: la motivación puede ser breve y concisa, siempre que sea suficientemente expresiva, aunque resulte genérica. Por otra parte, la jurisprudencia de la CSJ admite que la existencia de antecedentes en el procedimiento que hayan sido conocidos por los destinatarios del acto que cumple con el requisito formal de la motivación²⁸⁵

Porque la falta de motivación en los casos que resulte necesaria conllevara la ocurrencia en del acto administrativo de un vicio de invalidez, como se abordara a continuación.

3.9.- Validez del acto administrativo.

El acto administrativo tiene que satisfacer los requisitos de los elementos del acto, la exclusión de ellos o el incumplimiento total o parcial de ellos, expresa o implícitamente exigidos en el orden jurídico, generan invalidez.²⁸⁶ Por lo tanto los actos administrativos deben reunir ciertos requisitos intrínsecos y deben ser dictados conforme al ordenamiento jurídico, sin embargo se discute la validez de dichos actos, por lo que se

²⁸⁵ La sentencia recaída en el proceso 2-E-80, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de La Corte Suprema de Justicia de El Salvador, entiende suficiente la motivación de un acuerdo cuyos antecedentes obraban en el expediente administrativo y fueron conocidos por el destinatario del acto.

²⁸⁶ DROMI, ROBERTO. op. cit P 399

expondrá los grados de invalidez de los actos administrativos, la nulidad, anulabilidad y las irregularidades de los mismos.

Dentro de la invalidez existen diversos estadios, según la gravedad de la infracción del ordenamiento jurídico en que haya incurrido el acto. La invalidez más intensa o grave es la llamada nulidad radical, absoluta o de pleno derecho.²⁸⁷ Y la más leve nulidad relativa o nulidad simple también denominada frecuentemente anulabilidad o mera anulabilidad. En el Derecho Administrativo la regla general es que cuando un acto incurre en un vicio es anulable. Los supuestos de nulidad, por una parte y de irregularidad no invalidante, por otra parte se establecen excepciones a la regla que se expresan mediante el ordenamiento jurídico.

La nulidad y la anulabilidad son dos categorías que se distinguen por lo siguiente: a. la nulidad es un vicio de carácter imprescriptible, en tanto que la anulabilidad prescribe por el transcurso de un determinado plazo de tiempo. Esto significa que la nulidad de pleno derecho puede ser alegada siempre y el particular que se encuentre perjudicado por un acto nulo podrá ejercer acciones contra él en cualquier momento. Con ello se corresponde el artículo 7 b) inciso segundo de la L.J.C.A, que declara susceptible el recurso contencioso administrativo, los actos firmes cuando sean nulos de pleno derecho. la declaración de un acto tiene efectos retroactivos, ex tunc en tanto que la anulación provoca efectos, ex nunc, es decir desde el momento en que produce tal declaración²⁸⁸. La declaración de nulidad comporta una

²⁸⁷ CASADO, EDUARDO, op.cit p79

²⁸⁸ PÉREZ DAYAN, A: *Teoría General del Acto Administrativo*, Edic 2ª, Editorial Porrúa, México. 2006. P. 131. Menciona que “mientras no se demuestre la invalidez de un acto administrativo, este tendrá pleno valor y surtirá todos sus efectos, como si en realidad estuviera ceñido a las normas legales que lo rigen. , lo que significa que dicho elemento del acto administrativo, funciona como una presunción “iuris tamtum”, esto es mantiene su vigencia, salvo que se pruebe lo contrario.

eliminación total del acto, es decir que ni siquiera llegó a existir. Esta *fictionis iuris* comporta que cuando se declare la nulidad de un acto habrán de hacerse desaparecer todas las secuelas que se hubieran derivado de él. c. la nulidad es un vicio de orden público, que puede ser apreciado de oficio por el tribunal, que conozca de un recurso contra el acto; en cambio los vicios de mera anulabilidad han de ser alegados por las partes en el proceso. debido a su alcance la nulidad es un vicio insubsanable que no puede enmendarse por la actuación administrativa posterior ni en virtud del consentimiento del afectado, en cambio los actos anulables pueden ser convalidados, subsanando sus vicios con un procedimiento.

Los vicios del acto administrativo son las faltas o defectos con que este aparece en mundo del derecho y que de acuerdo al orden jurídico vigente, lesionan la perfección del acto, en su validez o en su eficacia impidiendo su subsistencia o ejecución. La invalidez es la consecuencia jurídica del acto viciado, en razón de los principios de legalidad, justicia, y eficacia administrativa. Hay una relación de causa y efecto entre vicios y nulidades,²⁸⁹ los vicios se clasifican según la gravedad e importancia de Antijuricidad en el caso concreto por lo que son: muy graves, graves, leves y muy leves.²⁹⁰

En El Salvador nos encontramos con dos necesidades simultáneas y contrapuestas por una parte resulta preciso determinar qué tipo de actos administrativos adolecen de nulidad de pleno derecho, pues la ley reconoce

²⁸⁹ Para Dromi, La nulidad es la consecuencia jurídica que se impone ante la trasgresión del orden jurídico y son el resultado de los vicios jurídicos.

²⁹⁰ Los vicios del acto administrativo, según su gravedad afecta su validez. Es inválido el acto administrativo con vicios muy graves, graves y leves. El vicio muy leve no afecta su validez, sin perjuicio de la responsabilidad del agente público. Confróntese, DROMI .op. cit p 401.

su existencia y resulta preciso dotar de contenido cierto a esta cláusula legal. Pero por otro lado, el artículo 7 b) inciso segundo de la L.J.C.A, reconoce la posibilidad de recurrir los actos nulos de pleno derecho incluso en el caso de que hayan devenido firmes, lo que significa de reconocer la existencia de un plazo cierto de impugnación de los actos inmersos en este grado de invalidez, lo que conlleva a la inseguridad jurídica. El equilibrio se alcanza ofreciendo una delimitación concreta de los supuestos de nulidad radical de los actos en El Salvador, que no compartan una expansión incontrolada de los actos tachados por este vicio, por lo que la inseguridad que se introduciría en el ordenamiento sería más dañina que la actual indefinición de los supuestos de pleno derecho.

En nuestro Derecho es regla general que cualquier infracción del ordenamiento jurídico provoca la anulabilidad del acto que la contenga. Se debe distinguir en el régimen de la anulabilidad los vicios formales. Los vicios materiales son determinantes de anulabilidad siempre, entre estos tipos de vicios pueden citarse la desviación de poder la adjudicación de un contrato a quien no formular verdaderamente la mejor oferta o cualquier otra ilegalidad entre otras. Es importante destacar que los actos dictados con infracción de ley, no son por ellos nulos de pleno derecho: la ilegalidad solo da lugar, como regla general a la mera anulabilidad del acto.²⁹¹

Por el contrario los vicios formales solo provocan la anulabilidad del acto cuando el acto carezca de los requisitos fundamentales para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados y el concreto supuesto de indefensión no tenga alcance constitucional. En primer lugar los actos que carezcan de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, la

²⁹¹ GAMERO CASADO, E: op. cit, p. 94.

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, se ha pronunciado y afirmado que no constituye verdaderamente un supuesto independiente y que para poder anular un acto como consecuencia de un vicio formal es preciso en todo caso que genere indefensión. Sin embargo, se ha servido de esta causa por separado, anulando actos con el único fundamento de que omitieron tramites esenciales para alcanzar el fin del acto. El segundo término provoca un vicio de invalidez siempre los actos que generen indefensión.²⁹²

Anteriormente se ha señalado sobre las irregularidades de los actos administrativos lo que constituye un vicio de escasa importancia y de poca entidad que no conduce a la eliminación del acto administrativo, ello se refleja incluso en su denominación técnica, que suele hacerse mediante el compuesto “irregularidad no invalidante”, los casos en los que los actos administrativos adolecen de mera irregularidades no invalidantes, pueden sistematizarse en: a) vicios formales, por interpretación en sentido contrario de los supuestos de invalidez, los vicios meramente formales que no generen indefensión, ni supongan requisitos indispensables para que el acto alcance su fin constituyen meras irregularidades no invalidantes de los actos administrativos ejemplo de ello sería ofrecer la omisión de la firma del funcionario o la fecha donde se dicta el acto.²⁹³ b) errores materiales o de hecho, entre los que pueden citarse una suma incorrecta, efectuada en una liquidación que contiene todos los sumandos y de la que se desprende

²⁹² Como conforma la Sala de lo Contencioso Administrativo de La Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de 19/9/98, exp 81-R-96, se afirma: “de allí que si el error advertido en el procedimiento administrativo no ha generado indefensión o inseguridad en las expectativas o derechos del administrados, dichas diferencias no generan per se, la nulidad de lo actuado” (como se desprende del contexto de la sentencia el termino nulidad es el empleado en sentido genérico, como sinónimo de invalidez) Vid. Igualmente la SCSJ 8/12/98, exp 19-U-97, en la que se recoge la misma la doctrina.

²⁹³ Así lo afirma la SCSJ, de 25/5/90, exp 18-D-87

claramente error; la designación incorrecta del nombre del destinatario del acto siempre que resulte clara la identidad del mismo, el error de medición de una superficie. Las administraciones publicas podrán rectificar en cualquier momento de oficio o a instancia de los interesados los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos. Por consiguiente los particulares pueden evitar que les perjudique el error que ha cometido la administración, oponiéndose al acto; pero tal error no hace incurrir al acto en un vicio de invalidez, porque puede ser corregido en cualquier momento. Si sería inválida, la ejecución del acto erróneo, ejemplo de ello es el caso el de la suma incorrecta, supondría una ilegalidad que se embargase una cantidad superior a la realmente exigible por lo que el particular podrá exigir a la administración para que le reintegre lo que esta ha adquirido mediante enriquecimiento injusto, pero no así la anulación de todo el embargo administrativo, sino solo la devolución del exceso.

3.10.- Extinción del acto Administrativo.

Los actos administrativos con vicios muy leves o leves están sujetos a su modificación mediante aclaratoria, saneamiento y ratificación, pero los vicios graves y muy graves son insanables por lo que se extinguen. Gordillo, dice categóricamente que la extinción es la cesación definitiva de los efectos jurídicos y del acto mismo, de igual forma Dromi dice “La extinción del acto administrativo es la cesación de sus efectos jurídicos, con diferencias semánticas la doctrina habla de extinción, cesación o decaimiento o retiro de los actos administrativos, desapareciendo de la existencia jurídica”.²⁹⁴

²⁹⁴ DROMI, ROBERTO op. cit., p 409

La doctrina establece la extinción como el decaimiento, o retiro de los actos administrativos, por lo que desaparecen del plano de existencia jurídica, por lo que hay que distinguir entre extinción y suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativa, Gordillo dice que la “suspensión del acto acarrea la cesación solo provisional de sus efectos jurídicos en cambio implica la cesación definitiva de ellos y del acto” por lo que cesación definitiva implica la extinción el acto administrativo, la cesación provisoria importa la suspensión²⁹⁵. La suspensión del acto acarrea la cesación sólo provisional de sus efectos jurídicos. En cambio la extinción implica la cesación definitiva de ellos y del acto. La modificación del acto, por su parte, no hace cesar los efectos sino que los transforma o cambia en algún sentido determinado. Por su parte Dromi, afirma que la extinción produce el decaimiento definitivo en las consecuencias jurídicas del acto y la suspensión del acto no puede ser indefinida “*ni sine die*”, pues ello implicaría la extinción encubierta del acto.

Dado que lo tipificante del acto administrativo es su calidad de producir efectos jurídicos, no parece que puedan imaginarse casos de actos que subsistan sin producir efectos jurídicos. A la inversa, puede ser posible encontrar efectos ultractivos de actos ya desaparecidos del mundo jurídico. Pero un acto sin efectos jurídicos no existe ya en el mundo jurídico. Cabe por fin preguntarse si un acto puede encontrarse en una suerte de vida vegetativa, de la cual pueda o no surgir²⁹⁶. El acto administrativo se extingue por: incumplimiento del objeto, imposibilidad del hecho sobreviniente, expiración del plazo, acaecimiento de una condición resolutoria, renuncia,

²⁹⁵ La extinción es la eliminación o supresión de los efectos jurídicos del acto por causas normales o anormales, en cuanto los efectos jurídicos del acto, su extinción pueden ser parciales o totales. Confróntese, Dromi, p 409.

²⁹⁶ GORDILLO, op. cit p. XIII-1

rechazo, revocación, caducidad y declaración judicial de inexistencia o nulidad.

Un acto que designa a una persona para una función pública, puede dejar de producir ese efecto en forma definitiva y por lo tanto extinguirse, por exoneración, cesantía, renuncia, muerte, incapacidad, revocación, anulación, supresión del cargo, etc. Estos supuestos deben ser distinguidos entre sí, pero tienen un vínculo común. En todos esos casos el acto queda extinguido y deja de producir efectos jurídicos. Sea que se lo pronuncie extinguido o no por acto expreso, al terminarse sus efectos jurídicos él carece de vida desde el punto de vista del derecho y debe por tanto considerarse extinguido desde un punto de vista práctico. Lo mismo si el acto ha agotado sus efectos jurídicos por cualquier otro motivo. Con todo, ha de advertirse que para algunos autores la extinción se refiere a los casos en que el acto es voluntariamente *retirado* (es decir, retirado por acto de la administración) del campo jurídico, por circunstancias no consideradas ni advertidas en el momento de emisión del mismo; en ese criterio la extinción del acto se diferenciaría de la cesación de los efectos, p. ej., cumplimiento del término o del objeto. Pero no creemos que sea una distinción vital. Por fin, ya vimos que la división usual en extinción por *razones* de legitimidad y de oportunidad es por sí sola insuficiente, puesto que hay otros supuestos que no encuadran en esa división; en consecuencia, consideramos preferible clasificar la extinción según que afecte a actos ilegítimos y legítimos, por lo que Gordillo clasifica la extinción de los actos ilegítimos en a) ilegitimidad originaria: nace con el acto mismo, los actos anulables, actos nulos, actos inexistentes. Y b) ilegitimidad sobreviviente: aparece al entrar en vigencia el acto, actos anulables actos nulos.²⁹⁷

²⁹⁷ Ibidem, p. . XIII-11.

CAPITULO 4

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS PROCEDIMIENTOS RESPECTIVOS

4.1.- Origen etimológico

Para el desarrollo del tema que en este capítulo abordaremos, se hace necesario analizar el origen del concepto de responsabilidad. Esta expresión según el Dr. Luis María Boffie Boggero surge etimológicamente del latín *respondere*, que significa “estar obligado”.²⁹⁸ Es así que encontramos el concepto de responsabilidad dentro de los más diferentes niveles y campos, por ello se habla de responsabilidad “Religiosa”, “Moral”, “Jurídica”, entre otras.

En su origen el vocablo responsabilidad deriva de la expresión latina “sponsor”, que significa “el que se obliga por otro”. A su vez, “responder” proviene del verbo “*respondere*” que quiere decir “hacer frente”. El binomio responsabilidad y responder se refiere a una situación constreñimiento de una persona frente a otra, en virtud de la cual debe esperarse cierto comportamiento.²⁹⁹

Los antiguos romanos, quienes tuvieron una gran influencia dentro del Derecho, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los

²⁹⁸ BOFFII BOGGERO, L., “Enciclopedia Jurídica Omeba” tomo XXIV. Ed. Driskill S.A. Buenos Aires 1979. p.p. 790-791

²⁹⁹ ESTRADA ÁLVARO, C, op cit. p.p 41-43 y 523

que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro. Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber como comportarse en relación con los demás.

El principio del *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad jurídica, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o cuando la víctima ha sido culpable del daño. Por eso Ricardo de Ángel Yágüez comienza su libro sobre el tema diciendo que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”.

El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación en sentido jurídico, de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto como se dijo anteriormente, es a lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona. La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal.

Podemos entonces resumir diciendo que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que

cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado, o como una reacción del derecho para facilitar la represión del daño.

Debemos aclarar sin embargo que no siempre que se causa un daño se responde. De todos modos las excepciones a la indemnizabilidad del daño, debido al progreso jurídico y muy en especial de esta materia, cada vez son menores, porque se considera inconveniente que la víctima no sea compensada de algún modo.³⁰⁰

Se dice entonces que una persona es responsable cada vez que debe reparar un perjuicio, por que el término “reparar” supone que el autor del perjuicio no es el que lo ha sufrido. En lugar de preguntarnos, cuando nos encontramos en presencia de un perjuicio sobre ¿quién es el responsable? debemos formularnos que si ¿hay o no un responsable?, Ya que como se ha dejado claro no siempre que hay perjuicio, hay un responsable, Se comprende, en efecto, que quienes adopten la definición restringida de responsabilidad, se muestren exigentes cuando se trate de obligar a alguien a reparar el perjuicio que ha ocasionado; que, sobre todo, se nieguen a condenarlo cuando nada hay reprehensible en su conducta, cuando no ha cometido culpa alguna.

4.2.- Concepto de responsabilidad jurídica.

El concepto responsabilidad ha sido objeto de muchas controversias entre juristas, existiendo múltiples teorías que explican sus fundamentos y

³⁰⁰ <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>, consulta 11/10/08, a las 19:30 Horas

alcances; no obstante, la noción de responsabilidad no es exclusiva del discurso jurídico, siendo empleada en el discurso moral y religioso, así como en el lenguaje ordinario, motivos por los cuales, para determinar sus características designativas, es necesario hacer alusión aquellos usos de responsabilidad acorde con nuestros propósitos, esto es, desde la perspectiva de la dogmática jurídica.

En este sentido, la voz responsabilidad proviene como anteriormente se hizo mención, de responderé, que significa “prometer”, “merecer”, “pagar” y que se encuentra estrechamente relacionada con spondera, la expresión solemne de la *stipulatio* por lo cual asumía una obligación.

En español, pasa idea latina con el contenido “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por si o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”.

Desde el punto de vista jurídico, en atención a los elementos preliminares que ha sido plasmados podemos entender a la responsabilidad en el sentido de “merecimiento”, “responder de” “pagar por”.

En efecto Kelsen entiende que esta es la orientación conceptual que debe adoptarse, cuando expone que la conducta de un sujeto obligado, contraria a aquella determinada, condición de un acto coactivo, como sanción, de manera tal que el individuo contra el que se dirige la consecuencia de la ilicitud responde jurídicamente de él.

Las posturas anterior es asumida en términos análogos por Hart a propósito de su estudio sobre el contenido de las normas jurídicos, estableciendo, por una parte la existencia de leyes que definen ciertas

formas de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes se aplican, incurriendo en una infracción al derecho si se presenta una desobediencia al respecto, por lo cual se tiene que responder ante las consecuencias de la infracción en comento, que conlleva precisamente la imposición de una sanción que busca crear un motivo para que los hombres adecuan su conducta a las prescripciones normativas.

En estas condiciones, podemos entender que la responsabilidad como el deber de responder por el cumplimiento o incumplimiento de una obligación, siendo la segunda hipótesis lo que generalmente trae aparejada la imposición de una sanción; de esta forma, la responsabilidad permite determinar quien debe responder del cumplimiento o incumplimiento mencionados, constituyéndose, por así decirlo, en una obligación de segundo grado que aparece cuando se comete un hecho ilícito³⁰¹

Doctrinariamente se establecen diferentes conceptos de la responsabilidad jurídica, entre las diversas definiciones que ha registrado la doctrina sobre el concepto de responsabilidad, según la rama del Derecho, cabe destacar las siguientes, por su vinculación directa o indirecta con nuestro tema de estudio.

Rojina Villegas sostuvo en relación a la responsabilidad civil: “La existencia de un daño es una condición ‘*sine qua non*’ donde la responsabilidad civil, pues es evidente que para que exista obligación de reparar, es necesario que se cause daño”. Aquí el acento se da en el daño.³⁰²

³⁰¹ <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/36.pdf>, consulta 11/10/08, a las 20:00 Horas

³⁰² ROJINA VILLEGAS, R. “*Compendio de Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*”. México. Editorial Porrúa. 1977. p. 206.

Aguilar Gutiérrez afirma: “El principio general que domina esta materia en la legislación mexicana, es el que establece que la conducta ilícita o contra las buenas costumbres observadas por una persona, entraña la responsabilidad de ésta y la consecuente obligación de reparar los daños que cause. Aquí encontramos el acento en la conducta ilícita.”³⁰³

Acuña Anzorena establece que: “...la responsabilidad civil deja de ser sanción a una regla de conducta, para convertirse en una mera obligación de resarcimiento”.³⁰⁴ Aquí se destaca la obligación de resarcimiento por sobre la sanción.

Existen por lo menos cuatro acepciones la palabra obligación:

- 1) Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo,
- 2) Relación, papel, entre otras;
- 3) Responsabilidad en el sentido de factor causal
- 4) Responsabilidad como capacidad y como Estado mental, y
- 5) Responsabilidad como punible o moralmente reprochable.³⁰⁵

En materia de Derecho de daños, Santos Briz desglosa los elementos de la responsabilidad de la siguiente manera:

- a) La acción u omisión infractora del contrato o productora del acto ilícito
- b) Lo antijurídico de la misma y causas que la excluyen
- c) La culpa del agente

³⁰³ PÉREZ CARRILLO, A. “La Responsabilidad Jurídica, *Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho*” UNAM. 1979. p.60

³⁰⁴ NINO, CARLOS SANTIAGO La responsabilidad-homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg: “el concepto de responsabilidad”. Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1995. p.p. 15-17.

³⁰⁵ *Ibidem*.

- d) La producción del daño
- e) La relación causal entre acción u omisión y el daño.³⁰⁶

4.3.- Tipos de responsabilidad.

“La responsabilidad se define como la obligación de una persona a reparar un daño causado, bien indemnizando a un tercero o cumpliendo con penas pecuniarias o privativas de libertad.”

Dentro del concepto de responsabilidad hay que distinguir entre:

4.3.1.- Responsabilidad penal.

Se produce cuando la actuación de una persona ha sido de tal modo negligente, de tal manera imprudente, que atentando a los más elementales principios del actuar humano, constituye tal conducta delito o falta, es decir incumple los parámetros de conducta que el Código Penal establece como mínimos.

4.3.2.- Responsabilidad civil.

Consiste en la exigencia, que incumbe a todo ciudadano, de responder económicamente de sus actos negligentes. Cuando no se actúa con la debida diligencia se incurre en responsabilidad civil o lo que es lo mismo, en responsabilidad pecuniaria, y ha de reparar, indemnizar, restituir el daño ocasionado. Se denomina Responsabilidad Civil o culposa, y se distingue de la Responsabilidad Penal en el grado de culpa, que en el caso penal es agravada y personal del profesional.

³⁰⁶ SANTOS, BRIZ. “Derecho de Daños”. Ed. Revista de Derecho privado. Madrid. 1963. p.22

4.3.3.- Responsabilidad patrimonial.

Es la responsabilidad atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración, por aquellos daños producidos al particular como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, con exclusión de los supuestos de fuerza mayor. Se excluyen por consiguiente, las reclamaciones que formule el personal del Organismo por las lesiones que sufran en sus bienes o derechos con motivo de la prestación de los servicios que le sean propios, que seguirán el procedimiento que les sea de aplicación en cada caso.³⁰⁷

³⁰⁷ CASARIEGO, RAÚL ALBERTO, en su obra "*La responsabilidad Administrativa*", Primer Premio CIAT-IEF, 1998 hace mención a lo siguiente "La *responsabilidad administrativa* deriva de la relación de empleo y es a través de la naturaleza de ese vínculo de derecho que debe regirse todo análisis de cada situación, sin que pueda sujetarse en forma directa o inmediata a los principios de responsabilidad extracontractual del ordenamiento civil, so pena de ignorar que los agentes no se relacionan extracontractualmente con el Estado sino que se encuentran ligados a través del nombramiento o del contrato de locación de servicios. No obstante, la responsabilidad administrativa tiene con la responsabilidad civil ciertos elementos comunes: el hecho ilícito, imputable a culpa o negligencia y que origine un daño jurídico. Para perfilar la responsabilidad administrativa de un agente público debe mediar culpa del mismo. Se requiere por tanto, una intervención con discernimiento, intención y voluntad, elementos que deben valorarse dentro del marco circunstancial y en concordancia con los principios que reglan la materia. No basta exclusivamente la existencia de una obligación inherente al empleo y su probable incumplimiento, para que de ello se derive una responsabilidad administrativa. Debe verificarse la posibilidad del ejercicio de esas obligaciones y las demás impuestas al funcionario, de suerte de poder precisarse si existe culpa o negligencia en concreto. De lo contrario, podrían imputarse culpas por hechos de cumplimiento imposible. No puede hablarse de responsabilidad sino cuando se han transgredido las precauciones normalmente tomadas con relación a la actividad de que se trata"

4.4.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.

Para que pueda deducirse la responsabilidad de un daño deben concurrir los siguientes elementos:

- a) Acción, error u omisión: La actuación u omisión debe ser imputable a la Administración, lo que implica que el daño deriva del personal o de bienes de la Administración. En los casos de responsabilidad patrimonial no se exige negligencia, incluso puede ocurrir que la actuación de la Administración puede ser perfectamente lícita.
- b) Producción de un daño: es necesario que el daño se haya producido, por tanto no es válido el simple riesgo o un posible daño futuro. El daño debe ser evaluable económicamente, aunque hay que tener en cuenta que los daños morales son evaluables y pueden concurrir con los daños puramente económicos.
- c) Relación causal entre la acción u omisión y el daño: Es un requisito primordial, la relación debe ser única, directa e inmediata. Solo se interrumpe la relación causal cuando concurre la fuerza mayor, definida como el daño causado por un hecho exterior e inevitable por el Servicio Público, es decir, el daño debido a un acontecimiento imprevisible, totalmente extraño a la voluntad de la Administración.³⁰⁸ Siendo el daño el principal elemento para que le sea imputable la responsabilidad al sujeto que ha causado el perjuicio, y mas específicamente en la responsabilidad patrimonial, a continuación se analizaran el concepto y los requisitos para que sea factible el mismo.

³⁰⁸www.carloshaya.net/recursos humanos/files/manuales/responsabilidadpatrimonial.doc, consulta 12/10/08 , hora de consulta 22:00 Horas.

4.4.1.- Concepto y alcance del daño.

En cuanto al daño debemos manifestar que el daño es un requisito indispensable de la responsabilidad del funcionario público, así como del Estado, en su caso, tal como se analizará, más adelante, vemos pues que es un requisito para que nazca el derecho a indemnizar, por lo que se deriva que de un acto administrativo que ha sido dictado de forma ilegal, arbitraria o erróneamente, causa un daño patrimonial al contribuyente y a la vez puede ser moral. La jurisprudencia Española, en el sentido de la responsabilidad de la administración ha sostenido lo siguiente: “Para que la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial sea procedente no basta con que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración, sino que es necesario que el particular que formula la reclamación haya sufrido una lesión en sus bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos”³⁰⁹. También es de hacer notar que dentro de la rama civil, el elemento del daño cuya existencia concreta manifiesta Gil Escobar que: “es necesaria para la producción de la reacción del Ordenamiento Jurídico que tutela, mediante la obligación del resarcimiento, el interés jurídico que el daño vulnera”³¹⁰.

Para entender el concepto del daño expondremos diferentes teorías doctrinarias acerca de este, ya que, no basta con manifestar que existe un daño, sino que este debe reunir ciertos elementos, para que sean imputables, comenzaremos con lo que se asimila a la lesión, expone Ahumada Ramos que la lesión es “daño, perjuicio, detrimento, y daño es el efecto de dañar, que es causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o

³⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Español del 19 de julio de 2005. Rec. 1964/2002. JUR, y 21 de julio 2005. Ar. 5950.

³¹⁰ ESCOBAR, GIL: *Responsabilidad contractual de la Administración pública*, Bogota, 1989, p. 162.

molestia”³¹¹; por la naturaleza del derecho administrativo el daño que causa por ejemplo una imposición de multa que ha sido dictada en forma ilegal, esta afecta el patrimonio del contribuyente, y disminuye su patrimonio, de lo anterior, podemos manifestar que hay un interés del contribuyente en solicitar la revocación o la apelación de esa resolución cuando considere que no esta realizado conforme a derecho, pues de esta manera surge el movimiento de las instancias correspondientes y los recursos que establece la ley, y para ello también es importante mencionar que debe probarse este daño ocasionado.

Manifiesta Jinesta que el daño es *un resultado fáctico cuya verificación es una cuestión de hecho, es una perdida en sus bienes jurídicos...*³¹² la diferencia de bienes jurídicos resultantes es producto de la comparación de estos antes y después del daño es lo que el resarcimiento o reparación debe cubrir.

Nuestra legislación civil, nos da un alcance hacia el concepto del daño, pero es preciso mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico para que el derecho a indemnizar sea efectivo es necesario efectuar los trámites de reclamación y estipulación de la cantidad reclamada en primera instancia civil, es por ello que hacemos mención de esto, ya que siendo el funcionario que ejerce en la Administración tributaria, el que haya incurrido en responsabilidad y se haya declarado el agravio o haya quedado la posibilidad de reclamar la indemnización, es en esta materia en la que se ventilará tal proceso, pero más adelante expondremos lo referente a este hecho, de tal

³¹¹ DE AHUMADA RAMOS: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales. Lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 2ª ed., Pamplona, 2004, p. 149.

³¹² LOBO, JINESTA: *Tratado de Derecho Administrativo II, Responsabilidad Administrativa*, Biblioteca Jurídica Dike, San Juan Costa Rica, 2005, p.100.

manera que el fin que con ella se busca es una reparación y sólo puede haber reparación donde haya habido detrimento de alguna clase; la ley civil es formal a este respecto, pues los Artículos 2065” El que ha cometido un delito, cuasidelito o falta es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido “³¹³ y siguientes, hablan expresamente del daño, elemento que unido a la falta hace nacer la obligación de indemnizar; eso en cuanto a la falta porque lo que tratamos de exponer tiene que ver con los vicios que tengan los actos administrativos y que causen agravio y de ello nace la responsabilidad.

4.4.2.- Requisitos del daño.

Los requisitos tienen que ver con la naturaleza de este, se manifiesta eso, por la razón, que el daño debe ser de cierta naturaleza y presentar características, una de las teorías de la responsabilidad del derecho administrativo que corresponde mencionar y en general a la del derecho civil; aunque algunas características son diferentes, Sánchez Morón, expone que en el ámbito administrativo este debe ser: *Imputable*, este en cuanto al servicio público, pero enfocándolo del punto de vista hacia el funcionario público por un acto administrativo que haya pronunciado y que sea dictado ilegalmente, es preciso señalar que es posible ser imputable; *Cierto*, ya que el daño eventual no se repara, debe ser efectivo no suponerse; y *Directo*, es decir que excluye el daño indirecto, entendiendo que deber ser la persona concreta y asea natural, jurídica o sucesión en su caso³¹⁴.

³¹³ Art. 2065 C.C. Salvadoreño.

³¹⁴ SÁNCHEZ MORÓN, op. cit, p.113.

También es importante mencionar que el daño manifiesta una culpa y esta puede ser de un profesional y para el caso que nos ocupa, entendemos que los que llevan a cabo una actividad administrativa dentro de la Administración tributaria son funcionarios y en su caso empleados, para ello se tiene a bien mencionar que se puede individualizar una especie de culpa en el comportamiento o actuar sabiendo que carece de una adecuada preparación técnica, de quien desarrollo una cierta actividad y que dentro de esta se encuentra la emisión de actos administrativos que son los que pronuncia dicha Administración para el funcionamiento de la misma y desarrollar sus fines, en tal sentido manifiesta Giovanna Visintini “que un profesional, que generalmente es técnico provisto de determinada especialización, se le debe exigir más de lo que se pide a un particular³¹⁵”; esto en cuanto a un requisito que la doctrina establece para que pueda ser imputable y de esa manera entrelazar los demás hechos que sean necesarios para determinar el daño debido a los vicios del conocimiento.

4.5.- Responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro ordenamiento jurídico tiene lugar a través de una evolución legislativa, y a su vez por el principio de igualdad y la protección constitucional a los derechos individuales, esta ha sido relativamente reciente, tal como se ha expuesto en el capítulo I, de esta investigación; ha habido diferentes acontecimientos que han suscitado cambios hacia un Estado de Derecho, para dar a conocer más este tema de investigación expondremos lo relativo a la relación jurídica tributaria, que es una cadena que lleva consigo los actos administrativos y la actividad administrativa de la administración tributaria.

³¹⁵ VISINTINI, GIOVANNA: *Tratado de la responsabilidad civil*, parte 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 267.

4.5.1.- Relación jurídica tributaria obligacional y nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

Esta deriva del Derecho Tributario Material, se subdivide en relación jurídica tributaria en sentido amplio, y a esta se le aplica las normas tributarias entre el ente público y los sujetos pasivos; y la relación jurídica tributaria en sentido estricto u obligación tributaria, que únicamente comprende “*el crédito del ente público y la consiguiente deuda tributaria a cargo de la persona obligada al pago*”³¹⁶, el caso que nos interesa es en el sentido amplio, de tal manera que este se integra por tres aspectos que determinan un elemento de la actuación administrativa, en lo siguiente: a) La obligación tributaria, que se caracteriza por el contenido patrimonial de la prestación que constituye su objeto, así como por hacer llegar al acreedor los ingresos necesarios para su funcionamiento; b) las obligaciones reguladas por las leyes tributarias de contenido patrimonial, que no tienen por finalidad producir ingresos tributarios³¹⁷; y c) los derechos y deberes que derivan directamente del ordenamiento jurídico financiero y que carecen de contenido patrimonial. En este último aspecto hemos de hacer notar que en la relación jurídica tributaria el sujeto activo que es El Estado o la Administración tributaria, también tiene derecho y obligaciones y así el sujeto pasivo, los contribuyentes, pero se pueden convertir en sujeto pasivo la Administración tributaria, en el sentido que dentro de una relación jurídica el ente público tiene obligaciones también con respecto al contribuyente, y este es el punto que nos interesaron respecto a la responsabilidad patrimonial, pero lo explicaremos más adelante, cuando hablemos de los sujetos de la relación;

³¹⁶KURI DE MENDOZA, S, Op. cit, p 260.

³¹⁷Las obligaciones pecuniarias derivadas de la imposición de multas, es aquí donde relacionamos un acto administrativo, ya que reúne los requisitos de este y se deriva un acto que en un futuro podría causar una responsabilidad ya se del funcionario nombrado o de la Administración.

asimismo vemos que es aquí donde nace una responsabilidad entre sujetos, de las obligaciones entre ambos.

De la obligación tributaria se puede manifestar, que nuestro ordenamiento jurídico tributario establece: *“que es un vínculo jurídico de derecho público, que establece el Estado en el ejercicio del poder de imponer, exigible coactivamente de quienes se encuentran sometidos a su soberanía, cuando respecto de ellos se verifica el hecho previsto por la ley y que le da origen”*³¹⁸; vemos que es un verdadero acto administrativo el que dicta la Administración tributaria cuando establece unilateralmente la imposición de un hecho generador, es decir de la obligación de cumplir un mandato de la administración que genera una relación entre esta y el contribuyente.

De lo anterior es importante mencionar que la relación jurídica es muy importante establecerla, ya que de esta se deriva una obligación entre los sujetos, y que no es una creación errónea, sino que surge del sometimiento a la administración.

Para determinar una responsabilidad es necesario conocer los sujetos actuantes, así como los que pueden o no ser responsables en la medida que emiten actos administrativos, es por ello que expondremos tal situación, no sin antes manifestar que hay un fundamento de la responsabilidad que se relaciona con el desarrollo de los sujetos de la relación jurídica tributaria obligacional en concreto.

³¹⁸ Artículo 16 del C. T.

4.6. Fundamento de la responsabilidad.

La Constitución en el Artículo 245 retoma la responsabilidad en forma subsidiaria con respecto a la de los funcionarios públicos, es este el fundamento constitucional del cual se desprende lo principal de esta investigación, siendo así que mediante actos administrativos que emiten los funcionarios de la administración tributaria pueden violentar derechos que consagra la misma Constitución; cuando un contribuyente por ejemplo, solicita una constancia de solvencia para realizar actos propios al giro comercial al cual se dedica como comerciante y si este no le da una respuesta eficaz y no justifica la emisión de este documento en tiempo y forma, del cual es requisito para cumplir y realizar actos jurídicos; así como la solicitud de acceso al expediente que a su nombre lleve la administración tributaria y conlleve los requisitos de ley esta no le resuelva la petición, esta violentando el derecho de petición en este caso se violenta el artículo 18 de la Constitución.

El punto que nos ocupa en este apartado es establecer que la responsabilidad patrimonial del funcionario público se vincula con la forma de actuar del mismo, por medio de actos administrativos, de tal manera que debe individualizarse y llenar los requisitos establecidos por las leyes, jurisprudenciales y doctrinarios para determinar dicha responsabilidad y a la vez, en relación al daño o perjuicio ocasionado y quien responde como responde y cuales son los procedimientos que conllevan a la reparación del daño, es decir a la indemnización para resarcir un daño y determinar si esta es eficaz o no; con los mecanismos que regulan nuestros ordenamientos jurídicos; para introducirnos a lo anterior es indispensable encauzarnos a la relación jurídica tributaria.

4.7.- Sujetos de la relación jurídica obligacional de la responsabilidad patrimonial.

En este apartado los sujetos de la relación jurídica tributaria u obligación tributaria son: el sujeto activo y el sujeto pasivo, pero con respecto al cumplimiento de la obligación tributaria y el acreedor de tal prestación; de tal manera que lo que nos interesa es determinar los sujetos de la relación jurídica tributaria, pero en relación a la responsabilidad patrimonial por actos administrativos que hasta cierto punto causen un perjuicio o daño al contribuyente, a lo que nos referimos es que cuando el funcionario que representa al sujeto activo en este caso y que es nombrado por el Estado, dicta actos ilegales, arbitrarios, para con el sujeto pasivo de la relación; en tal sentido se determina lo siguiente: cuando se habla de una relación jurídica obligacional, existen dos sujetos perfectamente determinados: el que tiene derecho a exigir la prestación y el obligado a realizar la prestación.

Entendemos pues que se pueden adoptar una u otra posición más de una persona. Pueden ser titulares del derecho a indemnización varias personas que resultan perjudicadas por el mismo acto o hecho, y puede haber incurrido en responsabilidad más de una persona, puede darse la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación.

De lo anterior se manifiesta lo siguiente: Concurrencia de dos o más titulares del derecho a indemnización, que puede ser inicial un mismo acto o hecho dañoso ha ocasionado la lesión a más de una persona o sucesiva por haber sucedido al sujeto activo varias personas, ejemplo: los herederos. Concurrencia de más de una persona obligada a indemnizar. Una de ellas al

menos ha de ser la Administración tributaria. La otra puede ser el funcionario público que representa tal administración.

Para el caso del sujeto activo en la responsabilidad patrimonial se traslada al contribuyente o administrado, en el sentido que es el titular del derecho a indemnización; y el sujeto pasivo como se analizará más adelante es el funcionario público en su caso o la administración tributaria o el Estado subsidiariamente, tal como se regula en nuestra Constitución, pero veremos que en algunos países representativos como es el caso de España es al contrario de cómo se ha establecido en el ordenamiento jurídico de El Salvador, en el sentido de que la responsabilidad es concretamente del Estado y subsidiariamente del funcionario, pero eso se desarrollara más adelante; no sin antes manifestar que según la doctrina hay una responsabilidad personal del funcionario de esta manera” *la distinción entre la responsabilidad de la administración y la del funcionario estriba en la oposición fundamental entre la falta del servicio y la falta personal*”³¹⁹.

De lo anterior entendemos que, la falta personal es separable de la función que realiza dicho funcionario, pero no es ese el caso que nos ocupa, sino determinar que la falta que comete es consecuencia de la emisión de un acto administrativo, que si este lo emitido por error, negligencia o arbitrariamente, es entonces donde consideramos que se sustenta el daño causado, así como la culpa y que deberá probarse, para responder por tal error, impericia o la mala intención en la emisión de dicho acto.

³¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL: *Derecho Administrativo*, parte general, Madrid, Tecnos, 2005, p110.

4.7.1.- Sujeto activo de la relación obligacional de responsabilidad patrimonial.

Partiendo del sujeto activo titular del derecho a indemnización, esta se transforma al contribuyente sea este un particular (persona natural o jurídica)³²⁰ como se ha manifestado anteriormente y deriva del artículo 235 de la Constitución, en cuanto a individualizar al sujeto pasivo que en este caso sería el funcionario público, cabe mencionar que el daño al que se refiere esta disposición es en cuanto a los derechos que consagra la misma, pero es de entender que el patrimonio, es un derecho que afecta a la administración tributaria, en tanto que disminuye la eficacia de esta, cuando los actos administrativos no los dicta bajo el principio de legalidad y demás principios que consagra la Constitución y que se reflejan en las leyes secundarias aplicables al funcionamiento de la Administración tributaria.

4.7.2.- Sujeto pasivo de la relación obligacional de responsabilidad patrimonial.

Incurrirá en responsabilidad patrimonial el funcionario público al que pueda imputarse la acción u omisión determinante del acto administrativo, aunque no existe para nuestra jurisprudencia una responsabilidad objetiva, ya que subsidiariamente es el Estado quien responde, según el artículo 245 de la Constitución, pero para el caso que nos ocupa en cuanto a la responsabilidad directa, es decir que responda con sus bienes es poco

³²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Español del 8 de febrero de 1964 (Ar. 1652)
Es de importancia mencionar que el derecho a indemnización o la reclamación de este derecho puede ser solicitado por entes de derecho público y privado, en el caso del derecho público, las administraciones que consideren lesionados o perjudicados, por la actuación de otra administración pública.

probable en nuestro ordenamiento jurídico y realidad objetiva, puesto que en todo caso quien responde es el Estado.

En todo caso doctrinariamente existe una postura en cuanto a la responsabilidad del sujeto pasivo y es la siguiente: 1) Administración pública como persona jurídica responsable; 2) Persona física a la que es imputable la conducta causante del daño y 3) Órgano de la administración pública competentes para instruir y decidir el procedimiento³²¹.

Lógicamente lo que nos interesa es el segundo aspecto que determina el autor. Para determinar la imputación de la persona física que ejerce funciones en la Administración tributaria y es titular de una de sus dependencias, direcciones o una persona vinculada a ella por relación laboral es lo que nos permite delimitar si puede o no ser responsable patrimonialmente, pero el problema surge respecto de otras personas vinculada a la Administración tributaria por relación distinta a la de empleo, va referida no solo a los funcionarios en sentido estricto, sino también en un sentido más amplio, a cualquiera que ejercite funciones públicas integradas en dicha institución, por lo tanto, también a los interinos, personal laboral y contratados³²². En definitiva para que la conducta de la persona física de la Administración tributaria pueda ser imputada, en que esta integrada o de que depende, es necesario además que se lleve a cabo en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, por lo que es necesario determinar el momento, lugar y hechos.

³²¹ PÉREZ GONZÁLEZ, JESÚS: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 4ta Ed. España, Thomson Civitas, 2006, p. 245

³²² REBOLLO, MARTÍN: *Responsabilidad de la Administración*, CDJ, XX, 1993, p 411 y sig.

4.8.- Requisitos procesales referentes al titular del derecho a indemnización.

Para que sea procedente la pretensión de indemnización por los daños de que sea responsable el funcionario publico de la administración tributaria, es necesario respecto del que reclama que reúna los requisitos necesarios de capacidad, legitimación y representación, en ese sentido es común que se cumpla con dichos requisitos, en todo procedimiento ordinario, extraordinario y para el caso a nivel Constitucional y Administrativo, como se expondrá en los procedimientos que regulan nuestros ordenamientos jurídicos, para reclamar un derecho y hacer efectiva la indemnización.

4.8.1. Capacidad.

Esta se refiere a la titularidad del derecho a indemnización corresponde a personas naturales, se refiere a las personas con capacidad jurídica, quienes pueden contraer derechos y obligaciones, en el caso de las personas jurídicas estas textualmente son incapaces ya que no pueden contraer obligaciones por si mismas, sino que mediante su representante legal y este debe llenar los requisitos de capacidad.

También es preciso determinar que la capacidad que estipula nuestro Código Civil Salvadoreño, en el artículo 1316, es una capacidad de ejercicio y esta a su vez se vincula con la capacidad de contraer derechos y obligaciones se puede visualizar desde el sentido de la Administración como sujeto pasivo, en el sentido de, poder determinar si cumple con las condiciones que determina el derecho común, así como el sujeto activo de la responsabilidad. Estipula el artículo en mención que *para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° Que*

sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita.

En cuanto a la capacidad legal el mismo artículo en mención en el inciso final determina que esta se da a través de *poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.*

4.8.2.- Legitimación.

La legitimación está conferida al que tiene derecho a indemnización, aquel que hubiese sufrido el daño, y como tal estará legitimada como interesado para formular la correspondiente reclamación. De ahí que si ha existido o no el daño constituirá el problema de fondo, pero para estar legitimado bastará la alegación del agravio, no importando si es un representante de otra persona o la actividad comercial por ejemplo de un negocio se haga mediante persona distinta, exponemos entonces la jurisprudencia que tiene el Tribunal Supremo Español³²³.

En este punto, hemos de abordar lo siguiente: desde la posición del sujeto pasivo, siendo por ejemplo un funcionario público delegado en una determinada función y aparato estatal y que dictó el acto administrativo y causó la violación a sus derechos y por lo tanto ocasionó daño al administrado o contribuyente, y posteriormente se da inicio al procedimiento

³²³ Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 9 de febrero de 199. Ar. 1878. Ponente: Xiol. Para que en el ejercicio de la acción de responsabilidad pueda considerarse concurrente la condición de legitimado, no es menester acreditar la plena titularidad del bien o interés dañado, sino que basta, por lo general, con la afirmación o inicial justificación de la condición de perjudicado. Sin perjuicio de que la titularidad de los bienes respecto de los cuales se acreditan dichos daños o perjuicios puedan ser objeto de alegación y prueba plena en relación con el fondo del asunto.

respectivo de responsabilidad y reclamación de daños, este funcionario publico ya no está en el cargo que estaba nombrado por las razones que la misma ley estipula, sea por que puede incurrir en renuncia, muerte, traslado, entre otras, en consecuencia el funcionario que esta en funciones no es el mismo que dicto el acto administrativo que causo agravio, por lo que nos preguntamos a quien se le exigirá tal responsabilidad y que cumpla con la indemnización?; consideramos que el funcionario que esta nombrado en ese momento del procedimiento no es la persona que legítimamente deba responder, en este apartado también consideramos que este podría interponer una excepción ya que no fue el que dicto dicho acto, mencionamos lo anterior porque en la legislación salvadoreña y en los procedimientos respectivos como veremos más adelante, debe correrle traslado a la administración respectiva y lógicamente quien contesta es el funcionario nombrado en ese cargo.

4.8.3.- Representación.

La representación puede manifestarse de acuerdo a las reglas básicas del derecho común, y para esto deben acreditarse los anteriores requisitos, de capacidad y legitimación, la representación se puede ejercer a través de una persona natural que represente a otra natural, y también a una persona jurídica, de derecho publico o privado. En cuanto a esta figura también el Código Civil Salvadoreño en el articulo 1319, estipula la representación y dispone: *Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo.*

Los requisitos anteriores son de forma y que se discutirán en el inicio de los procedimientos y que a la vez pueden ocasionar una dilación o la

terminación del proceso, si estos no se subsanan, tomando en cuenta que se puede continuar con el proceso siempre y cuando sean subsanables.

4.9.- Modificación en la relación jurídica obligacional de la responsabilidad patrimonial.

Cuando nace la relación jurídica que obliga a la Administración tributaria a indemnizar al perjudicado, pueden acontecer hechos ulteriores que dan lugar a la modificación de alguno de sus elementos, ya sea en los sujetos, el objeto o el contenido. Estos hechos pueden tener lugar después de haberse dictado el acto administrativo reconociendo la indemnización, o con anterioridad, una vez incoado el procedimiento o incluso antes de haberse presentado la reclamación.

Puede existir modificación en los sujetos, tanto en el sujeto activo, como en el sujeto pasivo, cuando se da en el sujeto activo, que es el titular del derecho a indemnización, lo más común sucede con la muerte del perjudicado, pero le suceden los herederos, lógicamente cuando se ha violentado un derecho patrimonial.

En relación al sujeto pasivo, que es el deudor de la indemnización, vemos que existe un inconveniente, cuando es directamente el funcionario, porque si este muere, quien está obligado a responder?, también cuando se está cubriendo un interinato?, en definitiva quien termina respondiendo es el Estado (la administración tributaria), porque existen otros factores, que llevan a la extinción, por eso se sostiene que es el Estado el que termina respondiendo. Y es donde observamos una falla en nuestro ordenamiento jurídico primario, por que es el Estado quien elige al funcionario y actúa en representación de este.

La modificación en cuanto al objeto esta puede ser tanto económica como la reparación de un daño o restablecimiento de un derecho vulnerado o reparación en especie.

Una vez establecida la indemnización económica o lo demás, en el acto administrativo que puso fin al procedimiento, puede ocurrir que, por diversas razones, el perjudicado haya llegado a la convicción por iniciativa propia o a propuesta de la administración de que le resulta más conveniente la sustitución, pero en nuestro caso habría que determinar si esto es factible, aunque para una eficacia jurídica sería lo más conveniente³²⁴.

4.10.- Extinción de la responsabilidad patrimonial.

Para determinar la finalización de la responsabilidad patrimonial, es necesario mencionar que existen modos que se dan en el transcurso del proceso o concluido este, estos hechos pueden ser tanto acontecimientos concretos que se derivan de tal responsabilidad; o hechos ajenos a esta y que no se tienen previstos, pero que pueden suceder, para ello expondremos diferentes modos de extinguir, antes de haberse reconocido la responsabilidad patrimonial, esta puede extinguirse como ya se menciono anteriormente.

Una vez producidos los hechos determinantes de la responsabilidad patrimonial ésta puede extinguirse antes de que se haya reconocido por la Administración pública en acto administrativo definitivo o con posterioridad a este reconocimiento; de lo anterior, según la doctrina de Pérez González, e n

³²⁴ PÉREZ GONZÁLEZ, J, op. cit, p. 267.

el primer supuesto “*Si el perjudicado incoare el procedimiento dirigido a su reconocimiento, la sentencia sería desestimatoria de la reclamación, no por no darse los presupuestos exigidos por la ley determinantes de la responsabilidad, sino por haberse extinguido la responsabilidad*”³²⁵, pero si la extinción se produjera después, la Administración pública obligada opondría esta circunstancia a cualquier pretensión del perjudicado encaminada a hacerla efectiva, decidiéndolo así por acto administrativo, frente al que el perjudicado podría incoar , una vez agotada la vía administrativa, el correspondiente proceso de reclamación.

4.11.- Modos de extinción.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación específica, en cuanto a este punto, por lo que es necesario hacer notar que se aplican distintas leyes de la materia para cada caso, pero lo que pretendemos exponer en este apartado es lo que la doctrina española posee para darle cumplimiento a la figura de los modos de extinción de la responsabilidad.

Los distintos modos de extinguirse la responsabilidad pueden clasificarse en dos grupos: modo normal (cumplimiento de la obligación) y modos anormales, que pueden referirse a los sujetos, al objeto y al transcurso del tiempo, nos referimos entonces al primero de ellos.

Respecto al cumplimiento de la obligación, se considera que “*la obligación derivada de la responsabilidad patrimonial se cumple y quedara extinguida, cuando se hubiese realizado plenamente la prestación que se*

³²⁵ PÉREZ GONZÁLEZ, J, op. cit, p. 557.

*hubiese determinado*³²⁶, es decir que cuando se hubiese dado completamente la prestación en que la obligación consistía, de tal manera que puede ser una indemnización en pago o especie, esto conlleva a que debe ser integral la forma de pago, para asegurar el restablecimiento del daño.

En cuanto a los modos anormales de extinción de la responsabilidad patrimonial, puede extinguirse sin que el deudor llegue a cumplir la prestación. Sin que el particular lesionado haya recibido la indemnización en dinero o la compensación en especie, puede haberse extinguido la responsabilidad antes de que el sujeto pasivo hubiese dictado la resolución definitiva del procedimiento administrativo o después de haberse dictado resolución.

Estos modos de extinción de la responsabilidad pueden ser:

En relación con los sujetos, respecto al titular del derecho a indemnización en los siguientes supuestos: a) muerte, b) renuncia; y c) Por su actitud, en aplicación del principio de la buena fe.

En relación con el objeto: en el supuesto de compensación en especie: cambio de las circunstancias.

En relación con el tiempo: prescripción.

a) Por causa de muerte, del titular del derecho a indemnización no determina la extinción de la obligación de indemnizar. Al tratarse de un derecho de contenido patrimonial, es transmisible, ya que puede entregarse

³²⁶ Ibidem p 558.

a la herencia, a excepción de que no existan personas con derecho a heredar.

b) por renuncia, la doctrina española la expone como *la figura de la condonación de la deuda, que puede ser tácita o expresamente*³²⁷, se entiende que es con respecto al titular del derecho a indemnización, no parece tener sentido que el lesionado renuncie al derecho a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la acción u omisión de un acto administrativo imputable al funcionario publico; salvo que la renuncia constituya uno de los aspectos de un convenio de más amplio contenido, en virtud del cual aquel logre una contraprestación análoga, y para él más conveniente, a la de indemnización en dinero o a la compensación en especie que inicialmente se hubiese estipulado, en perjuicio de quien tuviera una relación contractual con el perjudicado, sin embargo si se trata de una obligación bilateral, no sería admisible la renuncia unilateral, sin el consentimiento de la otra parte.

c) por su actitud, en principio de buena fé, lo que estipula la jurisprudencia contencioso-administrativa de España, que estipula su fundamento se encuentra en la confianza en la Administración y su agente o funcionario, respecto a las relaciones humanas³²⁸.

En relación con el objeto, para este caso, se incluye la pérdida de la cosa debida, cuando la obligación consistía en entregar una cosa determinada cuando esta se perdiera o destruyere, sin culpa del deudor y

³²⁷ Ibidem p 561.

³²⁸ Sentencia del Tribunal Contencioso- administrativo S.s. de 1 de marzo de 1980 y Ss. de 24 de noviembre de 2004 Ar. 8108. La jurisprudencia que ha aplicado el principio se ha referido a la conducta d las Administraciones públicas, por la ejemplaridad que de ellas debe exigirse, pero es evidente que opera tanto respecto de las Administraciones públicas como respecto de las personas que con ellas se relacionan. En relación con la aplicación del principio en el nacimiento de la obligación de indemnizar.

antes de haberse constituido en mora, y cuando la obligación sea de hacer esta fuere legal o físicamente imposible.

En el transcurso del tiempo, la prescripción, hay tres supuestos que son la prescripción del derecho a indemnización, prescripción del derecho a reclamar y prescripción del derecho a hacer efectiva la indemnización³²⁹.

Cabe mencionar que nuestro Código Civil Salvadoreño expone modos de extinguir de las obligaciones, no obstante, según el Artículo 1308, del C.C. estas se derivan de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley, es preciso analizar que con respecto a la investigación estamos analizando la responsabilidad por actos administrativos y estos a su vez conlleva una declaración unilateral, dictado por la administración pública, establece el mencionado artículo que hay una obligación cuando hay una falta y de la ley, de la primera de ellas, consideramos que esa falta puede incurrir aún cuando el acto administrativo que se ha dictado conlleve un vicio y este genere una falta, en la segunda de estas, el cual se refiere a la ley, es preciso mencionar que puede incurrir en una ilegalidad o arbitrariedad por no cumplir lo que la ley establece, por lo tanto hay una obligación que esta expresa y no se ha cumplido según la ley.

Los modos de extinguir que regula el Código Civil, en cuanto a las obligaciones, tal como ya explicamos estas pueden aplicarse en el caso específico al de la responsabilidad patrimonial, ya que existe una obligación, de dar y hacer una cosa que se ha derivado de una declaración de voluntad, en la que se ha probado en los procedimientos e instancias correspondientes y que se ha probado la falta o la ilegalidad del acto administrativo en sede

³²⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, J, Op. cit, pp. 564-566.

administrativa, y que a la vez ha ocasionado un daño y que debe liquidarse esa cantidad a raíz de ese perjuicio económico, según el artículo 1438 del Código en mención “*Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, sendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por cumplida*”, además dispone las formas de extinguirlas y consideramos que para el caso concreto de extinguir las obligaciones para cuando el Estado o el funcionario han sido declarados responsables son las siguientes: 1° *Por la solución o pago efectivo*, esta se relaciona con la forma en que ya expusimos anteriormente y que es la forma idónea para finalizar la obligación, con las modalidades para su pago, que también regula nuestro Código Civil; 2° *Por la novación*³³⁰; 3° *Por la remisión*³³¹; 4° *Por la Compensación*³³²; 5° *Por la Confusión*³³³; 6° *De la pérdida de la cosa que se debe o por cualquier otro acontecimiento que haga imposible el cumplimiento de la obligación*³³⁴; 7°; *Por la declaratoria de la prescripción*³³⁵; y también el mismo Código establece que esta la transacción como un modo anormal de terminar una obligación o proceso, pero el Código Civil en el artículo 2192 y siguientes regulan lo relativo a esta figura y a la vez se estima dicha convención de un contrato, es decir que luego de haberse declarado el agravio o en el juicio ejecutivo de reparación de daños y perjuicios donde todavía no se ha determinado el valor líquido de la indemnización, los sujetos de la relación pueden ampararse de esta figura, observando los requisitos de la misma ley.

³³⁰ Artículo 1498 y siguientes del C.C.

³³¹ Artículo 1522 y siguientes del C.C.

³³² Artículo 1525 y siguientes del C.C.

³³³ Artículo 1535 y siguientes del C.C.

³³⁴ Artículo 1540 y siguientes del C.C.

³³⁵ Artículo 2253 y siguientes del C.C.

4.12.- Procedimientos Salvadoreños para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

4.12.1.- Procedimiento tributario en sede administrativa.

Nuestro ordenamiento jurídico tributario, regula en cuanto a los procedimientos a seguir, cuando en estos se dan a conocer tanto los hechos y pruebas del contribuyente, así como de la Administración; es el caso que nos interesa en relación a los recursos que regula el derecho tributario y su forma de aplicación. Para tal efecto en relación al objeto de investigación, concretamente la Dirección General de Impuestos Internos, nos remitiremos al procedimiento concreto que tiene la figura de liquidación de oficio, para tomarlo de ejemplo como una de las figuras más utilizadas entre otras y que a su vez, regula la Ley de Organización y funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas. El régimen jurídico de un procedimiento tributario en sede administrativa, es el inicio de las garantías constitucional y legal, en cuanto que de ahí nacen los recursos constitucionales y contenciosos administrativos, lógicamente, cuando estos logran reunir los requisitos necesarios, como el de agotar la vía administrativa.

En el Capítulo III del Código Tributario enuncia la liquidación de oficio del tributo, y en la sección primera del mismo estipula la liquidación de oficio del tributo, imposición de sanciones y procedimiento de audiencia y apertura a pruebas, en cuanto al artículo 183 del mismo cuerpo normativo regula la procedencia de la liquidación en los literales a, b y c; de esa misma forma el artículo 184 regula lo que concierne a las bases para la liquidación y las opciones con las que cuenta la Administración; el artículo 185 del C.T., regulo la corrección de error en la declaración y deberá sustituirla, esta

corrección puede traer sanciones en cuanto a que pueden haber números elevados o inferiores que pueden ser a favor del Fisco o a favor del contribuyente, el artículo 186, regula el procedimiento de audiencia y apertura a pruebas que la Administración Tributaria aplica en los casos de liquidación de oficio del impuesto, sea que se trate de cuotas originales o complementarias y a imponer las multas respectivas, el cual tiene su base en el artículo 11 de la Cn., de la Republica; para tales efectos se creó la Unidad de Audiencia y Aperturas a Pruebas, la que se encarga de abrir el proceso de audiencia y apertura a pruebas y valorar las pruebas y argumentos vertidos por los contribuyentes.

El procedimiento de Audiencia y Apertura a Pruebas está ligado básicamente al procedimiento administrativo de la Fiscalización, mediante el cual se determina incumplimientos a las obligaciones formales y sustantivas definidas en la Ley por parte del contribuyente sujeto a la investigación efectuada por la oficina fiscalizadora; el procedimiento de fiscalización inicia con el nombramiento de un Auditor, por parte de la Administración Tributaria, por medio de Auto de Designación, en el que se especifica el contribuyente a fiscalizar, el ejercicio o periodos a fiscalizar y las facultades del auditor. El mencionado Auto de Designación debe ser notificado en legal forma, conforme a las reglas establecidas en el artículo 165 del C.T. Una vez notificado el Auto de Designación al contribuyente, se le requiere la información necesaria para efectuar la investigación y posteriormente se realiza la fiscalización; la cual culmina con el informe de auditoria o de fiscalización.

Previo a la emisión del acto administrativo de liquidación de oficio del impuesto e imposición de multas, la Unidad de Audiencia y Apertura a Pruebas, emite el Auto de Audiencia y Apertura a Pruebas, el cual se notifica

al contribuyente conforme a lo dispuesto en los artículos 165 y 165 -A y 166 todos del C.T., mediante el cual se concede audiencia al contribuyente por el plazo de cinco días contados a partir de la notificación del mismo, y en el mismo acto se abre a pruebas por diez días, que se contarán desde el día siguiente al vencimiento del plazo concedido para la audiencia; juntamente con dicho Auto se entrega al contribuyente una copia del informe de auditoria, a efecto de hacerlo del conocimiento de este para que pueda ejercer su derecho de defensa.

Durante el plazo de audiencia y pruebas el contribuyente deberá señalar su conformidad o inconformidad con los resultados del informe de fiscalización y deberá aportar en ese lapso mediante escrito, todas aquellas pruebas que fueren idóneas y conducentes que amparen la razón de su inconformidad, señalando claramente los puntos que aceptare y que rechazare si es el caso.

La Unidad de Audiencia y Apertura a Pruebas someterá a estudio y valoración las valoraciones y pruebas aportadas por el contribuyente; posteriormente como resultado del análisis y valoración de los alegatos y pruebas presentadas, emitirá el informe correspondiente, en el cual se deberán tomar en cuenta cada una de las objeciones efectuadas por el contribuyente, no debiendo incorporar dentro de éste, hechos o situaciones que no hayan sido consideradas, en el informe de fiscalización que se le notificó al contribuyente.

El informe emitido por la Unidad de Audiencia y Apertura a Pruebas se remitirá al Departamento de Tasaciones, el cual lo someterá al respectivo análisis y dictará la resolución que conforme a derecho corresponda, con fundamento en las pruebas y disposiciones legales aplicables.

El informe emitido por la Unidad de Audiencia y Apertura a Prueba deberá ser entregado junto con la resolución de liquidación de oficio del impuesto, emitida por el Departamento de Tasaciones, al contribuyente, y servirá de base de la liquidación de oficio juntamente con el informe de auditoría pertinente.

La resolución en la que se ordena la liquidación de oficio del impuesto deberá notificarse al contribuyente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 165, 165-A, 166 y 167 del C.T.; dicha resolución deberá ser razonada y debidamente fundamentada, tomando en consideración los argumentos del contribuyente y los de la oficina fiscalizadora.

Los plazos establecidos en la Ley en el desarrollo del procedimiento de Audiencia y apertura a Pruebas son hábiles y perentorios. Es importante mencionar que estos actos son concretos y deben ser realizados conforme a la ley, sin ser arbitrario, ya que esta es una habilitación para interponer los recursos que la ley concede, como el de apelación, ya que de esta es donde se emiten resoluciones tal como lo estipula el artículo 188 del C.T., establece que las resoluciones de la Administración Tributaria que no sean recurridas en los términos señalados en la ley correspondiente, se tendrán por definitivas. Todo sin perjuicio de la caducidad.

En materia de recursos en lo pertinente se estará a lo dispuesto en la Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas. El fallo que resuelve el recurso de apelación se tendrá por definitivo en sede administrativa.

Para determinar si una resolución es firme según este artículo, aquel acto administrativo que contiene la actuación de liquidación oficiosa del

impuesto y la determinación e imposición de sanciones como manifestación concreta de la autoridad administrativa y que a la vez es producto de un procedimiento administrativo, este acto aún no adquiere firmeza mientras puedan ser recurridas o impugnadas; el procedimiento establece los recursos pertinentes como medios para poder controlar dichas resoluciones administrativas y que estos recursos están reglados por la ley, en la que se establece la forma y el tiempo dentro del cual se deben de recurrir dichas resoluciones.

El artículo 188 del C.T., no es muy explícito, este debe interpretarse auxiliándonos del Código de Procedimientos Civiles, el cual por ser de derecho común en lo que no se desnaturalice el procedimiento tributario, es aplicable a dicha materia, para el caso se puede mencionar el artículo 445 del referido cuerpo legal, el cual establece que reciben autoridad de cosa juzgada las sentencias que se encuentren en las situaciones siguientes: 1. Cuando las partes hacen un reconocimiento expreso de la pronunciada; y, 2. Cuando consiente tácitamente en ella, no alzándose o no continuando sus recursos en el término que señalan las leyes. Según dicho artículo, estamos ante dos supuestos, siendo el primero una aceptación expresa de la resolución emitida, mostrando su conformidad con la misma; por lo tanto, al estar dentro del término para recurrir se renunció expresamente a ese derecho y se convierte en un acto que ya no se puede impugnar por haberse renunciado a ese derecho, el acto administrativo adquiere la categoría de firmeza, por quedar agotada la vía recursiva, tanto en materia administrativa como jurisdiccional, esto se explica en el sentido que además del recurso de apelación en esta materia es procedente el recurso de lo contencioso

administrativo y según el caso el recurso de amparo.³³⁶ Para el caso concreto de la resolución de liquidación oficiosa del impuesto y de la imposición de multas, estas resoluciones son apelables, y el órgano competente para conocer de dicho recurso es el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas³³⁷, según el artículo 2 de la mencionada ley, dentro del término perentorio de quince días contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva; por lo tanto, dentro de este término de quince días después de la notificación, dicha resolución no ha alcanzado firmeza, porque todavía existe la posibilidad de ser impugnada mediante el recurso de apelación, de allí que si transcurridos esos quince si el contribuyente agraviado no interpone el recurso de apelación se entenderá como una aceptación tácita de dicha resolución y por lo tanto, dicha resolución quedará firme, agotándose así la vía recursiva que podía haber modificado, revocado o anulado la resolución dictada.

El artículo 3 de la misma ley, regula los requisitos de forma que deberá llevar el escrito de interposición del recurso, en cuanto al artículo 4 expone que recibido el escrito el tribunal solicitara a la Dirección General de Impuestos Internos o Dirección General de Aduanas en su caso que remita dentro del plazo de tres días hábiles, a fin de legitimar los hechos, persona, tiempo y forma y así estudiar la admisibilidad, posteriormente pedirá informe a la Dirección correspondiente sobre los incidentes y puntos reclamados dentro de quince días hábiles contados a partir del día siguiente de la

³³⁶ Para que proceda el juicio contencioso administrativo, se exige haber agotado los demás recursos administrativos que regula el procedimiento administrativo respectivo, por lo que si se renuncia expresamente al reconocer y aceptar la resolución ya no será posible invocar el juicio contencioso administrativo por no cumplir con dicha exigibilidad. En el segundo supuesto, simplemente se deja transcurrir el término que la ley establece para recurrir de la resolución administrativa y ante la pasividad de la persona agraviada al no interponer el recurso al transcurrir dicho plazo la resolución adquiere firmeza volviéndose líquida y exigible.

³³⁷ Artículo 1, LOFTAIA

notificación de la providencia respectiva, pasado el tiempo, mandara la apertura de pruebas por cinco días hábiles a partir de la notificación respectiva del apelante, para que produzca la prueba ofrecida, finalmente mandara a oír los alegatos finales dentro del término de ocho días contados a partir de la notificación respectiva.

La parte final del inciso segundo del artículo 188 del C.T., señala que el fallo que resuelve el recurso de apelación se tendrá por definitivo en sede administrativa. Se parte del supuesto que se ha interpuesto el recurso de apelación y que el Tribunal de Apelaciones emitió la sentencia respectiva, por lo que siendo este el único recurso administrativo para el caso de la liquidación oficiosa del impuesto y la imposición de multas, este se vuelve definitivo en sede administrativa sin perjuicio de que se pueda recurrir en el ámbito judicial a través del recurso contencioso administrativo o en su caso en el recurso de amparo.

Doctrinariamente se ha establecido una corriente de pensamiento de los administrativistas, según la cual los actos de la Administración Pública por su misma naturaleza no adquieren calidad de cosa juzgada, y que por lo tanto al no tener esa característica, esos actos son precarios y consecuentemente son eminentemente revocables; de allí entonces que la Administración Pública, en este caso la tributaria, no puede venir a justificar que en determinados momentos no pueda revisar sus propias actuaciones, aduciendo el principio de firmeza de sus actos; ya que al no ser emitidos por el Órgano Jurisdiccional, los hechos que puedan hacer variar la decisión administrativa y que no fueron considerados en su oportunidad, pueden hacer que se revierta la actuación cuestionada y si ello fuere rechazado, existe la posibilidad de enfiar la discordia hacia la vía jurisdiccional sea a

través de un juicio de amparo o de aquellos otros que la Constitución establece como garantías del debido proceso³³⁸.

4.13.- Procedimientos Jurisdiccionales de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de lo Constitucional.

4.13.1.- Procedimiento contencioso administrativo en El Salvador.

Para que proceda el juicio contencioso administrativo en El Salvador, se exige haber agotado los demás recursos administrativos que regula el procedimiento administrativo respectivo, por lo que si se renuncia expresamente al reconocer y aceptar la resolución ya no será posible invocar el juicio contencioso administrativo por no cumplir con dicha exigibilidad. En nuestra investigación se agotara el recurso precedente según el acto emitido, por ejemplo lo expuesto anteriormente³³⁹ y una vez satisfecho este requisito se sigue con el recurso en estudio.

La Corte Suprema de Justicia de El Salvador, por medio de una de La sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos administración Pública.³⁴⁰ Las actividades que pueden ser impugnadas, son actos administrativos que

³³⁸ CAÑENGUEZ Montano. Saúl. Ensayo Crítico sobre el Código Tributario de El Salvador, Primera Edición año 2002. Editorial e Imprenta de la Universidad de El Salvador. Pág. 85.

³³⁹ En base a la Ley de Organización y funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas, concretamente, nos remitiremos al procedimiento concreto que tiene la figura de liquidación de oficio, realizada por la Dirección General de Impuestos Internos.

³⁴⁰ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Decreto D.L. 81 del 14 de noviembre de 1978, publicado en el D.O. N° 236, Tomo 261, del 19 de Diciembre de 1978.

adolecen de ilegalidad, los cuales pueden ser de trámite o definitivos³⁴¹. Actos administrativos dictados en el ejercicio de facultades discrecionales³⁴²

En este proceso la legitimación activa la tienen “los titulares de un derecho que se considere infringido y quien tuviere un interés legítimo y directo en él”, Art. 9.LJCA y quienes podrán demandar la declaración de ilegalidad de los actos de la Administración Pública. Y la Administración pública cuando se trate de un proceso de lesividad o exista un conflicto inter-administrativo³⁴³. Y la legitimación pasiva la tiene la Administración Pública (art 2 LJCA) o cuando sea un tribunal administrativo.

En este proceso también interviene el Fiscal General de la República, con el fin de defender la legalidad³⁴⁴ y el tercero beneficiado o perjudicado del

³⁴¹ Art. 2. LJCA. Corresponderá a la jurisdicción Contenciosa Administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Para los efectos de esta ley se entiende por Administración Pública: a) el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; b) los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y, c) el Gobierno Local.

³⁴² Art. 3. LJCA. También procede la acción contencioso administrativa en los casos siguientes: a) contra actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales incurriendo en desviación de poder. Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico; 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; y, c) contra actos que se pronunciaran en aplicación de disposiciones de carácter general de la Administración Pública, fundada en que tales disposiciones adolecen de ilegalidad.

³⁴³ Art. 8 y 29 LJCA. La Administración Pública podrá demandar la ilegalidad del acto administrativo firme dictado por ella misma, generador de algún derecho, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo originó, haya declarado previamente mediante acuerdo, que es lesivo al interés público. Este acuerdo deberá ser emitido dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que se originó el acto impugnado. El acuerdo de lesividad será publicado en el Diario Oficial.

³⁴⁴ Art. 13.LJCA. El Fiscal General de la República intervendrá en el juicio, en defensa de los intereses del Estado y de la Sociedad y Art. 14.LJCA, Podrá mostrarse parte en el juicio el tercero a quien beneficie o perjudique la ejecución del acto impugnado, y tomará el proceso en el estado en que lo encuentre, sin poder hacerlo retroceder por ningún motivo.

acto administrativo. Los requisitos de la Admisibilidad, son agotar la vía administrativa (art 7 LJCA) e incoar la demanda³⁴⁵.

Para ello se sigue el procedimiento, antes de que transcurran sesenta días después de la fecha de publicación, se presenta una demanda a la Sala de lo Contencioso Administrativo, satisfaciendo los requisitos de art 10 de la LJCA., esta instancia tiene dos opciones, prevenir al peticionario en el plazo de tres días, si no lo subsana se declarara Inadmisible y de lo contrario lo admitirá. La sala se pronunciara sobre la suspensión del acto administrativo de forma provisional art, 16 LJCA. Y solicitara informe a en la Administración quien deberá rendirlo dentro de 48 horas, art. 20 LJCA.

Recibiendo el informe de la Administración, confirmara o revocará la suspensión del acto y notificará de ello al fiscal art. 22 LJCA., este pedirá nuevo informe a la administración quien deberá hacerlo dentro de 15 días , justificando la legalidad del acto administrativo, art. 24 LJCA. Para analizar se dará un termino de prueba con un plazo de veinte días si fuere necesario, sino queda listo el proceso para sentencia Arts., 25 y 26 LJCA., siguiendo con la fase d traslados para hacer alegaciones, al fiscal, al actor, a la Administración, al Tercero, con u termino de ocho días a para cada uno. Devueltos los traslados se pronunciara sentencia dentro del plazo de doce días, se pronuncia Sentencia, cuyos efectos son: Sentencia Desestimatoria (No hay ilegalidad del acto, Condenación en costas al demandante o tercero

³⁴⁵ Art. 11.LJCA, El plazo para interponer la demanda será de sesenta días, que se contarán: a) desde el día siguiente al de la notificación; y, b) desde el día siguiente al de la publicación del acto impugnado en el Diario Oficial, si no hubiese sido notificado y Art. 12. LJCA, 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. El plazo para que la administración inicie el proceso de lesividad será de sesenta días, contados a partir del siguiente al de la publicación del acuerdo de lesividad en el Diario Oficial.

que se encuentra en la pretensión art. 32 LJCA.) y Sentencia Estimatoria (ilegalidad del acto administrativo, restablecimiento del derecho vulnerado y condenación en costas a la administración, se deja expedita la acción civil por daños).

El actor, puede interponer recurso de Aclaración en base al art. 52 LJCA., a la que sigue, la ejecución de la sentencia, art. 36,37 y 41 LJCA.

4.13.2.- Tramites de ejecución de Sentencia para reclamar el pago efectivo declarado en proceso Contencioso administrativo.

Para dar a conocer como se procede a reclamar el pago de la indemnización es importante mencionar que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo establece la forma en que se debe realizar el pago posterior al pronunciamiento y notificación de la Sentencia respectiva, es así en el Capítulo V de la Sentencia y su Ejecución establece la forma de hacerlo, pero específicamente lo que nos interesa es lo que regula el Artículo 33, cuando dice *“Pronunciada la sentencia definitiva se notificará a las partes y además, se certificará a la autoridad o funcionario demandado”*, pues es en ese momento donde se inicia efectivamente la indemnización o el pago de los daños y perjuicios si es que en la sentencia se ha pronunciado sobre la misma y su efecto restitutorio; si embargo el Artículo 34 de la misma ley estipula lo consiguiente a dicho acto procesal y establece *“Recibida la certificación de la sentencia, la autoridad o funcionario demandado, practicará las diligencias para su cumplimiento dentro del plazo de treinta días, contados desde aquel en que sea recibida la certificación”*; de lo anterior es claro que esta obligado el funcionario o la autoridad demandado a cumplir lo que establece la sentencia, pero también expone el mismo artículo en el inciso segundo que *“ Si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse*

ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable y en forma subsidiaria contra la Administración”,³⁴⁶ vemos que es una figura semejante a la del juicio declarativo de daños y perjuicios y debe realizarse conforme a las reglas del Código Civil.

Ahora en el proceso Contencioso Administrativo, puede determinarse que la Administración fuere “condenada al pago, entrega o devolución de una cantidad líquida”, esta se realiza según lo dispone el Artículo 39 de la LJCA., podemos mencionar entonces que hay un procedimiento para ejecutar la sentencia, para el pago de una indemnización que se declara entonces ya como una obligación, para ello establece el artículo 39 de la misma Ley que la Sala de lo Contencioso administrativo “hará saber el contenido de ésta, en sus respectivos casos, al Ministro del Ramo correspondiente, al ministro de Hacienda, a la Corte de Cuentas de la República, a las instituciones y entidades que se manejen con presupuestos especiales, al funcionario que represente al municipio, así como a cualquier otro funcionario que determine la ley”, nos detenemos en este punto ya que debe individualizarse el funcionario o administración pública o local, para que se determine en el presupuesto público, mencionamos esto con la finalidad de establecer, que si es un gasto que debe hacer el Estado, constituye una disminución en el mismo y por lo tanto debe autorizarse, lo anterior en los Artículos 2, 16,20,21,23,39,41,46, 60 y 77 de la Ley del SAFI, y la ejecución de esta en el

³⁴⁶ Sentencia definitiva de la Sala de lo Contencioso administrativo Ref. 64-I-2001, del 29/6/2005. “La indemnización por daños y perjuicios se traduce así en una medida de reparación secundaria y supletoria, ante la imposibilidad jurídica o material de lograr la restauración normal de la situación vulnerada. El perjuicio engloba dos supuestos diferentes: el daño emergente, entendido como la disminución real o pérdida efectiva del patrimonio que experimenta el perdidoso, y el lucro cesante, que es la privación de una ganancia o utilidad que el perdidoso tenía el derecho de alcanzar, es decir la privación de una utilidad que se hubiese obtenido”

Reglamento; en cuanto a lo que estipula el Artículo 39 de la LJCA, continuando con lo referente a recibir el pago estipula que se notificara el contenido de la sentencia “a fin de que se libren y autoricen las ordenes de pago con cargo a las partidas de su presupuesto de gastos”., para ello el Reglamento de la Ley del SAFI, en los Artículos 2,10,31,35,36, 57 literal b), 72 , 75 y siguientes³⁴⁷; lo anterior se relaciona con las circunstancias financieras del Estado o administración, en el sentido que el Artículo 39, continua estableciendo que “ Si por razones de índole financiera no fuere posible cargar la orden de pago al Presupuesto vigente, el Ministro del Ramo o funcionario respectivo incluirá en el presupuesto de gastos del año siguientes, las asignaciones o partidas necesarias para el pago de lo ordenado en la sentencia”; de tal manera que cada institución debe tener destinado una partida para el pago de remuneraciones, así vemos que en el Artículo 116 del Reglamento de la Ley del SAFI, estipulo en el pago de las Obligaciones Institucionales que *“Cada entidad o institución del sector público que se financie con recursos del Tesoro Público, deberá abrir y mantener una cuenta corriente subsidiaria institucional en el Sistema Financiero a nombre de la institución, la cual será alimentada con los recursos provenientes de las transferencias de fondos que autorice la Dirección General de Tesorería. Asimismo, deberá manejarse una cuenta específica para el pago de las remuneraciones..., las cuales serán abonadas mediante transferencias de fondos provenientes de la cuenta corriente subsidiaria. El pago de las obligaciones institucionales podrá efectuarse mediante cheques, abonos a cuenta, transferencias electrónicas u otras formas de pago, de conformidad a la normativa emitida por el Ministerio de Hacienda”.*

³⁴⁷ Decreto legislativo N° 82, del 16 de agosto de 1996, publicado en el D.O. N° 161, Tomo 332, del 30 de agosto de 1996.

De lo anterior vemos que es así como se liquida el pago de la indemnización, por la restitución de un acto administrativo que causo y se determino en sentencia de la Sala de lo Contenciosos administrativo.

4.13.3.- Procedimiento constitucional de amparo para reclamar un derecho constitucional.

El proceso de amparo en El Salvador³⁴⁸, procede por acciones u omisiones del Estado o de un particular que vulnera derechos y garantías de las personas que establece la constitución, y es competente para conocer de ella, la Sala de lo Constitucional³⁴⁹ de la Corte Suprema de Justicia. En nuestra investigación se incluye en el caso que se violente un derecho constitucional por parte del funcionario que representa a la Administración Publica.

Este proceso constitucional, procede por actos que pueden ser impugnados y es contra resoluciones judiciales, contra actos administrativos, amparo contra leyes y otras disposiciones de carácter general, contra actos de particulares, y actuaciones del Tribunal Supremo Electoral. Cualquier persona (incluso un funcionario o una autoridad Administrativa) que estime un agravio por la vulneración de un derecho Constitucional, tiene la legitimación activa, frente a cualquier autoridad o funcionario estatal, o

³⁴⁸ D.L. N 2996, del 14 de enero de 1960, publicado en el D.O. N 15, Tomo 186, del 22 de enero de 1960.

³⁴⁹ Art. 12. L. Pr. Cn. Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución. La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo que violen aquellos derechos u obstaculicen su ejercicio. Cuando el agraviado fuere el Estado, la Sala de lo Constitucional tendrá obligación de mandar a suspender el acto reclamado. La acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos.

particulares que se encuentren en una relación de poder, estos tienen la legitimación pasiva y no existan mecanismos judiciales o administrativos de protección frente a esos actos de tal naturaleza o existiendo estos sean ineficientes.

Otros sujetos procesales intervinientes son el Fiscal General de la Republica, en papel de defensor de la constitucionalidad interviniendo como “amicus curiae” y el tercero beneficiado o perjudicado por el acto impugnado.

Este proceso tiene como parte fundamental el agravio, del que anteriormente se ha hablado, cuyas características son la personal, en la que se debe determinar concretamente a la persona quien lo sufre; directo en el que existe una afectación precisa del titular del derecho; y objetiva que consiste en una afectación real y determinada del derecho

En relación a nuestro objeto de investigación, cuando un contribuyente es afectado por un acto administrativo emitido por un funcionario de la dirección de Impuestos Internos en el cual se le vulnere un derecho Constitucional tiene la legitimación activa para iniciar este proceso constitucional, el cual se inicia con la presentación la demanda a la Secretaria de la Sala de lo Constitucional o en su caso en el Tribunal de Primera Instancia, siguiendo la normativa los cuales tienen los requisitos del articulo 14 L. Pr. Cn., luego de ser admitido, es decir haber satisfecho los requisitos para que no sea declarado improcedente, se hacen las prevenciones por falta de requisitos formales³⁵⁰. Una vez hecha las prevenciones se admite la demanda, en la cual se pronuncia sobre la suspensión del acto reclamado en forma provisional, y se solicita informe a la

³⁵⁰ Art. 18 20, 21 L. Pr. Cn.

autoridad demandada quien deberá rendirlo dentro de 24 horas, en nuestro caso seria al funcionario del Ministerio de Hacienda. Por consiguiente se recibe el informe de la entidad demandada y la opinión del fiscal de Corte, confirmación o revocación del acto reclamado. Y el informe de la entidad demandada sobre la realización del acto impugnado.³⁵¹

Inmediatamente se inicia la etapa de traslados, dirigida al fiscal de corte , al actor, al tercero si lo hubiere, a cada uno por el termino de tres días, y el termino de prueba en caso de ser necesario por el periodo de ocho días.

Alegatos de las partes intervinientes y una vez escuchados se emite y pronuncia sentencia, cuyos efectos son: Sentencia Desestimatoria (en el que se declara No hay lugar al amparo, condenación en costas al demandante y al tercero que sucumbiere a las pretensiones, art. 35 L. Pr. Cn.) y Sentencia Estimatoria (Orden de volver las cosas al estado en que se encontraba si el acto que se ejecuto, se condenara por daños y perjuicios al funcionario y subsidiariamente al estado y la condenación en costas a la entidad demandada art 35 L. Pr. Cn.).

Es de notar que esta sentencia de amparo, no admite recurso alguno. Y la suspensión de los efectos del acto no causa estado, esto se hará en la etapa de recibimiento de informe de la entidad demanda, y puede recibirse toda clase de pruebas salvo posiciones.³⁵² Para que no proceda el amparo, simplemente se deja transcurrir el término que la ley establece para recurrir de la resolución administrativa y ante la pasividad de la persona agraviada al no interponer el recurso al transcurrir dicho plazo la resolución adquiere firmeza volviéndose líquida y exigible.

³⁵¹ Art. 23 y 26 L. Pr. Cn.

³⁵² Art. 252 L. Pr. Cn. Y 29 mc. 2, L. Pr. Cn.

4.14.- Procedimientos para reclamar indemnización por daños y perjuicios en sede civil.

Para encaminarnos a la ejecución de la condena de daños y perjuicios, expresamente el Artículo 41 del C.Pr.C³⁵³, establece que “*Las demandas por costas, daños y perjuicios, serán llevadas al juzgado o tribunal donde se ejecute la sentencia condenatoria, cualquiera que sea la cantidad de que se trate*”; podemos decir entonces que lo que se realiza posterior a la finalización del recurso de amparo, en cuanto al pronunciamiento de los daños y perjuicios y donde manifiesta la obligación de pagar los mismos, se iniciara con una demanda según lo veremos más adelante en las formas que establece esta misma ley.

Luego de haberse incoado y finalizado el proceso de amparo y en dicha sentencia se haya pronunciado sobre el efecto normal y principal de la sentencia que concede el amparo³⁵⁴: que es el efecto restitutorio, el cual debe entenderse en forma amplia, es decir, atendiendo a la doble finalidad del amparo: en primer lugar, el restablecimiento del orden constitucional violado; y en segundo lugar, la reparación del daño causado. Así, la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación, no debe entenderse desde el punto de vista físico sino jurídico o patrimonial³⁵⁵. Lo anterior debe entenderse en el sentido que es una habilitación del artículo 245 de la Constitución y que surge a través de que una persona natural o jurídica que ha obtenido una sentencia estimatoria en cualquier proceso constitucional de amparo, pueda promover un proceso civil

³⁵³ Asamblea nacional Constituyente de 28 de febrero de 1881, Decreto Ejecutivo del 31 de Diciembre de 1881, Publicado en el Diario Oficial 1° de enero de 1882.

³⁵⁴ Artículo 35 L.Pr.Cn

³⁵⁵ Sentencia de la Sala de lo Constitucional, CSJ, Fallo 128-98, del 12/7/1999, publicado por Centro de Documentación Judicial, en Revista de Derecho Constitucional, número 32, tomo II.

declarativo, por daños y perjuicios, por regla general directamente contra la persona que cometió la violación y subsidiariamente contra el Estado³⁵⁶; resulta que la condena por daños y perjuicios que tiene lugar en virtud del Artículo 35 L.Pr.Cn., deberá ser ventilada en un proceso civil de liquidación conforme al Artículo 960 C.Pr.C., ; en cambio , si la demanda fuere interpuesta con fundamento en la condena genérica del Artículo 245, deberá promoverse un proceso declarativo de daños y perjuicios, según el Artículo 962 C.Pr.C., lo anterior en razón de que no se pueden mezclar dos tipos de procesos: uno declarativo en sede constitucional; y otro de liquidación de daños y perjuicios en sede ordinaria, mediante el cual, el Juez de primera instancia competente deberá declarar el valor liquido de los perjuicios y daños, intereses o frutos, según corresponda.

4.14.1.- Proceso civil de liquidación de daños y perjuicios en El Salvador.

Continuando con el procedimiento para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, el artículo 960 del C.Pr.C., en el inciso primero establece “*Cuando en la causa principal la sentencia no haya determinado la suma que deba pagarse por daños y perjuicios, intereses o frutos, la parte acreedora a la indemnización presentará su demanda ante el Juez de Primera Instancia competente, acompañando la ejecutoria en que conste la condenación, y una cuenta jurada que los especifique y estime*”; podemos manifestar entonces que la norma transcrita requiere para el proceso de liquidación, un procedimiento judicial previo que declare sobre la existencia de los daños y

³⁵⁶ Sentencia de la Sala de lo Constitucional, CSJ, Fallo 418-99, del 7/11/2000, 424-99, del 30/11/2000; 417-99, del 19/12/2000, publicado por Centro de Documentación Judicial, en Revista de Derecho Constitucional, número 37.

prejuicios, para lo cual es necesario presentar la ejecutoria en que conste dicha condenación.

Posteriormente a este requisito de fondo que es esencial, debe observarse que el *“Juez dará traslado por tres días a la parte contraria, y con lo que exponga o en su rebeldía recibirá la cusa a prueba si fuere necesario, por ocho días con todos cargos, y vencidos determinará dentro de los tres siguientes declarando el valor liquido de los perjuicios y daños, intereses o frutos, según corresponda en justicia sin otro procedimiento”*³⁵⁷. Consideramos preciso mencionar que este proceso también se pronuncia sobre el efecto del daño emergente y lucro cesante, lo traemos a cuenta a fin de exponer que es una figura que parte de una disminución y por lo tanto es acorde con la misma legislación Civil, ya que en el Artículo 1427 del C.C., establece *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptuándose los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”*

Consideramos oportuno mencionar que será un Juicio Sumario ejecutivo, según el Artículo 512 del C.Pr.C., cuando el valor de la cosa litigada exceda de diez mil colones y no pase de veinticinco mil, sin embargo cuando la cantidad sea menor conocerá el Juez de menor cuantía, pero se ampliara posteriormente.

³⁵⁷ Artículo 960 C.Pr.C.

4.14.2.- Proceso civil declarativo por daños y perjuicios en El Salvador.

Toda vez que la sentencia estimatoria del amparo, no determina la ocurrencia y extensión del daño ocasionado al sujeto activo, sino que bordea la cuestión mediante la obligación de reparar los daños causados por violación a los derechos consagrados en la Constitución debe determinar la obligación de pagar los daños y perjuicios, mediante la prueba de su existencia y magnitud, con fundamento en el Artículo 962 C.Pr.C.

En efecto el Artículo 962 del citado Código señala *“Cuando la demanda no verse sobre liquidación, sino sobre la obligación de pagar daños, perjuicios, intereses o frutos, se tramitará en la forma verbal o escrita, según la cuantía, debiendo liquidarse dentro del término probatorio. En este caso se declarará precisamente en la sentencia el valor liquidado de los daños o perjuicios intereses o frutos, según el mérito de las pruebas”*.

Cuando el Artículo 962 del citado Código menciona sobre la cuantía es necesario exponer que cuando manifiesta que se tramitará en la forma verbal se hará de acuerdo a las reglas de los Juicios verbales del Artículo 472 y siguientes del C.Pr.C., con la modalidad del decreto legislativo Número 705 en el Artículo 3 que dispone *“Los Juzgado creados por este Decreto conocerán en Juicio Verbal, cuando la suma que se litiga no exceda de diez mil colones ni sea de valor indeterminado superior a esa suma y pasando de dicha suma”*³⁵⁸.

Es de recordar que deben aplicarse los requisitos de la demanda, prueba y excepciones que regula el mismo Código.

³⁵⁸ Decreto Legislativo N° 705, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el D.O. N° 173, Tomo 344, del 20 de septiembre de 1999.

4.15.- Responsabilidad patrimonial derivada del cumplimiento o de la ejecución de un acto administrativo en España.

A continuación se expondrá en base a legislación y doctrina el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial en España, en el cual se notara que el Estado es responsable y subsidiariamente el funcionario, totalmente contrario a nuestro país según lo analizado anteriormente, con lo que pretendemos hacer una comparación objetiva en la cual el lector podrá analizar cuál es la forma más práctica y eficaz de resarcir el daño.

Una vez analizados los requisitos para que nazca la responsabilidad de una Administración pública³⁵⁹ y consecuentemente el derecho de indemnización, queda a cargo del titular del derecho surgido a fin de que en el ejercicio de la autotutela, decida acerca de la procedencia o improcedencia de la reclamación del perjudicado.³⁶⁰

Para poder materializar lo anterior, es necesario un procedimiento, la legislación española lo define como un procedimiento administrativo cuyo

³⁵⁹ Los principios básicos de responsabilidad administrativa se encuentran desarrollados en el artículo 139 de la LRJPAC que dispone, 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. 4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

³⁶⁰ GONZÁLES PÉREZ, J: op.cit., p. 569.

objeto específico es determinar la responsabilidad de las administraciones públicas.³⁶¹ Se seguirá este procedimiento en los siguientes supuestos:

- Si los daños se hubiesen ocasionado en ejecución o cumplimiento de un acto administrativo o por incumplimiento de una obligación³⁶² y el perjudicado no hubiese optado por acumular las pretensiones de anulación y de indemnización. Una vez dictada la sentencia de anulación del acto, hubiese o no reconocido el derecho a indemnización, podrá incoarse el proceso administrativo.
- Si el perjudicado opto por acumular ambas pretensiones pero se limito la sentencia a reconocer la existencia de los daños sin cuantificar la indemnización ni fijar las bases que permitan fijarla en el proceso de liquidación de la sentencia.³⁶³
- Siempre que el daño evaluable económicamente que motive la reclamación no derive de una actuación o inactividad contrarias al ordenamiento jurídico.

El artículo 139 de la LRJPAC reafirma definitivamente el carácter objetivo de la responsabilidad, puesto que únicamente se requiere la existencia de una relación de causalidad (causa-efecto); es decir, que el daño o la lesión

³⁶¹ Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Publicas en materia de la Responsabilidad Publicas en materia de la Responsabilidad Patrimonial, aprobado por decreto 429' 1993, de 26 de marzo.

³⁶² art. 29 LJ. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 13 de julio de 1998. “ Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, 2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78”.

³⁶³ *Ibidem* art. 71.1.d. LJ

se haya producido como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, excluyendo únicamente las causas de fuerza mayor, caracterizándose dicha objetividad como general o global, debido a que no queda restringida a determinados campos de actuación que por su peligrosidad o riesgo podrían exigir dicho tipo de responsabilidad sino que se extiende a cualquier situación en que el daño o lesión se produzca como consecuencia del funcionamiento de un servicio público³⁶⁴.

Se trata asimismo de una responsabilidad directa dado que el particular carece de acción directa contra el funcionario causante del daño, limitándose a dirigir su reclamación a la Administración Pública donde éste estuviera integrado, sin perjuicio del derecho de repetición de dicha Administración contra el funcionario causante del daño.

La naturaleza jurídica del procedimiento administrativo, es un presupuesto procesal en sentido técnico³⁶⁵. La cuestión se traduciría en el examen de si efectivamente la responsabilidad deriva de una actuación contraria al ordenamiento jurídico y si efectivamente se plantea en el proceso en relación con ella.

La regulación en España, sobre los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial las Administraciones públicas se regulan en el RPRP, que derogó el capítulo II del título IV de la Revista de Estudios Políticos. Entro en vigor el 5 de mayo de 1993, día siguiente al de su publicación en el BOE Boletín Oficial del Estado.

³⁶⁴ OBON DIAZ, ALBERTO: Comentarios al sistema español de responsabilidad patrimonial de la administración, septiembre 2003. <http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0212.htm> Consultada 12 de octubre 2008. Hora de consulta 21:00 horas, .

³⁶⁵ GONZALES PÉREZ, J. op cit. P 579

4.16.- Generalidades del Procedimiento administrativo respecto a la responsabilidad patrimonial en España.

4.16.1.- Requisitos del procedimiento.

Para que un órgano ante el que se plantea una reclamación de una indemnización por los daños derivados de la responsabilidad extracontractual de las administraciones pueda conocer de la misma, han de darse circunstancias³⁶⁶, que denominaremos requisitos del procedimiento.³⁶⁷ Si se incumpliera alguno de estos requisitos, el órgano ante el cual se tramite deberá dar oportunidad de subsanar el defecto³⁶⁸, estos requisitos son subjetivos y objetivos.

El incumplimiento de los requisitos procedimentales se dará, por lo general, en el acto de iniciación y la subsanación viene impuesta por el artículo 71.1, LRJP, pudiendo además el órgano ante el que se dirige la reclamación, en aplicación del número 3 de este artículo, “recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos”³⁶⁹ Si la Administración no pusiera en conocimiento del interesado el posible defecto dándole la oportunidad de subsanarlo, incurrirá en vicio de procedimiento determinante de la anulabilidad³⁷⁰

³⁶⁶ GONZALES PÉREZ, J. op cit 587.

³⁶⁷ PRESEDO REY: *El Procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración*, en *La responsabilidad patrimonial del estado*, 3ª Época, núm. 23 (nov. 2002), pp. 175 y ss.

³⁶⁸ En aplicación del artículo 76.2, LRJPA, Ley 30-1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento Administrativo Común.

³⁶⁹ GONZÁLEZ PÉREZ Y GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la LRJPA*, 3ª ED., Civitas, 2004, comentarios al artículo 71.

³⁷⁰ Tribunal Supremo Español, SS. De 30 de mayo de 1982 y 14 de noviembre de 1989 -Ar. 8108.

4.16.1.1.- Requisitos Subjetivos.

a) La competencia como requisito esencial

El procedimiento administrativo deberá instruirse y resolverse por el órgano al que corresponda la competencia. En otro caso, el acto que se dictare incurrirá en un vicio determinante de invalidez del acto, que podría determinar la nulidad de pleno derecho, si fuese manifiesta. En el caso de que el escrito se presentase ante órgano que se estime incompetente, se estará a la norma general del art. 20, LRJPA, es decir remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si este pertenece a la misma administración.

b) Administración Pública.

Será responsable la Administración Pública a que sea imputable la lesión patrimonial: Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local o entidad local o entidad de derecho público de las que enumera el artículo 2.2, LRJPA. En consecuencia deberá dirigirse la reclamación a la respectiva entidad. Si se presenta el escrito de reclamación ante una administración que no es la competente, en consecuencia, la resolución a adoptar será la improcedencia por incompetencia –aspecto formal- y por no dirigirse a la persona responsable –fondo-.

Evidentemente la acción de responsabilidad ha de ejercitarse frente a la Administración Pública causante del daño o lesión, englobando en el término Administración Pública tanto a la de naturaleza territorial como institucional, si bien ésta última solo será considerada como tal cuando ejerza potestades

administrativas sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación³⁷¹.

c) Interesados.

Regla General, La capacidad de obrar y la representación se regirán por las normas generales de la LRJP ART 30 Y 32., Según el artículo 32.3, para formular solicitudes, deberá acreditarse la representación por cualquier medio valido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. A su vez al momento de incoarse el procedimiento de oficio se exigirá también acreditar la representación³⁷².

Interesados Principales

1. El perjudicado. Es el interesado principal en el procedimiento sobre responsabilidad patrimonial de una Administración pública aquel que hubiese sufrido el daño (art. 139.1 LRJP). El Revista de Estudios políticos, en su artículo 1334.1, utiliza la expresión el lesionado, este tendrá la legitimación para incoar el procedimiento según el art 31.1 a, LRJPA, y en el supuesto de procedimiento incoado de oficio por la Administración Pública, tendrá así mismo la condición de interesado, desde el momento en que se incoado o al menos desde el procedimiento resultare identificado, ya que puede incoarse de oficio, a fin de verificar las consecuencias de un daño imputable a la Administración pública y determinar los posibles perjudicados, si no se hace así, el procedimiento administrativo incurrirá en vicio esencial de nulidad.

³⁷¹ OBON DIAZ, ALBERTO: Comentarios al sistema español de responsabilidad patrimonial delaadministración,septiembre2003.<http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0212.htm> 12 de octubre 2008 a las 22:00 horas.

³⁷² GONZALES PÉREZ, J., op cit, p 593.

En todo caso el que ha sufrido la lesión será, en todo caso, el interesado principal. Si ha existido o no la lesión constituirá el problema de fondo. Para estar legitimado bastara la alegación de la lesión. Podrá incoar el procedimiento y por consiguiente el órgano competente deberá pronunciarse sobre el fondo, el que haya sufrido la lesión alegada, por lo que declarara inadmisibile la reclamación, sin decidirse la cuestión de fondo, si el reclamante es persona distinta de la que sufra la supuesta lesión que constituye el fondo del procedimiento.

Los titulares subjetivos de la acción de responsabilidad son los particulares, si bien el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia y el propio Consejo de Estado han venido considerando que a pesar de lo dispuesto en el artículo 139.1 LRJPAC que textualmente hace uso de la palabra “particulares, no debe de excluirse la posibilidad de que una Administración Pública haga uso del procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a otra Administración Pública para resarcirse de la lesión que ésta última haya causado a los bienes o derechos de aquella³⁷³.

4.16.1.2.- Requisitos Objetivos.

- a) **El objeto del procedimiento.** Es importante la delimitación del objeto que de ello dependerá el procedimiento que ha de seguirse, pudiendo dar lugar a la nulidad de pleno derecho del acto que ponga fin al mismo cuando se ha seguido un procedimiento distinto al legalmente establecido, será el objeto del procedimiento el que determinara el ámbito de la instrucción, en cuanto de el

³⁷³ OBON DIAZ, ALBERTO: Comentarios al sistema español de responsabilidad patrimonial de la administración, septiembre 2003.
<http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0212.htm> 12 de octubre 2008, hora de consulta, 21:00 Horas.

dependerán los actos que el instructor deberá realizar para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.³⁷⁴

- b) **Delimitación de la responsabilidad Patrimonial.** El objeto de este procedimiento es determinar si una Administración pública ha incurrido en responsabilidad patrimonial para ello determinara y acreditara si se han producido aquellas circunstancias que dan lugar a la responsabilidad y fijar la retribución compensatoria, a fin de que la resolución que determine el procedimiento, decida todas las cuestiones planteadas y contenga los pronunciamientos que exige el art. 13.2, RPRP³⁷⁵.
- c) **Exclusión de otras cuestiones.** En el procedimiento deben examinarse los asuntos propios de la delimitación de la responsabilidad, pero no otros distintos. Es donde entra el principio de congruencia, ya que si las partes plantean alguna cuestión que exceda del objeto propio, el órgano administrativo deberá examinarlas, pero no para entrar en el fondo, sino para limitarse a decir que no son propias del procedimiento.³⁷⁶ Por lo que se debe de excluir por tanto la indemnización de daños potenciales, hipotéticos o posibles³⁷⁷.

³⁷⁴ Art. 62 .1 y 78.1. LRJPA.

³⁷⁵ La Ley exige que quede constatada la existencia de un daño, que éste sea evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (art. 139.2 LRJPAC) y además que sea antijurídico por no tener el particular la obligación de soportarlo (art. 141.1 LRJPAC).

³⁷⁶ Art. 89. LRJPA.

³⁷⁷ A tal efecto puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 12 de mayo de 1997 que refiriéndose a la efectividad del daño expone: la lesión para su exigibilidad exige que sea real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasional no existe lesión efectiva cuando se perjudican meras expectativas que no son derechos adquiridos, puesto que nuestro ordenamiento jurídico conforma la responsabilidad de la Administración con carácter objetivo y no puede predicarse el término de lesión cuando

4.16.1.3.- Requisitos de la actividad de plazo.

El plazo para ejercer la acción de resarcimiento.

- a) Plazo de un año. Siguiendo la regla general del derecho civil (Art. 1.968.2, Cc³⁷⁸), en el artículo 142.5, LRJPA, establece que el derecho a reclamar contra la Administración por daños debe formularse en el plazo de un año a partir del hecho dañoso;
- b) Posibilidad de interrumpir la prescripción. Se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello. El procedimiento se podrá iniciar de oficio mientras no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado. Si el perjudicado que hubiese formulado reclamación ante la administración diera lugar con su inactividad a que caducara el procedimiento, se estará a lo dispuesto al artículo 92.3 LRJPA, según el cual los procedimientos caducados no interrumpirá el plazo de prescripción.³⁷⁹

no se trata de una conducta antijurídica realizada por la Administración. Respecto al requisito de que el daño sea evaluable económicamente conviene matizar que serán daños indemnizables tanto los materiales como los físicos o morales de la persona siempre y cuando éstos puedan llegar a cuantificarse.

³⁷⁸ Art. 1.968.C.C Prescriben por el transcurso de un año: 1º La acción para recobrar o retener la posesión. 2º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.

³⁷⁹ GONZALES PÉREZ, J., op cit, p 600.

4.17.- Autoridades Españolas responsables.

La acción u omisión determinantes de los daños y perjuicios siempre son imputables a personas físicas, podrán responder directamente personas jurídicas, como son las administraciones públicas, si aquellas personas que se encuentren a su servicio, según la fórmula amplia del art. 144 LRJPA, aplicables en general cualquiera que fuere su naturaleza de la actividad o tipo de relación que se derive. Pero la acción u omisión serán de personas físicas perfectamente individualizadas.³⁸⁰

La acción u omisión puede dar lugar a daños y perjuicios a la propia entidad o a terceros, tanto en uno como en otro supuesto se plantea el problema, hasta qué grado son responsables los titulares de los órganos y el procedimiento para hacer efectiva, la responsabilidad en que hubiese incurrido. En El Salvador, se hace responsable al funcionario según el art 245 Cn., por el contrario en España se consagra la responsabilidad directa de las Administraciones públicas (ART. 145.1.LRJPA), una interpretación literal de este artículo parecía eliminar la posibilidad de que el particular exigiera la responsabilidad directamente del titular del órgano, sin embargo una interpretación sistemática de la Ley, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 146.1 de la misma, permitía mantener la posibilidad de exigencia directa de la responsabilidad a la autoridad o al funcionario.

Así lo entendió por buena parte la doctrina, la acción directa frente a la Administración Pública a la que pudiera imputarse la lesión no constituía obstáculo a que el perjudicado pudiera dirigir su acción frente al personal al servicio de aquella realmente responsable, al ser su acción u omisión la acusante del daño, para evitar esta interpretación, de que un ciudadano que

³⁸⁰ GONZALES PÉREZ, J., op cit, p 665.

hubiese sufrido un daño por la conducta de un político o de un funcionario pudiera demandar a estos la justa indemnización ante el orden jurisdiccional civil, la ley 4_1999,³⁸¹ modifico la redacción del artículo 145 de esta y derogo expresamente la ley de 5 de abril de 1904, a fin de que no fuera posible cualquier interpretación contraria. España no es que fuera muy frecuente los procesos civiles contra autoridades y funcionarios y mucho menos sentencias condenatorias, pero el simple temor de verse envueltos en un proceso civil con la posibilidad de una sentencia condenatoria, se reflejaba en la reacción inmediata ante la advertencia de la infracción legal que se estuviera cometiendo y consiguiente responsabilidad, lo que constituía un presupuesto procesal en la ley de 5 de abril de 1904 y que aunque suprimido por la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (art 43) se sigue utilizando como remedio eficaz. En España es claro que las autoridades, funcionarios y en general demás personal al servicio de las Administraciones públicas pueden incurrir en responsabilidad patrimonial³⁸².

4.18.- Clases de responsabilidad patrimonial de la administración pública en España.

- a) Responsabilidad por daños causados a la propia administración.

La responsabilidad patrimonial de los servidores de una administración pública puede dimanar de los daños ocasionados a la propia administración.

³⁸¹ Esta ley nació en el seno de un gobierno de significación política distinta al que elaboro el proyecto de LRJPA.

³⁸² Art. 145.2, LRJPA. El art. 81.2 de la ley articulada de los funcionarios civiles del Estado, (Aprobada por D. 315-1965, de 7 de febrero), Establece que la responsabilidad propia de los funcionarios no excluye la que puede corresponder a otros grados jerárquicos., además la rúbrica del capítulo segundo del título X de la LRJPA es "Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas".

El artículo 78.3, LBRL³⁸³, se refiere al supuesto de responsabilidad de los miembros de la misma corporación que hubiesen causados daños y perjuicios a la misma. Y el artículo 145.3, LRJPA y el art. 20, RPRP, a la responsabilidad de las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios en sus bienes o derechos.

b) Responsabilidad por daños a terceros.

La responsabilidad del personal al servicio de una administración pública puede derivar de los daños y perjuicios causados a terceros. No solo los daños y perjuicios causados a los particulares como dice el artículo 19 de la RPRP, sino a los lesionados en general como establece el artículo 145.2, LRJPA, en lo que puede incluirse otra administración pública³⁸⁴.

Por tradición en España, el perjudicado podría dirigirse directamente frente a la persona física cuya acción u omisión había producido daño art. 1.902 CC³⁸⁵, ante los trámites del proceso civil ordinario, sino del proceso civil especial regulado en la ley de 5 de abril de 1904. Una sentencia de 9 de diciembre de 1985 “el lesionado puede dirigir la acción de indemnización frente a la autoridad o funcionario que hubiese incurrido en culpa o negligencia ante el órgano competente del orden jurisdiccional civil. Hoy en día el perjudicado deberá dirigir su acción directamente a la administración Pública (art. 145.1 LRJPA). Si la Administración hubiese indemnizado directamente a los lesionados, podrá a su vez exigir de los titulares de los órganos la responsabilidad en que hubiese incurrido.

³⁸³ Ley 7-1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

³⁸⁴ GONZALES PÉREZ, J., op cit, p 669.

³⁸⁵ CAPITULO II, De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia. Art. 1.902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

La responsabilidad exigida por la propia Administración, se regula en los artículos 145.2 y 3 y los artículos 19 y 20 de la RPPR, distinguiendo dos supuestos, según los daños se hubiesen producido a terceros y la administración hubiese indemnizado o la propia Administración Pública. Para ello el régimen jurídico del procedimiento para exigir la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administraciones públicas mismo.

4.19.- Procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial en España.

El Preámbulo del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, señala, de forma sintética, las características esenciales del nuevo régimen de exigencia de responsabilidad a la Administración, que pueden resumirse en las siguientes³⁸⁶:

- 1) La posibilidad de iniciación de oficio de los procedimientos.
- 2) La sumisión al nuevo procedimiento de la responsabilidad derivada de la actividad de las Administraciones públicas tanto en relaciones de Derecho público como privado.
 - A) La declaración de que las resoluciones de los procedimientos ponen fin a la vía administrativa y, por tanto, la improcedencia del recurso administrativo ordinario, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa y

³⁸⁶ Una vez realizado el procedimiento anterior, el perjudicado sigue el trámite que inicia frente a quien ocasiono el perjuicio y que es el Estado, sus notas esenciales se encuentran establecidas en el artículo 142 LRJPAC, tal y como se dispone en el punto 3 de dicho artículo, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se encuentra desarrollado reglamentariamente por medio del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo.

4) El establecimiento de un procedimiento abreviado de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuando se den los supuestos de inequívoca relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, que la valoración del daño y cálculo de la cuantía de la indemnización sean, asimismo, inequívocos.

Como hemos señalado, el Reglamento regula dos tipos de procedimientos diferenciados, de un lado el procedimiento general y, de otro, el procedimiento abreviado³⁸⁷. Que conocerán de ellos, según el artículo LRJCAP, El orden jurisdiccional contencioso-administrativo se halla integrado por los siguientes órganos: Juzgados de lo Contencioso-administrativo, Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Resumiremos ahora su regulación, en base a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

³⁸⁷ La Ley determina únicamente el órgano competente para resolución del procedimiento, omitiendo qué órgano será competente para su iniciación, por lo que hay que entender que en cada Administración Pública serán órganos competentes para iniciar e instruir los procedimientos de responsabilidad los que resulten de las normas que sobre atribución y ejercicio de competencias están establecidas en el Capítulo I del Título II de la LRJPAC (artículos 12 y 13).

Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, conocerán, asimismo, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las comunidades autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto: Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros.

Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto: En primera o única instancia, de los recursos contra las resoluciones dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros.

4.19.1.- Procedimiento General.

El procedimiento general se puede iniciar de oficio o por reclamación de los interesados:

- a. **Iniciación de oficio.** Se produce cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial entiende que se ha producido una lesión en los bienes y derechos de los particulares. El Acuerdo de iniciación se notifica a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de 7 días para que formulen alegaciones y aporten documentos e información, al tiempo que podrán proponer cuantas pruebas consideren oportunas³⁸⁸. El procedimiento se instruirá, aún cuando los particulares no se personen en el plazo establecido.

³⁸⁸ En cuando a la iniciación, podrá ser de oficio o a instancia del interesado, considerándose la primera como una facultad discrecional de la Administración y la segunda como la forma habitual de iniciación dado que aunque fuese lo deseable, pocas veces nos encontraremos con una Administración dispuesta a indemnizar sin una reclamación previa.

- b. **Iniciación por reclamación del interesado.** Centrándonos en la iniciación a instancia del interesado la solicitud del interesado deberá contener las especificaciones del art. 70 de la LRJA-PAC, esto es, el nombre y apellidos o designación de representante, el medio o lugar a efectos de notificaciones, la fecha, la firma, el órgano ante el que se presenta, etc.. Igualmente y de forma concreta debe contener:
1. Lesiones producidas.
 2. Relación de causalidad entre éstos y el funcionamiento del servicio público.
 3. Evaluación o cuantificación económica de la lesión objeto de la responsabilidad y
 4. Momento en que se produjo la lesión y cuantos documentos, alegaciones y medios de prueba se estimen oportunos.
 5. Admitida la reclamación el procedimiento se impulsará de oficio.
- c. **Práctica de pruebas.** Se practicarán en el plazo de 30 días, sólo podrán rechazarse las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias mediante resolución motivada, existiendo la posibilidad excepcional de abrir un período extraordinario de prueba.
- d. **En el plazo de 10 días**, salvo que se acuerde por las circunstancias del caso un plazo mayor o menor que no podrá exceder de un mes, se solicitarán los que se convinieran necesarios y, en todo caso, al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.
- e. **Audiencia.** Tiene lugar después de la instrucción y antes de la propuesta de resolución, salvo en los supuestos del art. 37.5. LRJA-PAC.

El plazo para formular alegaciones es no inferior a 10 días ni superior a 15, pudiendo presentar los documentos que estime pertinentes e incluso proponer al órgano instructor la terminación convencional del procedimiento fijando los términos del acuerdo indemnizatorio.

En los procedimientos iniciados de oficio, cuando el interesado no se haya personado en ningún trámite y no lo hiciese en el de audiencia, el instructor propondrá que se dicte resolución declarando el archivo provisional, tal archivo se convierte en definitivo cuando transcurre el plazo de prescripción de la reclamación salvo que el interesado se persone en dicho plazo.

- f. **Dictamen.** En los supuestos en que resulte preceptivo, recabándose en el plazo de 10 días del Consejo de Estado o del órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, acompañando todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución o propuesta de acuerdo de terminación convencional³⁸⁹.

El dictamen que se emitirá en el plazo máximo de dos meses se pronunciará sobre:

³⁸⁹ Y la sentencia de 19 de enero de 1989 (ponente Burón Barba), lo considera un requisito esencial: "Planteado así, desde el principio uno de los aspectos jurídico -materiales que podían influir en la procedencia de la reclamación de daños y perjuicios formulada a la Administración del Estado, tanto esta cuestión como la de la insuficiencia de prueba de la certeza de los hechos y de la cuantía de los daños y perjuicios debieron inexcusablemente someterse al preceptivo informe del Consejo de Estado antes de declarar su inadmisibilidad a la vista de lo ordenado en el art. 22.13 LO de dicho cuerpo consultivo y 130 de su reglamento. Tercero.-- El principio de economía procesal que esgrime el letrado del Estado no autoriza, ni puede autorizar prescindir de la consulta obligada, en un caso en el que se ha pretendido resolver la reclamación con una aplicación mecánica de la teoría de la carga de la prueba que no se aviene con los principios del Procedimiento Administrativo -Arts. 81.1 y 88.2 LPA -, por todo lo cual procede anular el expediente desde el momento anterior al de dictar la resolución de 23.9.83, para que se cumpla lo previsto en el art. 22.13 LO del Consejo de Estado, sin perjuicio de que previamente pueda completarse la instrucción si así lo acuerda el Órgano Administrativo competente".

- 1) Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida.
- 2) Valoración del daño causado.
- 3) Cuantía y fórmula o modalidad de indemnización

4.19.2.- Terminación.

a) Convencional. En cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente a propuesta del instructor podrá acordar con el interesado un acuerdo indemnizatorio.

b) Normal. Mediante resolución expresa o por silencio con carácter desestimatorio si transcurre un plazo de 6 meses desde el inicio del procedimiento o el plazo que resulta de añadirle el plazo extraordinario de prueba.

La resolución se pronunciará, necesariamente, sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cálculo.

4.20.- Referencia al procedimiento abreviado en España.

En España se utiliza un procedimiento abreviado, regulado con el fin de agilizar y satisfacer un procedimiento general, el apartado primero del artículo 143 LRJPAC así como los artículos 14 a 17 del RPRP hacen referencia al procedimiento abreviado estableciendo el primero que “ Iniciado el procedimiento general, cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, (son inequívocos la concurrencia de los elementos de la responsabilidad.) el órgano competente

podrá acordar la sustanciación de un procedimiento abreviado, a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días”.

La existencia de dicho procedimiento abreviado tiene como única finalidad el permitir en determinados expedientes de responsabilidad patrimonial la obtención de una rápida y eficaz respuesta por parte de la Administración cuando quede reflejada de una manera clara e inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización.

En realidad no estamos hablando de un procedimiento autónomo, ya que no está permitida su incoación directa sino que su sustanciación se produce por reconversión una vez iniciado el procedimiento general u ordinario, en caso de darse los requisitos exigidos en el apartado primero del artículo 143 LRJPAC.

Está regulado en los artículos 15 y 16 del RPRP³⁹⁰ y como particularidades respecto al procedimiento general pueden destacarse las siguientes:

- La duración del procedimiento es de treinta días.
- Reducción de los plazos en la fase de instrucción y finalización.

³⁹⁰ Art.78 LRJC Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo de este Orden Jurisdiccional conocen, por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 13.000 euros.

- La pretensión indemnizatoria ha de entenderse desestimada si transcurridos treinta días desde la iniciación del procedimiento no ha recaído resolución expresa, no se ha formalizado el acuerdo o no se ha levantado la suspensión del procedimiento general.

4.20.1.- Etapas del procedimiento abreviado de España.

1) **Audiencia.-** Notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento abreviado y plazo de 5 días para formular alegaciones o acordar la terminación convencional del procedimiento.

2) **Dictamen.-** En los supuestos en que proceda que será emitido en el plazo de 10 días.

3) **Terminación.-** Recibido el dictamen o transcurrido el plazo para su emisión, el órgano competente resolverá el procedimiento o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo. Si el dictamen discrepa de la propuesta de resolución o de la propuesta de terminación convencional, el órgano competente para resolver acordará el levantamiento del procedimiento general y la remisión de lo actuado al instructor, notificándolo al interesado.

Transcurridos 30 días sin resolución expresa, se haya formalizado acuerdo o se haya levantado la suspensión del procedimiento general, podrá entender que la resolución es contraria a la indemnización del particular. Hasta este momento se han desarrollado los procedimientos administrativos salvadoreño y español, utilizados cuando el funcionario público o la administración emiten un acto administrativo que cause daño al administrado y

específicamente en nuestro país al contribuyente, para ello se ha analizado sus respectivas instituciones y ordenamiento jurídico con el fin de destacar las semejanzas y diferencias con el objeto de exponer la eficacia en cuanto a la reparación del daño ocasionado y la efectividad pecuniaria ante la responsabilidad patrimonial determinada.

CAPITULO 5

5.1.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.1.- CONCLUSIONES.

Como resultado de la investigación realizada se llegó a las siguientes conclusiones:

El origen de la responsabilidad patrimonial tanto de la Administración pública y de los funcionarios públicos ha evolucionado a través de cambios representativos que han ido evolucionando hasta nuestros días, siendo así para llegar hasta un Estado Constitucional, democrático de Derecho. La Administración pública es la institución jurídica creada para desarrollar los fines del Estado, y sus fines se materializan a través de las leyes establecidas y se cumplen por medio de sus delegados, y funcionarios públicos, con la finalidad de evolucionar para satisfacer las necesidades de la Sociedad.

La Administración tributaria es la encargada de llevar el control, fiscalización, registro, de los impuestos, transferencias, actividades entre otras que generan un ingreso al Ministerio de Hacienda, por lo que esta funciona a través de la emisión y cumplimiento de actos administrativos, para cumplir sus fines, estos actos administrativos son eminentemente tributarios, dentro del contexto del derecho tributario, porque son específicos para sus funciones.

Deben cumplirse los requisitos de la teoría del acto administrativo, para que este sea válido y eficaz, y a la vez que se cumplan todos los principios de los procedimientos que este lleva en sí. El acto administrativo

es determinante, para individualizar y para verificar si se ha cometido un error, si se ha dictado ilegalmente, o si este adolece de algún vicio, de tal manera que con esto se puede iniciar un procedimiento para restablecer la emisión del acto, y a la vez puede dar paso a la reparación de un daño, así como a determinar si existe o no responsabilidad patrimonial.

Nuestro ordenamiento jurídico, no regula de forma concreta, clara y sencilla, el procedimiento a seguir para reclamar directamente ante la Administración pública, de conformidad a los principios del Derecho Público, a fin de incoar el procedimiento de responsabilidad patrimonial e indemnizar el daño a través del pago efectivo y cumplir con la seguridad jurídica que debe tener un verdadero Estado de Derecho.

La responsabilidad patrimonial de los Funcionarios Públicos y de la Administración Pública, tiene que reunir los requisitos de acción u omisión, daño, nexo causal, para que pueda incurrir en una indemnización sobre el perjuicio causado; Asimismo el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, surge a través de la relación jurídica obligacional en este caso de la Administración tributaria ya que existen sujetos que la conforman teniendo ambos derechos y obligaciones que cumplir y hacer valer. Cuando se ha declarado la responsabilidad patrimonial, ya sea de la Administración Pública o el funcionario público consideramos que la forma idónea de extinguir la obligación de pagar la indemnización es el pago efectivo en cumplimiento de la responsabilidad; a la vez considerando que la prescripción como forma de extinguir la obligación, desde el punto de vista de que si el contribuyente no reclama el pago y transcurre el tiempo establecido para reclamar la misma, en este caso la Administración obtiene un beneficio de porque no se genera una disminución en el presupuesto del Estado.

El artículo 245 de la Constitución de la Republica de El Salvador, establece una responsabilidad directa del funcionario y una responsabilidad subsidiaria por parte de del Estado, siendo una responsabilidad objetiva y que surge ante la ausencia o insuficiencia de bienes del funcionario o cuando es imposible imputarle culpa alguna al mismo, por el contrario el ordenamiento jurídico de España le atribuye la responsabilidad patrimonial directa al Estado, haciendo eficaz el pago efectivo de la responsabilidad como ente encargado de satisfacer las demandas de los administrados.

Que los funcionarios públicos son elegidos por periodos breves para realizar funciones que han sido delegadas por el Estado o Administración en su caso lo que trae consigo una dificultad procesal de legitimación al momento de exigir responsabilidad y daños y perjuicios al funcionario que emitió un acto administrativo que en momento de llevarse el proceso respectivo ya no esta en funciones por diversas factores como terminación del periodo para el cual fue elegido, destitución, renuncia, traslado del cargo o muerte, en consecuencia al finalizar el procedimiento el funcionario demandado alegara excepción perentoria por no ser su persona quien emitió el acto sino el funcionario anteriormente elegido, de igual forma este ultimo argumentara que se ha violentado su derecho de defensa ya que no estuvo presente durante el procedimiento.

Consideramos que los Administrados tienen una deficiencia de poder acceder a la verdadera justicia del reclamo de un derecho ya que en nuestra sociedad no hay una educación o cultura de reclamo frente una violación porque persiste un conformismo y falta de capacidad económica para incoar un procedimiento administrativo pero a la vez el administrado puede quedarse hasta una sentencia estimatoria cuando en esta se le ha establecido un derecho vulnerado.

5.1.2.- RECOMENDACIONES.

Como producto de la investigación realizada se proponen las siguientes recomendaciones:

Con la finalidad de facilitar la aplicación de la figura de responsabilidad patrimonial a los funcionarios públicos, consideramos necesario que se diseñe una ley especial para que el Estado responda por los daños y perjuicios ocasionados, en la que se determine el procedimiento y autoridad concedora; para incoar la responsabilidad, y reclamar la indemnización por daños y perjuicios el que debe estar basado en los principios y requisitos del derecho público como la celeridad, lo que contribuirá a una pronta y justa reparación del daño.

Que se unifique la normativa por medio de una Ley General de Procedimientos Administrativos, en la que se recojan las disposiciones que se encuentran dispersas en la constitución y la legislación secundaria, que se refieren a los presupuestos legales que regulan la responsabilidad directa del funcionario publico y subsidiariamente la del Estado, a los presupuestos que se han hecho relación en esta investigación, con el objetivo de establecer de forma clara y precisa el procedimiento, reuniendo el mínimo de condiciones y entidades ante las cuales se conocerá la responsabilidad de los funcionarios y el Estado por los daños y perjuicios en virtud de los actos administrativos que emiten.

Nuestro ordenamiento jurídico se auxilia con la doctrina jurisprudencial para exponer la responsabilidad del funcionario y la del Estado, estableciendo los casos en los cuales el estado responde directamente lo

que en una realidad donde los periodos de los funcionarios son breves y los procedimientos para determinar si existe responsabilidad son largos, es recomendable que se reconozca constitucionalmente la responsabilidad del Estado, como ente constante en una sociedad formada por administrados que exigirá un restablecimiento de un derecho vulnerado en momento dado por un funcionario publico y el resarcimiento de un daño en caso de determinar la responsabilidad patrimonial a este, pero que quien responderá efectivamente es el Estado, por lo que no es practico el procedimiento actual y es necesario determinarlo desde el ordenamiento primario, por lo que debe reformarse el artículo 245 de la Constitución de la República de El Salvador en vista que nuestra actual legislación regula la responsabilidad subsidiaria del Estado y esta debe ser responsabilidad directa.

Crear mecanismos para una cultura de reclamos, de los administrados, hacia la Administración, para que no se conformen cuando haya un daño y puedan reclamar sobre sus derechos al momento de considerarse perjudicados, estos mecanismos deben facilitar los medios, legales, técnicos, para que puedan incoar el procedimiento de reclamación de daños y perjuicios e imputar la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que proponemos que el mismo Estado por medio de la Procuraduría General de la República, cree una sección especializada en atender los reclamos de los administrados que no posean recursos económicos.

Que el Estado al momento de nombrar a sus funcionarios públicos, los capacite de una forma eficaz, eficiente, y anticipadamente, para que aumente los conocimientos técnicos, jurídicos específicos, para el área al cual han sido delegados, a fin de disminuir negligencias, arbitrariedades o ilegalidades

que produzcan agravios a los administrados por los actos administrativos que emitan.

Que se considere la posibilidad de un trámite ante el Ministerio de Hacienda, en el ramo de presupuesto, para el otorgamiento de una partida o asignación estratégica dentro del Presupuesto General del Estado, en relación con el Artículo 227 de la Constitución, para que en el supuesto de una condena que no esta prevista para el ejercicio del año fiscal, se haga efectivo el pago al administrado, por lo que recomendamos una partida especial en el presupuesto y en caso de no cubrir el pago total de la indemnización quedando pendiente la otra parte, para el año siguiente, partiendo que nuestro país posee limitaciones económicas.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALTAMIRA GINEBRA, J: ***Responsabilidad del Estado***, Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos., 1973.

AYALA, J y Otros, ***Manual de Justicia Administrativa***, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de capacitación Judicial, 2003.

BOFFII BOGGERO, L., ***Enciclopedia Jurídica Omeba*** tomo XXIV. Ed. Driskill S.A. Buenos Aires 1979.

BLASCO ESTEVE, A: ***La responsabilidad de la Administración***, Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. (Ley 30/1992 de 26 de noviembre), Libros Jurídicos Harper., Madrid, España 1992.

CARRILLO FLORES, A: ***La Justicia Federal y la Administración Pública***, México, Editorial Porrúa, S.A., 1973.

CASTRO ESTRADA, Á: ***Responsabilidad Patrimonial del Estado***, Editorial Porrúa, México, 1997.

CASARIEGO, RAÚL ALBERTO, ***La responsabilidad Administrativa***, Primer Premio CIAT-IEF, 1998.

CAÑENGUEZ MONTANO SAÚL. **“Ensayo Crítico sobre el Código Tributario de El Salvador**, Primera Edición, Editorial e Imprenta de la Universidad de El Salvador, 2002.

COLAUTTI, CARLOS E: **“Responsabilidad del Estado”**, Revista Problemas Constitucionales, Buenos Aires, Editores Rubinzal-Culzoni, 1997.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, L: **“Elementos de Derecho Administrativo”**, editorial Limusa, México DF edición tercera 1991

DIEZ, MANUEL MARIA: **“Derecho Administrativo”**, tomo I Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1963,.

DIEZ, MANUEL M: **“Manual de Derecho Administrativo”**, tomo II, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1979.

DIEZ, MANUEL M: **“Derecho Administrativo”**, tomo III, Editorial Bibliografía Ameba, Buenos Aires, 1967.

DE AHUMADA RAMOS: **“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales. Lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos”**, 2ª ed., Pamplona, 2004.

DROMI, ROBERTO: **“Derecho Administrativo”**, tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo y Ricardo Depalma, 1992,

DROMI, ROBERTO. **“Manual de Derecho Administrativo”**. 11ª. Edic., Buenos Aires- Madrid-México, Argentina, Hispana libros, 2006.

ENTRENA CUESTAS, R, "**Curso de Derecho administrativo**", Vol 1, Tecnos, Madrid, 1999.

ESCOBAR, GIL: "**Responsabilidad contractual de la Administración pública**", Bogota, 1989.

FABREGAS DEL PILAR, J: **La Responsabilidad del estado y de sus autoridades y funcionarios**, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957.

FORSTHOFF, ERNEST: "**Tratado de Derecho Administrativo**", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

GARRIDO FALLA, F: "**Tratado de Derecho Administrativo**", 10ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1992, vol II.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E y Otro: "**Curso de Derecho Administrativo**" II. 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1991.

GARCÍA de ENTERRÍA, E: "**Curso de Derecho Administrativo**" I. Vol I, Madrid, Editorial Civitas, 1979.

GAMERO CASADO, E. "**Derecho Administrativo**". *La jurisdicción Contencioso Administrativo*. CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, 2001.

GARRIDO FALLA, F: "**Tratado de Derecho Administrativo**", Vol I, Parte General, 7ª ed, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976.

GORDILLO, AGUSTÍN: “**Tratado de Derecho Administrativo**”, Tomo I, Parte General, Octava Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, año 2003.

GONZÁLEZ PÉREZ Y GONZÁLEZ NAVARRO: “**Comentarios a la LRJPA**”, 3ª ED., Civitas, 2004.

Instituto Centroamericano de Gobernabilidad, “**Primer informe de gobernabilidad de gobernabilidad**”, 2007, Director del Proyecto Jaime Ordóñez, Primera Edición, El Salvador.

KURI DE MENDOZA, S y Otros: “**Manual de Derecho Financiero**”, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, 1º Edición, El Salvador, 1993.

LEGUINA VILLA, J: “**La responsabilidad civil de la Administración Pública**”, 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1983.

LOBO, JINESTA: *Tratado de Derecho Administrativo II, Responsabilidad Administrativa*, Biblioteca Jurídica Dike, San Juan Costa Rica, 2005.

LUCIANO PAREJO, A y Otros: “**Manual de derecho administrativo**”. Editorial Ariel, Barcelona, 1994

MAYER, OTTO: “**Derecho Administrativo Alemán**” 2ª Edición. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1982, t. IV.

MARIENHOFF, MIGUEL S: “**Tratado de Derecho Administrativo**”, 5ª ed. actualizado, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, t. IV.

MARIENHOFF, MIGUEL. S: “**Tratado de Derecho Administrativo**”, Tomo I, 3ª edic., Buenos Aires, Editorial Abelardo Perrot 1989.

MARTIN, MATEO: “**Manual de derecho administrativo**” 20ª edic, Madrid, Trivium, 1999.

MAGAÑA, ÁLVARO: “**Derecho constitucional tributario: principio de legalidad**”, tomo V primera edición, unidad técnica ejecutora, 1993.

NINO, CARLOS SANTIAGO La responsabilidad-homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg: “**el concepto de responsabilidad**”. Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, , 1995.

PARADA VÁZQUEZ, R.: “**Derecho administrativo**”, parte general, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PÉREZ ROYO, F: “**Derecho financiero y tributario parte general**”, novena edición, Madrid 1999.

PÉREZ DAYAN, A: “**Teoría General del Acto Administrativo**”, Edic 2ª, Editorial Porrúa, México. 2006.

PÉREZ GONZÁLEZ, JESÚS: “**Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas**”, 4ta Ed. España, Thomson Civitas, 2006.

PÉREZ CARRILLO, A. “**La Responsabilidad Jurídica, Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho**” UNAM. 1979.

PRESEDO REY: “**El Procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, en La responsabilidad patrimonial del estado**”, 3ª Época, núm. 23 (nov. 2002).

RESTREPO, JOSÉ A: **Historia de la Responsabilidad Estatal, Colectivo de Abogados**, Madrid España. 2005

REBOLLO, MARTÍN: “**Responsabilidad de la Administración**”, CDJ, XX, 1993.

ROJINA VILLEGAS, R. “**Compendio de Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones**”. México. Editorial Porrúa

SANTOS, BRIZ. “**Derecho de Daños**”. Ed. Revista de Derecho privado. Madrid. 1963.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL: “**Derecho Administrativo**”, parte general, Madrid, Tecnos, 2005.

VANOSI, JORGE: “**Teoría Constitucional**”, t. I, Buenos Aires, 1975

VEDEL, GEORGES: “**Derecho Administrativo**”, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, España, 1980.

VELASCO CABALLERO, F.: “**las cláusulas accesoria del acto administrativo**”, tecnos, Madrid. 1996.

VISINTINI, GIOVANNA: “**Tratado de la responsabilidad civil**”, parte 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

ZANOBINI, G: “**Corso di Diritto amministrativo**”, Giuffré, Milano, 1950.

TESIS

BERNABÉ ELÍAS, J: “**Responsabilidad de los funcionarios públicos**”, Universidad de El Salvador. Tesis. El Salvador, 1974.

CORTEZ SEGURA, R y Otros: “**El Procedimiento de Liquidación del impuesto sobre la renta en el Código Tributario y la falta de un instrumento adecuado que oriente sobre el mismo**”, Universidad de El Salvador. Tesis. El Salvador, 2003

LEGISLACION

Código Tributario. Decreto legislativo N 230, Diario Oficial, No, 241, Tomo No 349, del 22 de diciembre de 2000.

Código Civil de El Salvador. Declarado ley de la República del Poder Ejecutivo, 23 de agosto de de 1859.

Código Aduanero Uniforme Centroamericano, mecanismo utilizado para garantizar la integración comercial entre los países de Honduras, Nicaragua, Guatemala, Costa Rica y El Salvador. CAUCA. Convenio ratificado por El Salvador el 13 de diciembre de 1963.

Código de Procedimientos Civiles. Asamblea nacional Constituyente de 28 de febrero de 1881, Decreto Ejecutivo del 31 de Diciembre de 1881, Publicado en el Diario Oficial 1° de enero de 1882.

Constitución Federal de la República de Centroamérica, Propuesta por el Congreso Constituyente del Estado El 25 de octubre de 1823, Aprobada por Estado Federal de la República de Centroamérica, hasta el 12 de junio de 1824. Segunda Parte, Tomo III B, San Salvador, Diez años de la Constitución de El Salvador, 1993.

Constitución unitaria de El Salvador, Asamblea Constituyente 18 de febrero de 1841.

Constitución de la República de El Salvador. Emitida por el Congreso Nacional Constituyente del 09 de Marzo 1864. Sancionada el 20 de marzo de 1864.

Constitución de la República de El Salvador. Emitida por el Congreso Nacional Constituyente del 12 de noviembre de 1872.

Constitución de la República de El Salvador. Decreto Sin Número de la Asamblea Nacional Constituyente, del 19 febrero de 1880.

Constitución de la República de El Salvador. Decreto Sin Número de la Asamblea Constituyente del 04 de diciembre de 1883.

Constitución de la República de El Salvador. Emitida por el Congreso Constituyente, del 06 de julio de 1886.

Constitución de la República de El Salvador. Decreto Sin Número por la Asamblea Nacional Constituyente, publicada Diario Oficial el 20 de enero de 1939.

Constitución de la República de El Salvador. Decreto N° 14 de la Asamblea Nacional Constituyente, del 07 de septiembre de 1950.

Constitución de la República de El Salvador. Emitida por Decreto N° 6 de la Asamblea Constituyente, del 08 de enero de 1962.

Constitución de la República de El Salvador. Decreto N° 38, Asamblea Constituyente, 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O., N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

Decreto de Creación de los Juzgados de Menor Cuantía. Decreto Legislativo N° 705, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el Diario Oficial N° 173, Tomo 344, del 20 de septiembre de 1999.

Ley del Servicio Civil. Decreto N° 507, 24 de noviembre de 1961, publicado en el Diario Oficial, N° 239, Tomo 193 del 27 de diciembre de 1961.

Ley de Ética Gubernamental. Decreto No 1038, publicado DO. No. 90, Tomo No 371 del 18 de mayo de 2006.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Decreto Legislativo. N° 81, del 14 de noviembre de 1978, publicado en el Diario Oficial, N° 236, Tomo 231 del 19 de diciembre 1978.

Ley Orgánica Judicial. Decreto Legislativo N 123 del 6 de Junio de 1984, publicado Diario Oficial, N° 115, Tomo 283, del 20 de junio de 1984.

Ley de Creación de la Dirección General de Aduanas. Decreto Legislativo, N° 43 del 7 de mayo de 1936, publicado en el Diario Oficial, N° 104, T, 120 del 12 de mayo de 1936.

Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado. Decreto Legislativo número 516 del 23 de noviembre de 1995, publicado en el Diario Oficial N° 7, Tomo 330 de fecha 11 de enero de 1996.

Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos. Decreto Legislativo N° 451, del 22 de febrero de 1990, publicada en el Diario Oficial, N° 56, Tomo 306 del 07 de marzo de 1990.

Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de Los Impuestos Internos. Decreto Legislativo del 18 de diciembre de 1991, publicada en el Diario Oficial, N° 242, Tomo 313, del 21 de diciembre de 1991.

Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios o Ley del IVA. Decreto Legislativo N° 296, del 22 de septiembre de 1992, publicada en el Diario Oficial, N° 174, Tomo 316, del 22 de septiembre de 1992.

Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de Los Impuestos Internos y de Aduanas. Decreto Legislativo N° 904 del 14 de diciembre de 2005, publicado en el D.O., Número 26, Tomo N° 370 del 7 de febrero de 2006.

Ley Orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia. Decreto Legislativo N° 3129, del 12 de septiembre de 1960, publicada en el D.O. N° 226, Tomo 188, del 23 de septiembre de 1960.

Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos. Emitida por Decreto Legislativo N° 373, del 16 de octubre de 1975, publicada en el Diario Oficial. N° 198, Tomo 249, del 24 de octubre de 1975.

Ley Orgánica de Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión. Decreto Legislativo No. 532, con fecha 18 de mayo de 1978, publicada en el Diario Oficial No. 102 Tomo No. 259 del 2 de junio de 2008.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Decreto Legislativo, N° 81 del 14 de noviembre de 1978, publicado en el Diario Oficial. N° 236, Tomo 261, del 19 de Diciembre de 1978.

Ley de Procedimientos Constitucionales. Decreto Legislativo, N° 2996, del 14 de enero de 1960, publicado en el Diario Oficial, N° 15, Tomo 186, del 22 de enero de 1960.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España. 13 de julio de 1998.

Ley reguladora de las bases de régimen local. Emitida 7-1985, de 2 de abril 1985. (LBRL).

Ley Jurídica de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (LRJPAC). Emitida 30 1992, 26 de noviembre 1992.

Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo. Decreto Ejecutivo N° 24, del 18 de abril de 1989, publicado en el Diario Oficial, número 70, Tomo No 303, de la misma fecha.

Reglamento de la Ley Orgánica de la administración financieras del Estado. Decreto Legislativo número 516 del 23 de Noviembre 1995. Publicado en el Diario Oficial N° 7, Tomo 330 de fecha 11 de enero de 1996.

Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Publicas en materia de la Responsabilidad Publicas en materia de la Responsabilidad Patrimonial. Aprobado por decreto Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

ANEXOS

ANEXO 1

ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL MINISTERIO DE HACIENDA DE EL SALVADOR



RD/2008-VI-50
Unidad de Gestión de la Calidad
JUNIO 2008

AUTORIZADO

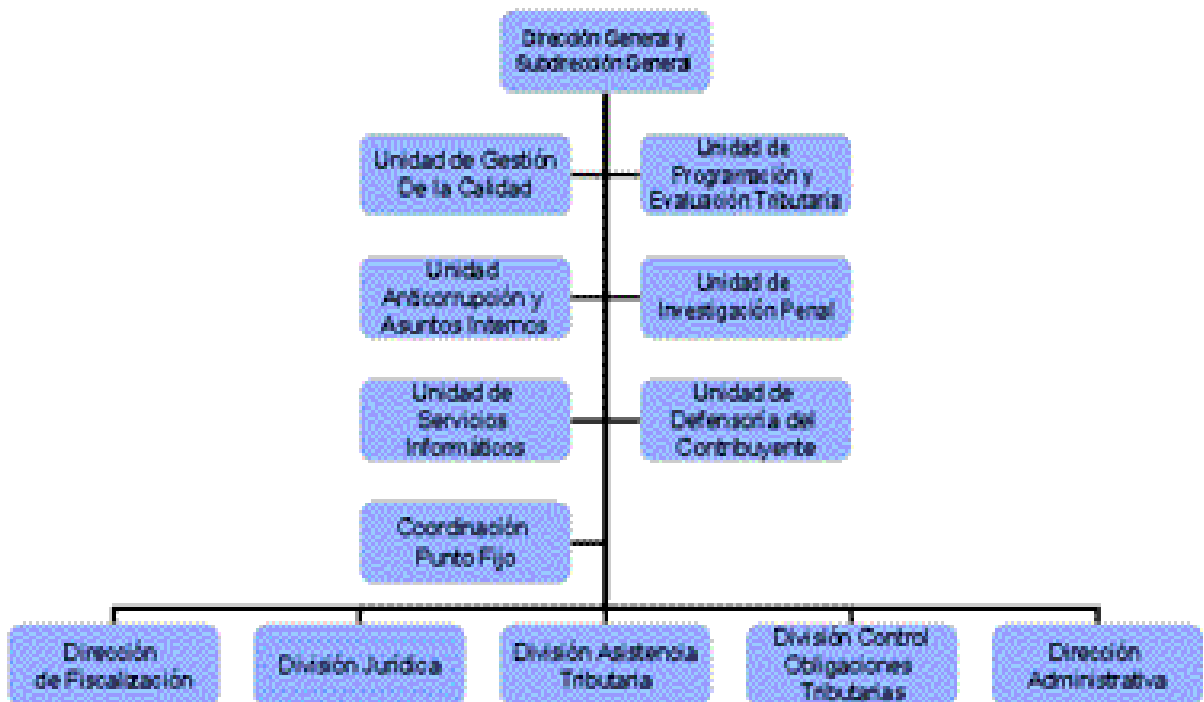


Carmen Regina de Arévalo
Carmen Regina de Arévalo
VICEMINISTRA DE HACIENDA

ANEXO 2

ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS INTERNOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA

ORGANIGRAMA DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS INTERNOS



ANEXO 3

**CUADRO COMPARATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE EL SALVADOR Y
ESPAÑA**

Procedimiento Salvadoreño	Procedimiento Español
<p>Contribuyente debe agotar la vía administrativa, interponiendo los recursos en la instancia administrativa de revisión y apelación en su caso, ante el Tribunal de Apelaciones.</p>	<p>El perjudicado puede optar por acumular las pretensiones de anulación y de indemnización por el daño que se le ha ocasionado. Una vez dictada la sentencia de anulación del acto, hubiese o no reconocido el derecho a indemnización, podrá incoarse el proceso administrativo en sede administrativa.</p>
<p>Una vez el tribunal emita una resolución finaliza la vía administrativa, y habilita a una instancia superior, en nuestro país, ante la Corte Suprema de Justicia, específicamente ante la sala de lo Contencioso administrativo para declara un acto ilegal o un amparo en la sala de lo Constitucional para la suspensión de un acto jurídico que viole un derecho constitucional.</p>	<p>Pero si el perjudicado opto por acumular ambas pretensiones pero se limito la sentencia a reconocer la existencia de los daños sin cuantificar la indemnización ni fijar las bases que permitan fijarla en el proceso de liquidación de la sentencia se iniciara el procedimiento administrativo, frente al Estado.</p>
<p>La Sentencia Estimatoria del contencioso administrativo declara la ilegalidad del acto administrativo, el</p>	<p>La declaración de que las resoluciones de los procedimientos ponen fin a la vía administrativa y, por</p>

<p>restablecimiento del derecho vulnerado y condenación en costas a la administración, se deja expedita la acción civil por daños.</p> <p>Sentencia Estimatoria en el amparo se vuelven las cosas al estado en que se encontraba si el acto que se ejecuto, se condenara por daños y perjuicios al funcionario y subsidiariamente al estado y la condenación en costas a la entidad demandada.</p>	<p>tanto, la improcedencia del recurso administrativo ordinario, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa</p>
<p>Para hacer efectiva la condena de daños y perjuicios al funcionario, que en nuestra realidad recae en el Estado, se sigue un juicio ejecutivo de daños y perjuicios ante un Juez de lo Civil, para determinar el monto económico del daño.</p>	<p>El perjudicado puede acudir con un recurso contencioso-administrativo, el que se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y solicitar que se tenga por interpuesto el recurso.</p>
<p>Una vez determinada la cantidad el contribuyente debe seguir un procedimiento ante la Dirección General de Presupuesto, a fin de que se incluya en una partida del siguiente año fiscal</p>	<p>La sentencia pronunciará alguno de los fallos siguientes: Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. Estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo.</p>