

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
José Raúl Torres Kirmser
Ministro

Año 2015 – Número 4



Asunción, Paraguay

- © Corte Suprema de Justicia – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
Gaceta Judicial
Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay
Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

GACETA JUDICIAL N° 4
Corte Suprema de Justicia; Instituto de Investigaciones Jurídicas.
GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.
Primera edición 2015: 700 ejemplares

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IJJ)**

DR. JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSEER, MINISTRO ENCARGADO.
ABG. CARMEN MONTAÑA CIBILS, DIRECTORA DILP.
ABG. PABLO COSTANTINI. COORDINADOR GACETA JUDICIAL

EQUIPO DE ELABORACIÓN-(IJJ)

ABOG. NATALIA MUÑOZ CARMAN, INVESTIGADORA.
ABOG. NORA MURDOCH GUIRLAND, INVESTIGADORA
ABOG. FANNY LÓPEZ RIVAROLA, INVESTIGADORA
PAULA MÉNDEZ F., ASISTENTE.

Contactos: revistagacetajudicial@gmail.com . Tel.: (021) 420570, interno 2790

- © **INTERCONTINENTAL EDITORA S. A.**
Caballero 270; *teléfs.*: 496 991 - 449 738
Fax: (595-21) 448 721
Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py
E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Diagramación: Gilberto Riveros Arce

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1.328/98.

ISBN: 978-99967-48-03-5

CONTENIDO

1. ÍNDICES	
– Índice Temático	13
– Índice por Tribunales	19
2. DOCTRINA	
Disregard of Legal Entity, por <i>Abog. Pablo Costantini</i>	25
3. JURISPRUDENCIA	
TRIBUTOS. Contribuyente. PERSONAS. Personas físicas. JUICIO EJECUTIVO. Factura compra. Trabajos temporales. IMPUESTOS. Gastos deducibles. SOCIEDAD ANÓNIMA. Remuneración de los Directores. 29007/2014 /2014 (Ac. y Sent. N° 206)	53
IMPUESTO A LA RENTA. Anticipos. Impuestos gravados. Recuperación de pagos indebidos. INTERESES. Interés moratorio. 16/09/2011 (Ac. y Sent. N° 231)	81
PENSIÓN. Beneficiario de pensión. Beneméritos de la Patria. Imprescriptibilidad. Prescripción de la acción de los herederos. 28/09/11 (Ac. y Sent. N° 250)	128
TRIBUTOS. Defraudación. IMPUESTO. Infracción fiscal. Evasión impositiva. PRUEBA. Carga de la Prueba. 04/07/12 (Ac. y Sent. N° 224)	139
FUNCIONARIO PÚBLICO. Renuncia. Derechos del funcionario público. 09/07/12. (Ac. y Sent. N° 378)	155

CONTENIDO

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. COSTAS. Costas al vencido. 1/08/12 (Ac. y Sent. N° 711)	163
MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. CONVENIO DE PARÍS. MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. Oposición al registro de una marca. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. MARCA DE FÁBRICA. Principios generales. 01/08/12. (Ac. y Sent. N° 712)	170
MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. 24/08/12. (Ac. y Sent. N° 884).....	185
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Agotamiento de vías administrativas. 19/09/12. (Ac. y Sent. N° 960)	197
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Confirmación Tácita de Actuaciones viciadas de Nulidad. Incidente de Nulidad. PROCESO. Debido proceso. 26/02/13. (Ac. y Sent. N° 20)	208
MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. COSTAS. Costas al vencido. Marca extranjera. 13/06/13. (Ac. y Sent. N° 76).	224
POLICÍA NACIONAL. Baja. Deberes del Policía. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. POLICÍA NACIONAL. Baja. Deberes del Policía. PROCESO CONTENCIOSO -ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. POLICÍA NACIONAL. Baja. Deberes del Policía. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Fuerza de verdad legal. POLICÍA NACIONAL. Baja. Deberes del Policía. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Fuerza de verdad legal. T. de Ctas. Primera Sala. 16/09/13. “Eduardo Ignacio Arza Aquino, contra Decreto N° 8474, de fecha 27 de febrero de 2012, dictado por el Poder Ejecutivo”. 16/09/13. (Ac. y Sent. N° 141).	237
MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. 24/04/14. (Ac. y Sent. N° 100).....	252
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De los Beneméritos de la Patria. PENSIÓN. Beneficiario de pensión. Imprescriptibilidad. Hijos discapacitados. Ley N°4317/11. 27/05/14 (Ac. y Sent. N° 124)	264
CÓDIGO ADUANERO. Valor en Aduanas. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRIBUTO. Principio de Igualdad	

CONTENIDO

en materia Tributaria. Garantías Aduaneras. GATT. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY . Garantías Procesales. Garantías Constitucionales. 12/02/2015 (Ac. y Sent. N° 32)	291
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad del Funcionario Público. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 18/02/2015 (Ac y Sent. N° 36)	321
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Imprescriptibilidad del derecho a la devolución de los haberes Jubilatorios. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la propiedad Privada. Protección Constitucional. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 19/02/2015 (Ac. y Sent. N° 42)	344
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. Derechos adquiridos. Estabilidad del funcionario público. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 05/03/2015 (Ac. y Sent. N° 64)	354
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. ESTADO. Deberes. LESIÓN DE CONFIANZA. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. ABUSO DE PODER. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 06/03/2015 (Ac. y Sent. N° 67)	385
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad del funcionario público. Destitución del funcionario público. Sumario administrativo. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad. FUNCIÓN PÚBLICA. Ley aplicable a la función pública. 06/03/2015 (Ac. y Sent. N° 68)	406
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad. Sumario administrativo. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Igualdad. CÓDIGO PROCESAL CIVIL. PLAZOS PROCESALES . Cómputo de los plazos. 20/04/2015 (Ac. y Sent. N° 177).....	426

CONTENIDO

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUNTA MÉDICA. JUBILACIÓN. Invalidez por enfermedad. JUNTA MÉDICA. PRINCIPIO “INDUBIO PRO OPERARIO”. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. JUBILACIÓN. 21/04/2015 (Ac. y Sent. N° 181)	451
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Resolución Administrativa. NOTIFICACIÓN. Notificación electrónica. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Fuerza de verdad legal. SENTENCIA. Vicios de Nulidad. 28/05/2015 (Ac. y Sent. N° 266)	475
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CÓDIGO ADUANERO. Falta aduanera por diferencia. Valor en Aduanas. PRUEBA. Apreciación de la prueba. PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. 17/06/2015 (Ac. y Sent. N° 294)	517
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. LEY . Irretroactividad de la Ley. SEGURIDAD SOCIAL. PRINCIPIO DE EQUIDAD. PRINCIPIO DE JUSTICIA. PENSIÓN. Cónyuge Superate. Hijos menores. COSTAS. Teoría del riesgo asumido. 22/06/2015 (Ac y Sent. N° 299)	552
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUMARIO ADMINISTRATIVO. Conclusión del juez instructor. PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN. CONSTITUCIÓN NACIONAL. Derecho a la Defensa. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 08/07/2015 (Ac. y Sent. N° 330)	473
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUMARIO ADMINISTRATIVO. PRUEBA DE PERITOS. Dictamen Pericial. PROCESO PENAL. Absolución en el Proceso Penal. SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. 15/07/2015 (Ac. y Sent. N° 341)	586
DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS. Importación. INTN. Instituto Nacional de Tecnología y Normalización . 22/07/15. (Ac. y Sent. N° 349)	600
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CADUCIDAD. COSA JUZGADA. JUBILACIÓN. Aportes jubilatorios. Devolución de aportes jubilatorios. CONSTITUCIÓN NACIONAL	

CONTENIDO

DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a petición. Derecho a la propiedad privada. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 27/072015 (Ac y Sent. N° 359)	642
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. NOTIFICACIÓN. Notificación por Cédula. Efectos de la notificación. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. MUNICIPALIDAD. Policía Municipal. 07/10/2014. (Ac. y Sent. N° 1018).....	663
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. LEY DE MARCAS N° 1294/98. LEY 300/94 07/10/2014 (Ac. y Sent. N° 1023)	669
FUNCION PÚBLICA. Ley aplicable. Ley N° 1626/00. FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de Confianza. COSTAS. A la perdidosa. 14/10/14. (Ac. y Sent. N° 1053)	676
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Costas en el Proceso Contencioso-Administrativo. JUBILACION. Derechos Adquiridos. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principios de Irretroactividad. 16/10/2014. (Ac. y Sent. N° 1072)	688
FUNCIONARIO PÚBLICO. Sumario administrativo. Ley N° 1626/00. POLICÍA NACIONAL. HECHO PUNIBLE. Investigación del hecho punible. 05/11/14 (Ac. y Sent. N° 1120)	695
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. TRIBUTOS. INTERESES. IMPUESTO A LA RENTA. 24/11/2014 (Ac. y Sent. N° 1166)	705
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LEY DE MARCAS. Signos genéricos. Elementos de distintividad. Marcas con designación evocativos. Signos registrales. Marca con designaciones descriptivas. 02/12/2014. (Ac. y Sent. N° 1202)	714
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LOCACIÓN. Locación. Interpretación. PRINCIPIOS DE LA AUTONOMÍA. Competencia en lo Contencioso-Administrativo. 02/12/2014. (Ac. y Sent. N° 1204)	724

CONTENIDO

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PLAZOS PROCESALES. Plazos para recurrir ante Instancia Administrativa. COSTAS. Costas en el orden causado. (Ac. y Sent. N° 1209) ...	729
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE TRABAJO. Principio “In dubio pro operario”. MUNICIPALIDAD. Personal Municipal. Contrato de Trabajo Estabilidad. 17/12/2014 (Ac. y Sent. N° 1242)	734
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Legislación Aplicable. LEY N° 1626. JUBILACIÓN. Devolución de Aportes Jubilatorios. Legislación aplicable a la jubilación. 17/12/2014 (Ac. y Sent. N° 1245)	740
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. JUBILACIÓN. Base de cálculo. Imprescriptibilidad del derecho a peticionar los haberes jubilatorios. Naturaleza de los aportes jubilatorios. 29/12/2014 (Ac. y Sent. N° 1269)	745
PODER EJECUTIVO. Franquicias diplomáticas. Funcionario del servicio exterior. COSTAS. Razón probable o fundada para litigar 30/12/2014 (Ac. y Sent. N° 1294)	757
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONTRATO. Consentimiento. FUNCIONARIO PÚBLICO. Requisitos para beneficiarse del Contrato Colectivo de Condiciones de Trabajo. Pago de gratificación especial. 30/12/2014 (Ac. y Sent. N° 1301)	765
DERECHO DE MARCAS. Confusión de marcas. 30/12/2014 (Ac. y Sent. N° 1320)	774

ÍNDICE TEMÁTICO

- ABUSO DE PODER, 386
- CADUCIDAD, 642
- CÓDIGO ADUANERO, 291, 292, 293, 517, 518
 - Valor en Aduanas, 291, 292, 293
 - Falta aduanera por diferencia, 517, 518
 - Garantías aduaneras, 292
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 264, 293, 294, 322, 344, 354, 386, 408, 452, 552, 554, 574, 643, 644, 669, 689, 745
 - De los Beneméritos de la Patria, 264
 - Garantías procesales, 293,
 - Garantías constitucionales, 294
 - Derecho a la defensa, 574, 669
 - Derecho a peticionar, 643
 - Derecho a la Propiedad Privada, 344, 644
 - Protección constitucional, 344
 - Derecho a la igualdad, 354, 408
 - Principios de irretroactividad, 552, 554, 689
- COSA JUZGADA, 642
- COSTAS, 164, 225, 555, 676, 730, 758
 - A la perdidosa, 164, 225, 676
 - Costas en el orden causado, 730
 - Razón probable o fundada para litigar, 758
 - Teoría del riesgo asumido, 555
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 171
- ESTADO, 385

ÍNDICE TEMÁTICO

- Deberes, 385
- CONTRATO DE TRABAJO, 734
 - Principio “In dubio pro operario”, 734
- DERECHO DE MARCAS, 774, 775
 - Confusión de Marcas, 774, 775
- DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS, 600, 601
- Importación, 600
- FUNCIÓN PÚBLICA, 408, 676, 677
 - Ley aplicable a la función pública, 408, 676, 677
- FUNCIONARIO PÚBLICO, 155, 156, 321, 354, 407, 408, 426, 427, 676, 695, 696, 740
 - Estabilidad del funcionario público, 321, 354, 407, 426, 427
 - Destitución del funcionario público, 407, 408
 - Derechos del funcionario público, 155, 156, 354
 - Legislación aplicable, 740
 - Sumario administrativo, 407, 408, 426, 427, 676, 677, 695, 696
 - Renuncia, 155, 156
 - Cargo de Confianza, 676, 677
- GATT, 292
- HECHO PUNIBLE, 696
 - Investigación del hecho punible, 696
- IMPUESTO A LA RENTA, 81, 82, 705, 706
 - Anticipos, 81
 - Impuestos gravados, 81
 - Recuperación de pagos indebidos, 81
- INTERESES, 82
 - Interes moratorio, 82
- IMPUESTO, 54, 55
 - Gastos deducibles, 54, 55
- INTN, 600, 601
 - Instituto Nacional de Tecnología y Normalización, 600, 601
- JUBILACIÓN, 344, 452, 643, 688, 689, 740, 745, 746, 747
 - Aportes jubilatorios, 643,
 - Devolución de Aportes Jubilatorios, 643, 740
 - Derecho adquirido, 688, 689

ÍNDICE TEMÁTICO

- Base de cálculo, 745, 746
- Imprescriptibilidad del derecho a petitionar los haberes jubilatorios, 344, 746
- Naturaleza de los aportes jubilatorios, 747
- Legislación aplicable a la jubilación, 740, 746
- JUICIO EJECUTIVO, 53, 54, 55
 - Factura compra, 53, 54, 55
 - Trabajos temporales, 54, 55
- JUNTA MÉDICA, 451
 - Invalidez por enfermedad, 451
- LEY, 554
 - Irretroactividad de la ley, 554
- LEY 300/94, 669
- LEY DE MARCAS N° 1294/98, 669, 714
 - Signos genéricos, 714
 - Elementos de distintividad, 714
 - Signos registrables, 714
 - Marcas con designaciones descriptivas, 715
- LEY N° 1626/00, 676, 677, 696, 74
- LESIÓN DE CONFIANZA, 385
- LOCACIÓN, 724
 - Locación. Interpretación, 724
- MARCA DE FÁBRICA, 164, 170, 171, 186, 224, 225, 252
 - Posibilidad de confusión, 164, 170, 171, 186, 224, 225, 252
 - Principios generales, 171
 - Convenio de París, 171
 - Marca extranjera, 225
 - Oposición al registro de una marca, 171
- MUNICIPALIDAD, 664, 734
 - Personal municipal, 734
 - Contrato de Trabajo. Estabilidad, 734
 - Policía Municipal, 664
- NOTIFICACIÓN, 475, 663
 - Notificación por Cédula, 663
 - Efectos de la notificación, 663

ÍNDICE TEMÁTICO

- Notificación electrónica, 475
- PENSIÓN, 128, 129
 - Beneficiario de pensión, 128, 129
 - Beneméritos de la Patria, 128, 129
 - Imprescriptibilidad, 128, 129
- PLAZOS PROCESALES, 427, 730
 - Cómputo de los plazos, 427
 - Plazos para recurrir ante Instancia Administrativa, 730
- PENSIÓN, 264, 265, 555
 - Cónyuge Supérstite, 555
 - Hijos menones, 555
 - Beneficiarios de pensión, 264, 265
 - Imprescriptibilidad, 264, 265
 - Hijos discapacitados, 264, 265
- PERSONAS, 53, 54
 - Personas físicas, 53, 54
- PODER EJECUTIVO, 757,
 - Franquicias diplomáticas, 757
 - Funcionario del servicio exterior, 757
- POLICÍA NACIONAL, 237, 238, 696
 - Baja, 237, 238
 - Deberes de los policías, 237, 238
 - Fuerza de verdad legal, 238
- PRINCIPIO CONGRUENCIA, 518
- PRINCIPIO DE JUSTICIA, 553
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD, 238, 322, 345, 354, 386, 475, 476, 574, 644
- PRINCIPIOS DE LA AUTONOMÍA, 724
- PRINCIPIO “IN DUBIO PRO OPERARIO”, 451, 734
- PRINCIPIO DE EQUIDAD, 553
- PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN, 574
- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, 197
 - Agotamiento de las vías administrativas, 197
- PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, 208, 237, 238, 291, 292, 293, 294, 321, 344, 345, 354, 452, 385, 386, 407, 426, 427, 451, 475, 476, 477, 517, 518, 552, 553, 554, 555, 573, 574, 586, 642, 643, 688, 644, 663, 664, 669, 689, 705, 706, 724, 725, 730, 734, 740, 745, 746, 747, 757

ÍNDICE TEMÁTICO

- Competencia en lo contencioso-administrativo, 725
- Configuración tácita de actuaciones viciadas de nulidad, 208,
- Fuerza de verdad legal, 477
- Incidente de nulidad, 208,
- Costas en el Proceso Contencioso-Administrativo, 688
- PROCESO, 208
 - Debido proceso, 208
- PROCESO PENAL, 587
 - Absolución en el Proceso Penal, 587
- PRUEBA, 518
 - Apreciación de la Prueba, 518
- PRUEBA DE PERITOS, 518, 586, 587
 - Dictamen Pericial, 518, 586, 587
- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, 475, 644
- SEGURIDAD SOCIAL, 553
- SENTENCIA, 477, 588
 - Vicios de la sentencia, 588
 - Vicios de nulidad. 477, 588
- SOCIEDAD ANÓNIMA, 55,
 - Remuneración de los directores, 55
- SUMARIO ADMINISTRATIVO, 573, 574, 586, 587
 - Conclusión del Juez Instructor, 573
- TRIBUTO, 53, 54, 55, 139, 140, 291, 705, 706
 - Principio de Igualdad en materia tributaria, 291, 293, 294
 - Contribuyente, 53, 54, 55
 - Defraudación, 139, 140,
 - Infracción fiscal, 139
 - Evasión impositiva, 139
 - Carga de la prueba, 140

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TRIBUNAL DE CUENTAS

Primera Sala

T. de Ctas. Primera Sala. 29/07/2014 ,“BRITAM S.A. c/ RES. RP N° 208/07 DE FECHA DICT. POR LA SUB-SRÍA. DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN” (Ac. y Sent. N° 206)	53
T. de Ctas. Primera Sala. 16/09/2011. “Esso Standard Paraguay S.R.L., contra Resolución Denegatoria Ficta y la Resolución SET N° 1511/06, de fecha 7 de diciembre de 2006, de la Subsecretaría de Estado de Tributación” (Ac. y Sent. N° 231)	81
T. de Ctas. Primera Sala. 28/09/11. “Adela Concepción Jacquet Bernal c/ RES. N° 1565 de fecha 28/07/2000; Y LA N° 11 de fecha 15/01/2003, dict. por el Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 250)	128
T. de Ctas. Primera Sala. 04/07/12. “Luis Casanello S.A.I.C. c/ Resolución N° 26 del 9 de febrero de 2010, dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación” (Ac. y Sent. N° 224)	139
T. de Ctas. Primera Sala. 09/07/12. Juan Portillo c/RESOLUCIÓN N° 285 DEL 24 DE FEBRERO DEL 2011 DICTADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y COMUNICACIONES, M.O.P.C. (Ac. y Sent. N° 378)	155
T. de Ctas. Primera Sala. 1/08/12 “María Angela Delgado Tagmanini de Noel c/ Resolución N° 417 de fecha 14 de setiembre del 2007 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 711)	163
T. de Ctas., Primera Sala 01/08/12. TROVATTO CISA c/ Resolución N° 1, 27 de enero de 2004 dictada por la DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (Ac. y Sent. N° 712)	170

ÍNDICE POR TRIBUNALES

T. de Ctas., Primera Sala. 24/08/12. “Compañía Paraguaya de Levaduras S.A. c/ Res. N° 52 del 06 de febrero del 2009, dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos y la Res. N° 208 de fecha 17 de setiembre del 2010. Dict. por la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 884)	185
T. de Ctas., Primera Sala. 19/09/12. “Administración Nacional de Electricidad (Ande) c/ Nota Set N° 23 del 21/01/2010; y la Nota Cgd /Set N° 2152 del 21/05/2010 y la Cgd/Set N° 2511 del 02/06/2010, del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 960)	197
T. de Ctas., Primera Sala. 26/02/13. “Victor H. Insaurrealde Cabrera c/ DTO. PSIAL N° 6294 DEL 17/03/2011, DICT. POR EL PODER EJECUTIVO” (Ac. y Sent. N° 20)	208
T. de Ctas., Primera Sala. 13/06/13. “Avon Products Inc. c/ Res. N° 63 del 26 de febrero del 2010 y Res. N° 122 DEL 18 de mayo 2011, dictadas por la Sría. de Asuntos Litigiosos y la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 76)	224
T. de Ctas., Primera Sala. 16/09/13. Eduardo Ignacio Arza Aquino, contra Decreto N° 8474, de fecha 27 de febrero de 2012, dictado por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 141)	237
T. de Ctas. Primera Sala. 24/04/14. JUICIO: “OM BRAND LICENSIVE LICENCIAMIENTO LTDA. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 115 DE FECHA 24 DE MARZO DE 2010; Y LA N° 504 DE FECHA 14 DE OCTUBRE DE 2011, DICTADO POR LA SECRETARÍA DE MARCAS Y LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL” (Ac. y Sent. N° 100)	252
T. de Ctas., Primera Sala. 27/05/14. JUICIO: “CALIXTO GONZALEZ SOSA C/ ART. 1° DE LA RESOLUCIÓN N° 4670 DEL 26/12/12 Y LA RESOLUCIÓN N° 941 DEL 13/MAR/13, DICTADAS POR LA DIRECCIÓN DE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DEL MINISTERIO DE HACIENDA” (Ac. y Sent. N° 124)	264
Segunda Sala	
T. de Ctas., Segunda Sala. 12/02/2015 “CONPED S.A. C/ RESOLUCIÓN N° 58 DE FECHA 31/01/2014 y OTRA DICTADA POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS (Ac. y Sent. N° 32)	291

ÍNDICE POR TRIBUNALES

T. de Ctas., Segunda Sala. 18/02/2015 “LEYLA MARÍA MEDINA GONZÁLEZ CONTRA DECRETO N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 36)	321
T. de Ctas., Segunda Sala. 19/02/2015. “ANIBAL DARÍO SÁNCHEZ CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 828 DE FECHA 22 DE ABRIL DE 2014 Y OTRAS DICTADAS POR LA DIRECCIÓN GENERAL” (Ac. y Sent. N° 42)	344
T. de Ctas., Segunda Sala. 05/03/2015 “SANDRA OSORIO MARTI CONTRA RESOLUCIÓN N° 3410 DE FECHA 13 DE SETIEMBRE DE 2013 DICTADA POR LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD (ANDE) (Ac. y Sent. N° 64)	354
T. de Ctas., Segunda Sala. 06/03/2015 “RICHARD ANDRES VAN HUMBECK CONTRA RESOLUCIÓN N.º 64 DE FECHA 24 DE JUNIO DE 2013, DICTADA POR LA COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL) (Ac. y Sent. N° 67)	385
T. de Ctas., Segunda Sala. 06/03/2015 “LISA MARGARITA MARTÍNEZ GONZÁLEZ CONTRA RESOLUCIÓN N° 083 de fecha 20 DE ENERO DE 2014 dictada por SERVICIO NACIONAL DE PROMOCIÓN PROFESIONAL (SNNP) (Ac. y Sent. N° 68)	406
T. de Ctas., Segunda Sala. 20/04/2015. “FERMÍN CHAMORRO COLMÁN CONTRA RESOLUCIÓN N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, dictada por el MINISTERIO DE JUSTICIA Y TRABAJO” (Ac. y Sent. N° 177)	426
T. de Ctas., Segunda Sala. 21/04/2015. “ALBERTO MARCELO QUIÑONEZ RODAS CONTRA LA RESOLUCIÓN 026/13 DE FECHA 08 DE ABRIL DE 2013 Y OTROS DICTADAS POR LA CAJUBI- ITAIPÚ BINACIONAL” (Ac. y Sent. N° 181)	451
T. de Ctas., Segunda Sala. 28/05/2015. “DESARROLLO AGRÍCOLA DEL PARAGUAY S.A. CONTRA RESOLUCIÓN N° 7930000368 de fecha 17 de junio de 2013 dictada por la SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN” (Ac. y Sent. N° 266)	475
T. de Ctas., Segunda Sala. 17/06/2015. “Bayer S.A. C/ RESOLUCIÓN N° 502 DE FECHA 27 DE SETIEMBRE DE 2012 Y OTRO DICTADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS N° 499. AÑO 2012” (Ac. y Sent. N.º 294)	517

ÍNDICE POR TRIBUNALES

T. de Ctas., Segunda Sala. 22/06/2015. “CARMEN BARRETO BORJA VDA. DE MEDINA c/ RESOLUCIÓN N° 38 de fecha 17 de agosto de 2011 y OTRA DICTADA POR LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS N° 515, AÑO 2011. (Ac. y Sent. N° 299)	552
T. de Ctas., Segunda Sala. 08/07/2015. “GUSTAVO RENÉ ARCE GIMÉNEZ c/ RESOLUCIÓN N° 28 DE FECHA 06 DE MAYO DE 2010 DICTADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA” (Ac. y Sent. N° 330)	573
T. de Ctas., Segunda Sala. 15/07/2015. “WILDO MACHUCA c/ RESOLUCIÓN N° 171 del 10 DE OCTUBRE DE 2006, DICT. POR EL CONSEJO DE SUPERINTENDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA” (Ac. y Sent. N° 341)	586
T. de Ctas., Segunda Sala. 22/07/15. “Edgar R. Robledo Armele c/ Res. N° 247 de fecha 24/05/12, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas” (Ac. y Sent. N° 349)	600
T. de Ctas., Segunda Sala. 27/07/2015. “JUVENCIO PÁNFILO TORRES NOCEDA CONTRA RESOLUCIÓN N° 1695 DE FECHA 06 DE AGOSTO DE 2014 DICTADA POR EL MINISTERIO DE HACIENDA” (Ac. y Sent. N° 359)	642

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

C.S.J. Sala Penal. 07/10/2014. “OSCAR JAVIER TALAVERA c/ RES. N° 1149 DEL 2/08/2011 DICT. POR LA MUNICIPALIDAD DE ASUNCION” (Ac. y Sent. N° 1018)	663
C.S.J. 07/10/2014. “DISTRIBUIDORA DE PRODUCTOS PARA MEDICINA S.R.L. c/ RESOLUCIONES N° 1170 DEL 11/11/2004 DICT. POR LA SECRETARÍA DE ASUNTOS LITIGIOSOS Y LA N° 26 DEL 13/03/2006, DICT. POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL” (Ac. y Sent. N° 1023)	669
CSJ. Sala Penal. 14/10/14. “CARLOS ANASTACIO LÓPEZ c/ RES. N° 01/12 DEL 6/FEB/12, DIC. POR EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA” (Ac. y Sent. N° 1053)	676

ÍNDICE POR TRIBUNALES

C.S.J. 16/10/2014. “ULISES SÁNCHEZ GRZYB CONTRA RESOLUCIÓN N° 373 DEL 11-02-2011, DICTADA POR EL MINISTERIO DE HACIENDA” (Ac. y Sent N° 1072)	688
CSJ. Sala Penal. 05/11/14. “EXPEDIENTE: EDUARDO VIRGILIO MONZÓNALEGRE c/ DECRETO N° 8287 DEL 17/ENE/12 DICT. POR EL PODER EJECUTIVO” (Ac. y Sent. N° 1120)	695
C.S.J. Sala Penal 24/11/2014 “FINANCIERA EL COMERCIO SAECA C/ RES. N° 112/05 DE FECHA 4/NOV/05 DE LA DIRECCIÓN DE GRANDES CONTRIBUYENTES DEPENDIENTES DEL MINISTERIO DE HACIENDA” (Ac. y Sent. N° 1166)	705
C.S.J. Sala Penal. 02/12/2014. “BANCO AZTECA S.A. INST. DE BANCAS MÚLTIPLES c/ Res N.º 476 DEL 11/OCT/ 11 DIC POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL” (Ac. y Sent. N° 1202)	714
C.S.J. Sala Penal. 02/12/2014. “DANIEL PEDRO VIERCI CASSACCIA c/ RES. N° 372 DEL 6/JUN/11 DICT. POR LA DIRECCIÓN GRAL. DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR” (Ac. y Sent. N° 1204)	724
C.S.J. Sala Penal. 02/12/2014. “ELVIA OLIVA ZAYAS BENÍTEZ c/ RES. DGJPN° 2815 DEL 28/OCT/10 DICT. POR LA DIR. GRAL. JUB. Y PENSIONES DEL M. DE HACIENDA” (Ac. y Sent. N° 1209)	729
C.S.J. Sala Penal. 17/12/2014. “JOSÉ NATIVIDAD GÓMEZ ROMERO c/ MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN s/ REPOSICIÓN EN EL CARGO, COBRO DE SALARIOS CAÍDOS Y/O COBRO DE GUARANÍES EN DIVERSOS CONCEPTOS. (Ac. y Sent. N° 1242)	734
C.S.J. Sala Penal. 17/12/2014. “MARÍA BEATRIZ ARAUJO MORÍNIGO c/ RES. N° 2640 DEL 23/10/09 DICT. POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA” (Ac. y Sent. N° 1245)	740
C.S.J. Sala Penal. 29/12/2014. “GLORIA C. CRISCIONI PINEDA C/ Resolución N° 18 de fecha 08 de agosto de 2012, dictada por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios” (Ac. y Sent. N° 1269)	745

ÍNDICE POR TRIBUNALES

C.S.J. Sala Penal. 30/12/2014. “CARLOS LEGUIZAMÓN MELGA- REJO CONTRA RES. DENEGATORIA TÁCITA DE LA SUB- SECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN, DEPENDIEN- TE DEL MINISTERIO DE HACIENDA” (Ac. y Sent. N° 1294)	757
C.S.J. Sala Penal. 30/12/2014. “EUGENIO R SALDÍVAR GONZÁ- LEZ c/ RESOLUCIÓN FICTA DICT. POR EL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (I.P.S)” (Ac. y Sent. N° 1301)	765
CSJ. Sala Penal. 30/12/14. JUICIO: “ASTRAZENECA ABC c/ RES. N° 649 DE FECHA 21-12-2011, DIC. POR EL MINISTERIO DE INDUSTRIA y COMERCIO” (Ac. y Sent. N° 1320)	774

Doctrina

DISREGARD OF LEGAL ENTITY

Abog. Pablo Costantini

La teoría de la personalidad jurídica, que contempla la sociedad como una persona distinta de los socios que la componen, presenta muchas posibilidades de abuso, sobre todo cuando existe un control total de la sociedad por parte de una sola persona física o jurídica. Conforme a lo anterior, fue inevitable que al lado del desarrollo del Derecho referente a las personas jurídicas (entity law), y de su refuerzo por la adopción de la política de responsabilidad limitada, los tribunales elaboraran una doctrina correctora para evitar las injustas consecuencias que, de otro modo, se hubieran producido por la aplicación inflexible de esta doctrina.¹

Nace así, en los Estados Unidos, la doctrina del “disregard of legal entity”, como consecuencia de los problemas que se crean en relación con la nacionalidad de las sociedades en la época de la Primera Guerra Mundial.

Se planteaba entonces el problema de si una sociedad nacional, cuyo capital está en su mayoría en manos de personas extranjeras, pertenecientes a una nación enemiga; era pasible de ser considerado “enemigo” a los efectos de la aplicación de determinadas normas dictadas en dicha época bélica.

De este modo, a partir de la doctrina sentada por casos como el Raimler Co. vs. Continental Tyre and Rubber Co., los tribunales “levantaron el velo” de la sociedad y juzgaron conforme a la realidad.²

-
1. BOLDÓ RODA, Carmen. “Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español”. 4ª ed.; Ed. Aranzadi, 2006. Pág. 124.
 2. Ídem, 89.

Posteriormente se trasladará esta doctrina a Europa a través de la obra del alemán Rolf Serick, titulada “Rechstform und realität jurisdichten personen”, publicada en el año 1955, y traducida al español tres años después por José Puig Brutau bajo el título de “Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles”, lo que permitirá su recepción en el sistema de derecho continental.

En el sistema anglosajón el planteamiento de esta doctrina supone su utilización en circunstancias excepcionales y para el caso de que el tribunal de derecho no conceda protección alguna ante una actuación abusiva de una persona jurídica, es ahí, donde el tribunal de equidad puede prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, y para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y a los bienes que se amparan bajo su cobertura.

Carmen Boldo, en su libro “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica”, sostiene que la “piercing the veil jurisprudence” se relaciona en un principio con el grado en que han sido respetadas las formalidades sociales, y particularmente, con la extensión y forma en la que el socio dominante ha ejercido el control. Si el tribunal llega a la conclusión de que existe confusión entre el patrimonio y los negocios del socio y de la sociedad, considerará que solo existe una Persona.

En ese caso, la sociedad subsidiaria o controlada se describiría con una de las muchas metáforas que se han venido utilizando: “adjunt”, “agent”, “alter ego”, “puppet”, o “tool”, del socio, y se decretará la responsabilidad del socio o sociedad dominante basada en la prueba de cualquier forma de conducta contraria a la equidad en detrimento de los acreedores.³

4.1. CONCEPTO

La Teoría de la Desestimación de la Personalidad Jurídica es un conjunto de remedios jurídicos mediante la cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del

3. Ídem, 125.

sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada.⁴

Podemos sostener que el levantamiento del velo es el acto por el cual se traspasa la forma externa de la persona jurídica, para investigar la realidad que existe en su interior, con el solo fin de evitar el fraude y la utilización de la personalidad para obtener resultados antijurídicos en perjuicio de intereses públicos o privados.

Maurice Wormser, quien fue un pionero en el tratamiento de este tema en el derecho norteamericano, señala: “Cuando el concepto de persona jurídica se emplea para defraudar a los acreedores, para eludir una obligación existente, burlar una norma, conseguir o perturbar un monopolio o proteger la bellaquería y el crimen, los tribunales dejarán a un lado el velo de la entidad y contemplarán a la sociedad como una agrupación de socios, hombres y mujeres vivos, y hará justicia entre personas reales”.⁵

Decimos, entonces, que la Teoría del Levantamiento del Velo Societario es un conjunto de soluciones de tipo jurídico a través de los cuales resulta posible prescindir de la estructura de la sociedad con la cual se haya cubierto a un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estas “soluciones” en algunos supuestos permitirán prescindir de esta figura jurídica, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada.⁶

La misma consiste en la técnica mediante la cual se puede obviar la estructura formal de la persona jurídica si ésta es utilizada en forma abusiva. De esa manera el juez puede descartarla en casos concretos y excepcionales. Se rompe así el hermetismo que caracteriza a la persona jurídica.

En otras palabras, desde la perspectiva jurisprudencial esta herramienta sirve para ajustar a Derecho situaciones donde debería prevalecer la realidad

-
4. DOBSON ALVAREZ, Juan M. “El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado)”. Depalma, Buenos Aires, 1985, págs. 11/12.
 5. WORMSER, Maurice., Disregard of corporate fiction and allied corporation problems, Baker Voorhis and Company, New York, 1929. Pág. 84.
 6. Durand Vidarte Sandra. Levantamiento del Velo Societario. Ensayo. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú, 2009.

sobre la apariencia; aun y cuando para esto se deba “quebrantar” la tan consagrada personalidad de la sociedad

La doctrina del Levantamiento del Velo recurre al estudio de la *fictio iuris*, como el único instrumento posible para la represión de los abusos, en base a la creencia de que la persona jurídica es efectivamente un sujeto distinto de sus miembros. Pero no es difícil prever en esta doctrina, como en toda doctrina que se exprese en términos de ficciones iuris, el primer paso hacia el reconocimiento de una nueva realidad. Esta doctrina ocupa en la evolución que conduce a la demolición del concepto de la persona jurídica una posición equivalente a la que ocupó en el proceso contrario de formación de este concepto la doctrina ficcionista de Savigny. El paso posterior, a lo que hoy dice la doctrina del levantamiento del velo es la afirmación como principio y no por la vía de la ficción de que los derechos y deberes de la persona jurídica son derechos y deberes de sus miembros.⁷

4.2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Esta doctrina presenta algunas características que le son esenciales, sin importar el sistema jurídico en que nos encontremos, ya que la misma reúne características comunes que les dan su forma y estructura; como ser:

a) Tiene un carácter excepcional. Constituye un recurso particular que procede cuando la extrema injusticia y el daño a terceros están debidamente comprobados.

b) Es una doctrina de carácter no unitario. Esta doctrina tiene un carácter amplio, pues abarca varios supuestos como el fraude a la ley, el abuso del derecho, la simulación, ya que se basa más en el principio de tutelar un legítimo interés de terceros; por lo que se puede establecer que no se trata de una doctrina única.

c) Produce efectos relativos. Esto es así ya que los efectos no son siempre los mismos en todos los casos aplicados.

7. RODA BOLDÓ, Carmen. Ob. cit., pág. 47.

d) Constituye un medio o un resultado. Esta doctrina puede servir como un instrumento para descubrir a sus socios cuando actúen utilizando a la persona jurídica como medio para cometer diferentes tipos de abusos o fraudes, y descubrir sus intenciones o puede ser también un resultado, esto es aplicar esta doctrina para encontrar a las personas naturales que utilizaron a la persona jurídica con otros fines.

Así también, la profesora Patricia Verónica López Díaz, en su artículo “Necesidad de la doctrina del Levantamiento del Velo en el Derecho Procesal Chileno”, enumera tres características generales de esta doctrina:

1) Es aplicable a todo tipo de persona jurídica que sea instrumentalizada, es decir, no se reduce solamente al abuso de la personalidad jurídica en las sociedades.

2) Es una institución de verdad, ya que pretende acortar la distancia entre la verdad material y la verdad formal tratando de develar el abuso que subyace bajo el artificio de la personalidad jurídica.

3) Está inspirada en la jurisprudencia de intereses, pues permite a los jueces aplicar un método denominado “de la observación de la realidad” para descubrir la verdad y no detenerse ante una forma externa por el solo hecho de existir una norma jurídica que consagra la existencia separada de la persona jurídica y sus integrantes.⁸

Boldo Roda sostiene que: “El problema principal en toda la temática del levantamiento del velo también se plantea en el Derecho norteamericano: Se trata de cuándo debe respetarse la personalidad jurídica separada y cuando ésta debe desconocerse. Doctrinalmente se propone una regla, advirtiendo sin embargo de su generalidad: “Cuando el concepto de persona jurídica se emplea para defraudar a los acreedores, para eludir una obligación existente, burlar una norma, conseguir o perpetuar un monopolio o proteger la bellaquería y el crimen, los tribunales dejarán a un lado el velo de la entidad y contemplarán a la sociedad como una agrupación de socios, hombres y mujeres vivos, y harán justicia entre personales reales.”⁹

8. LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica. “Necesidad de la Doctrina del Levantamiento del Velo en el Derecho Procesal Chileno”, Revista Foro Derecho Mercantil N° 25, Oct.-Dic. 2009, Págs. 123-139.

9. RODA BOLDÓ, Carmen. Ob. cit., pág. 129.

Sin embargo, como puede apreciarse, nos encontramos con que no existe una fórmula precisa que nos permita predecir cuando los tribunales levantarán el velo; la decisión dependerá de las especiales circunstancias de cada caso y no descansará en un solo factor sino que serán tenidos en cuenta varios de ellos. Los tribunales han reconocido que la aplicación de la “piercing the veil jurisprudence” se realiza en cada caso concreto, valorando la totalidad de circunstancias que en él se presentan.¹⁰

No obstante esta situación, existen dos limitantes de carácter general que pueden establecerse en la aplicación de esta doctrina. Por una parte, debe ser utilizada por los tribunales de forma restringida. Se advierte, de este modo, que la posibilidad de levantar el velo debe ser ejercida con precaución y mesura y así no debe realizarse a la ligera en una sociedad que esté correctamente constituida.

Por otra parte, el segundo límite vendría establecido por la imposibilidad de que se levante el velo en beneficio de los propios accionistas de la sociedad. En general, las reglas relativas al piercing the veil que jurisprudencialmente han venido dictándose, lo han sido en beneficio de aquellos que confiaron en la existencia de la sociedad como una entidad jurídica separada, y por tanto dichas reglas no pueden ser alegadas por los mismos accionistas. De este modo, las entidades que deliberadamente han adoptado la forma societaria para conseguir las ventajas que ésta les proporciona, no pueden solicitar que se levante el velo y por tanto, se desconozca su existencia, cuando esta situación les sea beneficiosa. Así pues, los socios no pueden escoger cuándo debe respetarse la forma social y cuando ésta debe ser desatendida.¹¹

4.3. LA OBRA DE ROLF SERICK

No podemos tratar el tema sin hablar del alemán Rolf Serick, quien es reconocido como uno de los grandes propulsores de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario. La obra de Serick, titulada “Apariencia y Realidad de las Sociedades Mercantiles”. Esta obra ha provocado el ejercicio de esta

10. Ídem, 130.

11. Ídem, 132/133.

teoría en la jurisprudencia y doctrina de diversos países. La misma ha influenciado enormemente el campo de la desestimación de la personalidad jurídica. Serick trata el tema del abuso que se da con la ayuda de la persona jurídica para tratar de ir en contra de la ley, de no cumplir obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

Serick introduce también la concepción relativa a que la desestimación o prescindencia de la personalidad jurídica es un tema que pertenece al campo del abuso del derecho. Este abuso entendido en términos concretos: cuando se la “utiliza abusivamente” y para los fines de “enlazar determinadas normas con la personas jurídicas”. Además, también hace una gran crítica y reflexión al hecho que en la jurisprudencia alemana se ha privilegiado el principio de equidad a la seguridad jurídica, lo que sin duda es el fundamento de todas las posiciones contrarias a esta doctrina.¹²

Serick se preocupó por divulgar esta teoría por toda Europa, dando lugar a diversas reacciones que originaron la llamada “Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica”. Serick aborda su estudio partiendo del análisis de la doctrina del disregard of the legal entity formulada un poco antes por la jurisprudencia norteamericana.

Al estudiar esta jurisprudencia, él llega a la conclusión de que los jueces americanos, excepcionalmente, están convencidos de tomar medidas que alcanzan a las personas físicas que están detrás de una sociedad. Se plantea la posible utilización de la doctrina del disregard of the legal entity en un sistema diferente pero con una finalidad semejante, la cual denomina penetración (Durchgriff) a través de la forma de la persona jurídica.¹³

Pero mientras la concepción norteamericana de la persona jurídica se ajusta a la teoría de la ficción de Savigny, él parte de la teoría de la realidad creada por Gierke, por lo cual la forma de tomar la decisión de desestimar o no la forma de la persona jurídica ha de basarse en un examen de la realidad y de la constatación de la existencia de un abuso de esa forma, lo que no implica negar la

12. Cfr. SERICK, Rolf. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles (el abuso del derecho por medio de las personas jurídicas)*, traducción y comentarios de Derecho Español por José Puig Brutau. Barcelona, Ed. Ariel, 1958.

13. Ídem, pág. 242.

personalidad jurídica, sino negarla en el caso concreto por falta de adecuación a la realidad.¹⁴

Serick agrupa los supuestos de abuso de la persona jurídica que se dan con más frecuencia en tres categorías generales, la cuales son:

1. Fraude de ley por medio de una persona jurídica: “Se habla de un fraude de ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a prohibir que se alcance por medio de una determinada forma negocial.

Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella, tanto si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal. El mandato o la prohibición de la norma no aparece de esta manera formalmente infringido por el sujeto afectado, porque solo realiza los actos que le están prohibidos por medio de la persona jurídica”.¹⁵

2. Fraude o violación al contrato: se da en aquellos casos en donde valiéndose de la persona jurídica, no cumplen con un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio.

Carmen Boldo nos da un ejemplo de lo que se refiere al fraude del contrato de la siguiente forma: “A y B se obligan frente a C a no realizar determinado acto. Pero resulta que el mismo acto lo realiza la sociedad X, cuyos socios son A y B. La sociedad X, una persona jurídica, ha sido creada con la finalidad de burlar el contrato celebrado con C. Pero también existen supuestos de fraude de contrato con la utilización de una persona jurídica cuando es indudable que mediante un contrato las partes quieren alcanzar un fin perfectamente determinado, pero han elegido una forma que permite a una de ellas liberarse de las consecuencias del contrato sobre base de recurrir después a la estructura formal de la persona jurídica. En el caso anterior existe una aplicación abusiva de la persona jurídica porque fue creada después de celebrado el contrato y para burlarlo.

14. RODA BOLDÓ, Carmen. Ob. cit., pág. 48.

15. RODA BOLDÓ, Carmen. Ob. cit., pág. 66.

En este caso, en cambio, el abuso consiste en que una persona jurídica que ya existe en el momento de celebrar un contrato es utilizada después para burlarlo. En ambos casos, la persona jurídica es el medio que debe permitir lograr un resultado que choca contra lo expresamente prometido o que indudablemente se ha buscado”.¹⁶

3. Daño fraudulento causado a terceros y en algunos supuestos de relaciones entre una sociedad madre y una sociedad filial: estos son casos que no caben dentro de las dos categorías anteriormente citadas pero que son supuesto en donde se causa un daño a terceras personas.

Para desarrollar esta teoría el autor en su obra elabora una regla general y cuatro proposiciones que permiten penetrar en la personalidad jurídica, las cuales son:

Regla general: Cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla de una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros existe abuso de personalidad jurídica. Sólo en estos tres casos puede alegarse que ha sido violada la buena fe, ya que de lo contrario la invocación de la buena fe transforma todo el sistema de la personalidad jurídica.¹⁷

Esta regla fundamental se complementa con otras tres que expresan:

a) Para desestimar la persona jurídica no es suficiente con alegar que tal remedio es preciso para que se cumpla con la ley o un contrato determinado. Admite una excepción a este postulado: Cuando se trata de la violación de normas creadas específicamente para asegurar que la persona jurídica pueda cumplir con sus funciones.

b) Cuando las normas jurídicas establecen pautas que tienen en cuenta valores específicamente humanos, o determinadas cualidades de éstos, entonces esos valores o cualidades son de aplicación también a las personas jurídicas.

c) Si la forma de la persona jurídica es utilizada para ocultar que en realidad existe identidad con las personas que intervienen en determinado acto, y para que la norma jurídica se cumpla se requiere que la identidad de los sujetos interesados no sea puramente nominal sino efectiva, entonces puede desestimarse la personalidad.

16. Ibidem, pág. 67.

17. Ibidem, pág. 75.

Dobson explica que Serick inaugura así la concepción que la desestimación de la personalidad jurídica es un capítulo del abuso del derecho, entendiendo que la persona jurídica puede ser allanada en dos supuestos: El primero cuando se la “utiliza abusivamente” y el segundo a los fines de “enlazar determinadas normas con las personas jurídicas”.

Serick se mantiene alejado de los remedios brindados por el derecho para el fraude. Considera que la cuestión de la coexistencia de la doctrina de la penetración con los remedios atinentes a las enajenaciones y actos fraudulentos es “extremadamente difícil” y no entra en detalles sobre ellas.

No obstante, adelanta su opinión en el sentido de que los supuestos son distintos: En la acción de fraude hay que dirigirse contra el deudor, mientras que la doctrina de la penetración permite atacar los bienes de la sociedad directamente.

También sostiene que existen casos en los cuales la acción de fraude resulta la única adecuada. Tal sería el caso en que un deudor transmite bienes de su patrimonio a una sociedad real, que no es, por tanto, simulada ni se identifica con el mismo deudor.

Finalmente, determina que el elemento “perjuicio”, requerido por la acción de fraude no se halla presente entre los requisitos de la teoría de la penetración.

En suma, para este sector doctrinal la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica importa un sector elaborado como parte de la teoría del abuso del derecho, en el cual pueden extraerse reglas generales de aplicación exclusiva a este sistema limitado del saber jurídico.¹⁸

4.4. PRINCIPIOS Y VALORES EN QUE SE FUNDAMENTA LA DOCTRINA

4.4.1. SEGURIDAD JURÍDICA

Se trata de que el ordenamiento jurídico o sistema normativo sea uno, confiable, estable y predecible.

18. DOBSON ALVAREZ, Juan M. “El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado)”. Buenos Aires, Depalma, 1985. Pág. 23.

Seguridad jurídica es un principio y garantía de la sociedad organizada, para el respeto, estabilidad y mantenimiento del ordenamiento o sistema jurídico, con la consecuente protección de la persona como fin supremo. Como contraparte, se podrá hablar de inseguridad jurídica cuando hay una constante modificación de normas, pero no porque se busque la eficiencia de las mismas, sino respondiendo a intereses políticos, coyunturales y de corto plazo.

La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado al Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y de la funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.¹⁹

Igualmente podemos hablar de inseguridad judicial ya sea por corrupción o por falta de especialidad en materias técnicas, inestabilidad funcional en el aparato estatal y jurisdiccional por escaso nivel de preparación, entre otros.

Así como sucede con muchos conceptos jurídicos, el concepto de seguridad jurídica tiene un alcance mucho más preciso que lo que se deduce del frecuente uso que se hace del mismo. Esto es así porque, en dicho uso, se suele identificar el concepto con sus efectos o los medios a través de los que se hace efectivo en la realidad. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “seguridad jurídica” es equivalente, en única acepción, a la “cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación”. Aunque necesitada de alguna matización, esta definición del Diccionario coincide plenamente con la propia de Ciencia Jurídica. Para la Ciencia del Derecho la seguridad jurídica hace primordialmente referencia a la “certeza”. De esta manera, tanto para los especialistas como para el lenguaje común, la seguridad jurídica sería el factor o la cualidad que hace ciertas, no simplemente a las normas, sino también a todas las instituciones o relaciones jurídicas, pues, como la Ciencia del Derecho

19. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “La Seguridad Jurídica: Una Garantía del Derecho y la Justicia”. Pág. 28.

ha demostrado en los últimos años, el ordenamiento jurídico no solo se compone de normas sino también de otras realidades jurídicas.²⁰

La seguridad jurídica proporciona certeza a todo el sistema jurídico, hace cierto al ordenamiento transformándolo, en algo “cognoscible de forma segura y clara”, en algo “a lo que la mente puede adherirse firmemente sin temor a errar”. En otras palabras, lo convierte en algo indubitado, previsible, que todos los ciudadanos pueden conocer y tener por verdadero. Este es el sentido preciso propio del concepto de seguridad jurídica. El Derecho para serlo, tiene que ser cierto, seguro, predecible, inequívoco, de tal modo que podamos ajustar nuestra conducta a sus dictados sin temor a equivocarnos, a obrar mal, o a recibir una sanción.

En otro caso, si las normas o instituciones jurídicas no fueran conocidas, seguras o indubitadas, si permanecieran ocultas o secretas, si fueran dudosas o inciertas, sería imposible la vida común y, por ende, la justicia, el progreso y el propio desarrollo del tejido o entramado social. Por eso, al decir de GUASP DELGADO “en la seguridad jurídica subyace la paz social”.²¹

4.4.2. JUSTICIA Y EQUIDAD

Santo Tomás de Aquino, analiza el problema de la justicia en la Suma Teológica, siguiendo y complementando la teoría de Aristóteles. Define la justicia como “el hábito por el cual con perpetua y constante voluntad es dado a cada uno su derecho”. Según vemos es, poco más o menos, la definición de Ulpiano. Acepta la división que de la justicia hace Aristóteles, pero agrega Injusticia legal, constituyendo éste su aporte original a la teoría.²²

Lo expuesto sobre la seguridad jurídica tiene un correlato con aspectos normativos objetivos y concretos, lo que no sucede con la justicia y la equidad, que son conceptos relativos. “El concepto de justicia dista mucho de ser una noción unívoca y por el contrario constituye un concepto relativo, empírico y

20. DOTAAMOROSO, Javier. “Seguridad Jurídica”, Seminario SOCINFO, Madrid, 2012. Pág. 2

21. Ídem, pág. 3.

22. TORRE Abelardo. “Introducción al Derecho”, 14^a ed. Buenos Aires, Abelardo-Perrot. 2003. Pág. 275.

circunscrito a las valoraciones vigentes en este o aquel medio social”, pero aun en su relatividad es un valor jurídico supremo en el Derecho, que también está implícito en la seguridad jurídica.²³

Podemos decir con Recaséns Siches que “a pesar de todas las diversidades de supuestos filosóficos y de criterios políticos se mantiene siempre un denominador común, un análogo leitmotiv. La justicia –lo mismo en un sentido restringido que en una acepción lata– es entendida casi siempre como una medida armónica de cambio y de distribución”. Parece pues evidente que la esencia de la justicia es la igualdad –claro que una igualdad proporcional– pero toda igualdad se establece entre dos términos por lo menos y, esos términos, consisten en conductas humanas.²⁴

Según Recaséns Siches, la equidad “es equivalente a Justicia (...) lo fundamentalmente justo. Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de igualdad o proporcionalidad. En tal sentido, justicia y equidad resultan ser vocablos sinónimos. Una segunda acepción, la más usada e importante, de la palabra equidad es la de denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir, que resulte justa en el caso particular y concreto para el que se dictó. En este sentido se suele hablar de equidad como aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular. En tercer lugar se habla también de equidad para designar la norma o el criterio en que deben inspirarse, las facultades discrecionales del juez o del funcionario administrativo”.²⁵

De lo dicho se infiere que la equidad no es simplemente la justicia del caso particular como suele decirse; en efecto, para ser más preciso cabría definirla como la justicia del caso particular, inspiradora de una decisión que la comunidad acepta, como norma general válida para solucionar casos semejantes al

-
23. CONDORELLI, Epifanio L. “El abuso del derecho”, Editora Platense, La Plata, 1971, pág. 39.
 24. TORRE Abelardo. “Introducción al Derecho”, 14^a ed. Buenos Aires, Abelardo-Perrot. 2003. Pág. 280.
 25. RECASÉNS SICHES, Luis. “Equidad”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, 1982, T. X, pág. 427.

resuelto. La equidad no es, pues, algo esencialmente distinto de la justicia, sino una modalidad de la misma; en consecuencia, un fallo no puede ser equitativo e injusto al mismo tiempo, porque si es equitativo es justo y, si es injusto, no puede ser equitativo.²⁶

De allí la complejidad de la función de la Magistratura cuando se enfrenta ante un conflicto entre el Derecho, la Justicia y la Equidad, debiendo identificar conductas desleales y fraudulentas que atentan contra los valores del Derecho. Para esa tarea no hay norma a ser propuesta, puesto que la Constitución recoge principios y valores que son de obligatorio cumplimiento por todas las personas y en especial a los jueces.

4.4.3. PRINCIPIO DE BUENA FE

Buena fe proviene del *bona fides* consagrada en el Derecho romano como un deber divino. Al igual que la justicia y la equidad, la buena fe puede ser definida o descrita a partir de diferentes enfoques, ya sea como un hecho, norma esencial de convivencia humana, principio del Derecho, valor jurídico, regla de interpretación, fuente de Derecho u otro. Si solamente hablamos de “buena fe”, entonces la referencia será a un hecho pero, en el contexto de nuestro estudio nos interesa la buena fe pero como principio y su efecto jurídico. Como principio, aun no siendo norma jurídica, consideramos que adquiere la categoría de norma esencial de convivencia en todas las actuaciones de las personas, ya sea relaciones personales, económicas o sociales, por su nexa con las buenas costumbres y la regulación ética de la conducta. Es que la “buena fe no es (...) una norma jurídica, sino un principio jurídico fundamental, esto es, algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Informa la totalidad del mismo y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas, en las cuales muchas veces el legislador se ve precisado a aludirla en forma intergiversable y expresa”.²⁷

26. TORRE Abelardo. “Introducción al Derecho”, 14^a ed. Buenos Aires, Abelardo-Perrot. 2003. Pág. 284.

27. BORGA, Ernesto Eduardo. “Buena fe”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, 1982, T. II, pág. 404.

La mayor parte de la doctrina distingue un concepto subjetivo y objetivo de la buena fe. El concepto subjetivo importa afirmar que el sujeto obra de buena fe cuando está persuadido de actuar legítimamente, siempre que ese convencimiento no provenga de su propia negligencia. El concepto de buena fe subjetiva, o buena fe creencia, tiene efectos, particularmente, en el ámbito de los derechos reales; así, el poseedor de buena fe de una cosa hace suyos los frutos que percibe, aun cuando esa posesión no represente el ejercicio del derecho de dominio. La buena fe objetiva o buena fe lealtad tiene particular aplicación en el campo de los derechos personales, de crédito u obligaciones. En este sentido impone el deber de obrar con lealtad y rectitud, tanto en las tratativas anteriores a la celebración del contrato, cuanto en su celebración misma, en su interpretación y en su ejecución.²⁸

Para Picó i Junoy, el “principio general de la buena fe es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico y, supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuar las distintas instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento histórico”. Dar una definición única de buena fe es demasiado complejo, lo que sí puede hacerse es una referencia a una serie de cualidades, que también son consagradas como manifestaciones o principios a seguir tales como lealtad, honestidad, fidelidad, confianza, credibilidad, moralidad, deber de decir la verdad e incluso equidad. Cada una de ellas está en relación directa con la regulación ética de la conducta en sociedad.²⁹

La buena fe es el fundamento y razón del comportamiento social de las personas, lo que debe estar en todas las relaciones que se originen. Como sabemos, la buena fe se presume, *ergo*, la mala fe tendrá que ser probada; y de comprobarse, no tendrá ninguna protección.

Al referirnos a las relaciones, estas no deben entenderse solo en aquellas relaciones civiles entre particulares, sino también en las relaciones con entes públicos o principalmente con la administración de justicia.

28. RIVERA, Julio Cesar. “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 2004. Pág. 317.

29. PICO I JUNOY, Joan. “El principio de la buena fe procesal”, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2003, Págs. 66/ 67.

Afirma Larenz que siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe. Y si bien no es posible indicar exhaustivamente cuando se infringe la buena fe en el ejercicio de un derecho particular, se pueden reconocer los siguientes casos típicos: infringe la buena fe quien hace valer un derecho que ha adquirido mediante una conducta desleal o anticontractual; obra contra la buena fe quien ejercita un derecho en oposición al objeto para el cual se lo confiere el ordenamiento jurídico, a fin de lograr por ese medio algo a lo que no tiene derecho (supuesto de abuso de derecho); infringe la buena fe quien con el ejercicio de su derecho se pone en desacuerdo con su propia conducta anterior, en la cual confía la otra parte (doctrina de los actos propios).³⁰

Borda sostiene que vinculado con la idea moral del derecho, nos encontramos con el principio de la buena fe. Aunque no enunciado de una manera general por la ley, tiene tantas aplicaciones en el derecho positivo, que sin duda, la convierten en un principio general de la mayor importancia. La buena fe del agente puede atribuir al acto efectos que éste no tendría en otro caso y, viceversa, la mala fe quita al acto efectos que tendría de no ser así; el mismo acontecimiento produce efectos diversos según el agente tenga buena o mala fe.³¹

4.4.4. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

A nadie le es lícito volver sobre su conducta anterior, cuando esa conducta es jurídicamente relevante y puede suscitar en otra persona la legítima confianza de que se mantendrá aquella conducta. Este principio tiene una vieja prosapia histórica, pero en su aplicación práctica ha sufrido algunos casos. Es simplemente una derivación del principio de la buena fe-lealtad: no se puede defraudar la confianza puesta en una conducta anterior jurídicamente relevante. Las condiciones de aplicación son las siguientes: a) una conducta anterior relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de un comportamiento futuro; b) una pretensión o el ejercicio de una facultad contradictoria

30. RIVERA, Julio César. "Instituciones de Derecho Civil. Parte general". Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 2004. Pág. 318.

con aquella conducta; c) la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas. Existe opinión unánime en el sentido de que la doctrina de los actos propios puede ser aplicada no sólo a pedido de parte, sino también de oficio, pues ello no es sino una aplicación del principio *iura curia novit*.³²

Sobre la base de estas pautas, la jurisprudencia ha resuelto ya muchos casos. Se ha dicho que incurre en una conducta contradictoria quien plantea la inconstitucionalidad de una norma que ella misma ha pretendido que se aplique, o que anteriormente había aceptado; el socio que cuestiona una decisión de la sociedad que había consentido; quien demanda por rescisión de un contrato habiendo recibido los pagos aun tardíos de su contraparte; la compañía de seguros que concurría a cobrar el precio al domicilio del asegurado, y luego pretendió la aplicación de la cláusula que establecía que los pagos debían hacerse en la compañía; el vendedor que invoca la inflación para no cumplir una compraventa, y pretende devolver el precio sin actualizarlo, etcétera.³³

Así las cosas en esta teoría encontramos otro fundamento que justifica la aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario. El nombre proviene del latín “*venire contra factum proprium non valet*” y ha adquirido la categoría de principio general de Derecho por la protección de la confianza y de la buena fe. Se trata de no alegar perjuicio o derecho a partir de sus propios actos o actuar contra los mismos. Por ejemplo, Serick entre los supuestos de fraude a un contrato, consideró que se trata de una manifestación del “*venire contra factum proprium non valet*”, cuando la persona jurídica es un medio para llegar a un resultado que viola lo expresamente pactado, tanto si se ha constituido el ente social antes de la celebración del negocio jurídico o después, ya que en este caso la parte contratante confiaba en una determinada situación de hecho o derecho.³⁴

También es conocida como la doctrina inglesa del estoppel del vocablo francés “*estoupe*”, que quiere decir detener o parar, que a su vez provienen de la

31. BORDA, Guillermo. “Manual de Derecho Civil, Parte General”, 18 ed. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996. Pág. 62.

32. Ídem, pág. 63.

33. RIVERA, Julio César. “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 2004. Págs. 320/321.

34. BOLDÓ RODA, Carmen. “Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español”. 4ª ed., Ed. Aranzadi, 2006. Pág. 275.

voz inglesa “to stop”. Este particular instituto del Derecho inglés y norteamericano ha prestado importantes servicios y apoyo a la doctrina del disregard of legal entity, al punto que puede sostenerse que es el propio soporte procesal de esta última, sin el cual no podría haber adquirido su actual dimensión y estabilidad, porque se adapta con particular precisión a la desestimación de la personalidad jurídica, o su inoponibilidad.³⁵

La buena fe exige congruencia consigo mismo. De modo que puede entenderse que, bajo ciertas circunstancias, obra prescindiendo de la buena fe, quien vuelve sobre una conducta anterior que ha creado en la otra parte de una relación jurídica, una expectativa seria de comportamiento futuro.

4.5. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Existe confusión al determinar los supuestos de aplicación del levantamiento del velo societario debido a que generalmente se atribuye la responsabilidad a determinados órganos integrantes de la administración social, sin tener en consideración que la responsabilidad derivada de dichos actos se encuentra dentro del incumplimiento de los deberes propios de sus funciones, y no en la simulación o instrumentalización de la sociedad por el privilegio de la responsabilidad limitada.

Es difícil establecer cuándo estamos ante accionistas que buscan conseguir fines distintos de los pensados y fijados como ente social o simplemente buscan causar perjuicios a los demás atentando contra la moral social. El ordenamiento positivo reconoce expresamente la facultad a las personas para crear una organización que actúe con capacidad autónoma de sus miembros, que pueda emitir su propia voluntad jurídica y que cuente con su propio patrimonio, con el que responderá por las deudas que pueda asumir en el desarrollo de sus actividades.

En ese sentido, resulta claro que uno de los derechos subjetivos que le son inherentes a cualquier persona desde que es tal es la posibilidad de formar sociedades mediante las cuales pueda desarrollar actividades lícitas sin arries-

35. DOBSON ALVAREZ, Juan M. “El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado)”. Buenos Aires, Depalma, 1985. Pág. 265.

gar el íntegro de su patrimonio pero la contrapartida es que haya una conducta recta y acorde con las pautas de equidad y lealtad.

El abuso del privilegio no puede ser admitido por el ordenamiento jurídico y por ello en doctrina más o menos mayoritaria se han establecido varios supuestos.

a) Abuso del Derecho

Que se encuentren consagrados la autonomía patrimonial o el hermetismo de la persona jurídica no quiere decir que no sean personas físicas las que integran un ente social y que por lo tanto tienen el deber de usar la personería jurídica acorde con la funcionalidad del ente social. Por ello, invocar la existencia de la persona jurídica para pretender sustraerse a la responsabilidad frente a actos que exceden los límites del ejercicio de un Derecho subjetivo es inadmisibles. De esta forma, cuando se habla del ejercicio abusivo del derecho, a través del ente social, es incuestionable que son los integrantes de la sociedad los que abusan del derecho de asociación y de las reglas que son aplicables para el ejercicio de este derecho.³⁶

Evitando acciones irregulares, no solo en el ámbito civil sino en cualquier campo, con el objeto de obtener resultados antijurídicos, se podrá controlar los actos dolosos o fraudulentos que cometan los miembros que componen la persona jurídica, utilizándola para ello.

Lo expuesto no quiere decir que la propia sociedad sea el ente que abusa de las facultades con las que cuenta en su calidad de sujeto de Derecho independiente, pues la propia organización colectiva también cuenta con derechos subjetivos desde que se le pueden imputar deberes y derechos, y por ende se puede abusar de ellos a través de los actos que realiza mediante sus órganos, representantes o dependientes. En efecto, la sociedad de manera directa e inmediata puede actuar antijurídicamente, por ejemplo, abusando de la autonomía negocial con la que cuenta para regular sus relaciones obligacionales frente a terce-

36. MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos Alberto. "El allanamiento de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario". En: Tratado de Derecho Mercantil, T. I. Gaceta Jurídica. 2003, pág 66.

ros, pero cuando actúan directa e inmediatamente serán de aplicación las reglas de responsabilidad civil contractual o extracontractual, el problema está cuando se obtiene un resultado por el abuso de la personería jurídica.³⁷

En cuanto a la finalidad que puede haber tenido el legislador al contemplar expresamente el derecho de asociación, y al prever la posibilidad de que existan formas societarias que limiten su responsabilidad patrimonial, creemos que es claro que se ha buscado favorecer, fundamentalmente, a los socios para que puedan obtener beneficios, sean estos patrimoniales o no, desarrollando las actividades permitidas en su objeto social; no así para que usen la persona jurídica como una “máscara” en perjuicio de terceros, eludiendo obligaciones contractuales, tributarias, laborales o responsabilidades civiles.

Es en estos últimos casos en los que el juez debe verificar que se ha cometido un abuso del Derecho subjetivo de asociación, cualquiera que sea la modalidad de la sociedad mercantil, y declarar que efectivamente se ha hecho un uso antisocial de dicha prerrogativa legal, imponiendo los correctivos y las sanciones que sean necesarios. Así, para determinar cuándo nos encontramos ante actos reñidos contra la moral e interés social realizados a través de la persona jurídica, la evaluación de dichas conductas debe ser efectuada por el juez según criterios que de manera objetiva debe comprobar; esto es, la moral social no debe ser lo que entienda por ésta el magistrado, sino una determinada línea de conducta o conducta estándar que seguiría cualquier ciudadano promedio, teniendo en cuenta la solidaridad que debe existir en cualquier situación jurídica subjetiva dentro de determinado contexto jurídico, social, económico y político.³⁸

b) Fraude a la ley

Se erige una teoría del fraude que tendría un doble ámbito de aplicación, por un lado a favor de norma específica que ha sido defraudada y también para impedir la vulneración contra el ordenamiento jurídico en su conjunto.

El fraude a la ley se presenta en apariencia como un acto legítimamente realizado y bajo el amparo de normas legales expresas. Para que exista fraude

37. Ibid.

38. Ibid.

a la ley deben presentarse dos normas jurídicas, una que es la llamada “ley de cobertura” y la otra que es la “ley defraudada”. La ley de cobertura es un dispositivo general que permite encubrir el acto malicioso y darle un tono aparente de legalidad; la ley defraudada, en cambio, no es un precepto específico para un caso determinado, lo que se ataca de esta forma es la finalidad por la cual fue creada, es decir, se ataca la razón, la ratio legis, que llevó al legislador a emitir dicho dispositivo.³⁹

A decir de Juan M. Dobson, el fraude en su sentido más estricto comprende en realidad cualquier hecho destinado a engañar, incluyéndose en ese concepto a todos los actos, las omisiones y los ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, a su vez el concepto de mala fe está construido en función del fraude, y se aproxima a ambas nociones.⁴⁰

Ahora bien, debe quedar en claro que la norma transgredida debe ser una ley de carácter imperativo, pues no cabe hablar de fraude a la ley, tratándose de una norma declarativa, que establezca los alcances de una figura jurídica o que pueda ser variada por la autonomía de la voluntad de las partes.

Esta característica tiene su razón central en la protección del orden público y las buenas costumbres. Debemos destacar que la mayoría de las veces, las situaciones en las que se produce un fraude no se presentan en un solo acto, sino en una sucesión de los mismos. No es conveniente hacer una extensión demasiado general al momento de aplicar la figura jurídica del fraude a la ley, pues hay que recordar que como contraparte de la misma debe respetarse el principio de seguridad jurídica, con mayor razón si se tiene en cuenta que el acto o los actos que podrían considerarse defraudatorios se hacen dentro del marco legal que le brinda la norma de cobertura.

Ciertamente se ha destacado que mediante la aplicación arbitraria de la teoría del fraude a la ley podría crearse inseguridad jurídica, ya que la decisión final para determinar si una conducta ha sido defraudatoria queda en manos de los magistrados; pero ello ocurre de igual forma en el campo de la responsabilidad jurídica o en cualquier otra decisión final de la judicatura, con la que pode-

39. Ídem, pág. 68.

40. DOBSON ALVAREZ, Juan M. “El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado)”. Buenos Aires, Depalma, 1985. Págs. 141/142.

mos estar conformes o no. Pero no es atentar contra la seguridad jurídica si es que el Derecho cumple con su función social y cautela que se cumpla con el deber genérico de respetar los intereses de terceros. Por todas estas consideraciones es conveniente que exista un mecanismo judicial que sancione los actos fraudulentos, pero respetando los requisitos indispensables para que se considere una conducta como defraudatoria para lo cual habría que establecer los parámetros jurisprudencialmente.

Si como lo señalan algunos autores, para la aplicación de la figura del Levantamiento del Velo Societario es necesario que los actos efectuados por los socios hayan producido daño y debe existir un nexo causal entre los hechos y el daño, entonces estamos simplemente ante un análisis previo de la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil, esto es, daño causado, antijuricidad, nexo causal y factor de atribución, lo que nos llevaría a la conclusión que la Doctrina del Levantamiento del Velo sería innecesaria ya que bastaría recurrir a las reglas comunes de responsabilidad civil. Los elementos de la responsabilidad civil nos pueden servir de referentes, pero el abuso del derecho, el fraude a la ley y otros escapan al modelo jurídico por lo que no nos conducen al resultado que se obtiene por el levantamiento del velo.⁴¹

Al igual que en el caso del ejercicio abusivo del derecho, en el fraude a la ley el criterio más adecuado para determinar si nos encontramos ante una conducta fraudulenta y es el objetivo que se presenta cuando se pretende burlar la finalidad social, económica o política por la que fue promulgada una norma legal. A tal efecto, no importará el conocimiento o no de las partes acerca de los fines de la norma, pues éstos, al igual que la norma misma, se deben presumir conocidos por todos.

c) Distinción entre abuso de derecho y fraude a la ley

El abuso de derecho, para Carmen Boldó Roda, supone una actuación contraria a la buena fe, la cual, como el fraude a la ley, tiene como elemento común el intento de obtener un resultado contrario al ordenamiento jurídico

41. CAPUTO, Leandro Javier. "Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica Societaria". Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006. Pág 186.

positivo que busca su apoyo en la norma de cobertura. Si bien existen muchas similitudes entre ambas figuras hay también diferencias sustanciales entre el ejercicio abusivo del derecho y el fraude a la ley, que ameritan una separación no sólo doctrinaria sino que también son advertidas en la aplicación de las mismas.⁴²

La primera de las diferencias que ha sido destacada radica en que mientras en las conductas abusivas se ejerce un derecho de manera antisocial, en el fraude a la ley se rodea una norma legal acogiéndose a otra que le brinda aparente amparo. Como consecuencia de esta primera diferencia se derivan otras más. En el caso del abuso del derecho se produce un incumplimiento directo de una obligación genérica, mientras que en el caso del fraude existe un incumplimiento indirecto de dicha obligación para evitar la norma defraudada. El fraude a la ley pone énfasis en la violación de normas jurídicas que forman parte del Derecho objetivo, presentándose esta figura cuando existen dos normas, la primera es la ley de cobertura y la segunda la ley defraudada, esta última necesariamente de carácter imperativo.⁴³

En el abuso del derecho, donde existe una potestad jurídica para obrar contenida en una norma legal, se hace uso u omisión excesiva de un Derecho subjetivo. Por último, en el fraude a la ley, el enfoque sancionatorio viene dado desde la perspectiva del deber impuesto por la norma legal cuya finalidad no se ha respetado; mientras que en el ejercicio abusivo de una conducta, el énfasis está puesto en la actuación de un derecho que posteriormente resulta lesivo para los intereses de terceros.⁴⁴

CONCLUSIONES

La limitación de la responsabilidad que gozan las sociedades de responsabilidad limitada ha sido uno de los factores que ha servido de “incentivo” para cometer un abuso de la persona jurídica, al intentar aprovechar sus ventajas.

Aparece, así, la doctrina del levantamiento del velo en el mundo occidental, fruto de la labor de los tribunales estadounidenses. Su funcionamiento,

42. Ídem, pág. 241.

43. Ídem, pág. 244

44. Ibid.

reside en desconocer la forma externa de la persona jurídica, penetrando en el seno de la misma para poner fin a los abusos y fraudes que se pueden cometer a través de aquel instituto jurídico.

El tratamiento de la doctrina del levantamiento del velo difiere enormemente dependiendo del sistema jurídico en el que se lleve a cabo. De este modo, en el sistema donde nace esta doctrina, el del common law, se tiende con bastante facilidad a superar el esquema de separación entre los socios y la sociedad para conseguir la justicia del caso concreto. Falta una elaboración doctrinal de la figura, y por lo tanto, la determinación de unos criterios seguros y precisos sobre su aplicación. Se trata de una técnica nacida en el ámbito de la equity, que se manifiesta en una serie de criterios muy generales y, sobre todo, en una enorme casuística. Se huye, por lo tanto, de construcciones teóricas y de su encuadramiento en un sistema de conceptos. Por el contrario, en el sistema continental o de civil law se intentará situar esta doctrina en el plano de un concreto planteamiento sistemático. Se planteará el problema de su encuadre dentro del ordenamiento jurídico y de la delimitación de la figura, sobre todo en lo que atañe a los criterios para su aplicación: será objeto de diversas construcciones dogmáticas. Se destacará su carácter excepcional, fruto del respeto a violentar la tradicional separación entre los socios y la sociedad.⁴⁵

Los presupuestos más aceptados de aplicación de la doctrina son el fraude a la ley, el abuso del derecho y el perjuicio a terceros, presupuestos enunciados por el jurista alemán Rolf Serick.

Los principios en juego al aplicar la Doctrina, son la certeza jurídica, la equidad, la buena fe y la Doctrina de los Actos Propios.

La aplicación de la doctrina no debilita ni pretende debilitar la institución de la personalidad jurídica. El objetivo que pretende alcanzar es el de reafirmar la personalidad del ente social, evitando el uso indebido o el abuso de su forma, persiguiendo fines contrarios a los establecidos en la legislación pertinente.

El resultado de levantar el velo societario a una sociedad es la inoponibilidad o nulidad de los actos realizados en fraude a sus acreedores, o la reparación de daños; la sociedad no desaparece respecto a sus demás actuaciones, si

45. BOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español". 4ª ed.; Ed. Aranzadi, 2006. Pág. 450.

estas fueron lícitas, pues sólo se examinan y juzgan los actos con respecto de los acreedores o terceros víctimas de un fraude o abuso.

La doctrina del levantamiento del velo debe ser entendida como una herramienta de uso excepcional, que sirve como un medio para aplicar el derecho de fondo. En otras palabras, la doctrina no es un fin en sí misma, constituye una operación mediante la cual el juzgador al levantar el velo societario puede analizar y decidir si efectivamente se ha utilizado la personalidad jurídica de manera abusiva o no. Además, teniendo la acción una naturaleza de carácter restrictivo, excepcional y de aplicación subsidiaria, es decir solo es aplicable cuando no haya más remedio y no puedan utilizarse otros mecanismos sustantivos y procesales.

Podemos sostener efectivamente, según lo que hemos expuesto en el presente trabajo, que la doctrina del levantamiento del velo puede ser una solución válida ante el problema del abuso de la personalidad jurídica en las sociedades de responsabilidad limitada en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- BALBÍN, Sebastián. “Curso de Derecho de las Sociedades”, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2009.
- BOLDÓ RODA, Carmen. “Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español”. 4ª ed.; Ed. Aranzadi, 2006.
- BORDA, Guillermo Julio. “La persona jurídica y el corrimiento del velo societario”. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2000.
- BORDA, Guillermo. “Manual de Derecho Civil, Parte General”, 18ª ed. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996.
- BORGA, Ernesto Eduardo. “Buena fe”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Driskill, 1982.
- BRUNETTI, Antonio. “Tratado de las Sociedades”, Tomo I. Buenos Aires, Librería el Foro, 2003.
- BUSSO, Eduardo. “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Ediar, 1958.
- CAPUTO, Leandro Javier. “Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica Societaria”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.
- CONDORELLI, Epifanio L. “El abuso del derecho”, La Plata, Editora Platense, 1971.

- DOBSON ALVAREZ, Juan M. "El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)". Buenos Aires, Depalma, 1985.
- DURAND VIDARTE, Sandra. "Levantamiento del Velo Societario". Ensayo. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo Perú, 2009.
- KELSEN, HANS. "Teoría Pura del Derecho", 4ª ed., 9ª reimp. Buenos Aires, Eudeba, 2009. http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo1.pdf
- DOTA AMOROSO, Javier., "Seguridad Jurídica", Seminario SOCINFO, Madrid, 2012. <http://www.socinfo.es/contenido/seminarios/seguridadjuridica/AmorosArticulo.pdf>
- LLAMBÍAS, Jorge. "Tratado de Derecho Civil Parte General", Tomo II, 16ª Ed. Buenos Aires, Perrot, 1995.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica. "Necesidad de la Doctrina del Levantamiento del Velo en el Derecho Procesal Chileno", Revista Foro Derecho Mercantil N° 25, Oct.-Dic.2009, págs. 123-139. egal.legis.com.co/document.legis/necesidad-de-la-doctrina-del-levantamiento-del-velo?documento=rmercantil&contexto=rmercantil_7bcde4492f148030e0430a0101518030&vista=STD-PC
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. y José Daniel Cesano. "El Abuso de la Personalidad Jurídica de Las Sociedades Comerciales". Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000.
- MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos Alberto. "El allanamiento de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario". En: Tratado de Derecho Mercantil, T.I. Gaceta Jurídica. 2003.
- MORENO RUFFINELLI, José. "Derecho Civil I: Parte General de las Personas", 5ª ed. Asunción, Intercontinental, 2000.
- PALMERO, Juan Carlos. "Personalidad. Derecho Societario y de la Empresa". Córdoba, 1992.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. "La Seguridad Jurídica: Una Garantía del Derecho y la Justicia". <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-2000-1548A09575/PDF>
- PICO I JUNOY, Joan. "El principio de la buena fe procesal", Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2003.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. "Derecho Romano". Buenos Aires, Argentina. Astrea, 2001.
- RECASÉNS SICHES, Luis. "Equidad", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, 1982, T. X, pág. 427.

DOCTRINA

- RICHARD, Efraín y MUIÑO Orlando. "Derecho Societario". Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
- RIVERA, Julio César. "Instituciones de Derecho Civil. Parte general". Buenos Aires, Abeledo Perrot. 2004.
- RODRÍGUEZ, Joaquín Garrigues. "Tratado de Sociedades mercantiles". Tomo II, Madrid, 1947.
- SERICK, Rolf. "Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles (el abuso del derecho por medio de las personas jurídicas)", traducción y Comentarios de Derecho Español por José Puig Brutau. Barcelona, Ed. Ariel, 1958.
- TORRE Abelardo. "Introducción al Derecho", 14ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 2003.
- VERÓN, Alberto Víctor. "Tratado de las Sociedades Anónimas". Tomo III. Buenos Aires: La Ley S.A. 2008.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto. "Derecho de las sociedades comerciales". 9ª ed., ampliada y actualizada; Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2000.
- WORMSER, Maurice. "Disregard of corporate fiction and allied corporation problems", Baker Voorhis and Company, New York, 1929.

Jurisprudencia

TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 206

Cuestión debatida: *La parte apelante se agravia contra un informe de denuncia de los fiscalizadores de la SET del Ministerio de Hacienda cuya Resolución impugnada en esta demanda, señala que dichos gastos no están debidamente documentados. Se analiza a la luz de la ley mencionada si el servicio de “Armado de Bicicletas”, puede ser tenido como un trabajo permanente o temporal, comparando con la figura similar de “Promoción”. También corresponde calificar si la deducibilidad de las remuneraciones pagadas al personal superior bajo las Cuentas “Remuneración del Personal Superior” y “Dieta de Directores” realizada por la firma Britam SA, ha respetado el límite de deducibilidad y realizado el prorrateo conforme a la proporción de sus ingresos gravados y exentos.*

TRIBUTOS. Contribuyente. PERSONAS. Personas físicas. JUICIO EJECUTIVO. Factura compra.

La Factura de Compra se podrá utilizar para documentar adquisiciones de bienes y servicios prestados por personas físicas que no están obligadas a emitir facturas. Que, en el caso particular se han requerido los servicios ocasionales de personas físicas para realizar trabajos de armado de las bicicletas. Como estos trabajos son ocasionales, la empresa no les puede contratar en forma permanente e incluirlos en la planilla de trabajo y aportar al IPS, dado que los mismos no realizan el trabajo en forma continuada. Por otra parte, estas personas físicas como no son comerciantes y no constituyen una empresa unipersonal, evidentemente que no son contribuyentes de impuestos, pues no reúnen los requisitos para serlo, por tanto no están obligados a emitir facturas por su trabajo. En

consecuencia se halla estrictamente ajustada a la Resolución N° 42/92, la documentación de los pagos a los armadores de bicicletas con la factura de compra, pues este documento está contemplado en la reglamentación como un documento legal para documentar compras de bienes o para documentar los servicios prestados por personas físicas que no están obligadas a facturar. En la misma situación se encuentran los gastos de promoción, pues dichos gastos están integrados por los servicios prestados ocasionalmente por personas físicas.

TRIBUTOS. Contribuyente. PERSONAS. Personas físicas. JUICIO EJECUTIVO. Factura compra. Trabajos temporales.

Se contratan personas físicas que realizan trabajos de promoción en forma ocasional y en consecuencia no pueden emitir ningún tipo de factura pues los mismos no son contribuyentes pues no reúnen las exigencias legales para serlo.

TRIBUTOS. Contribuyente. PERSONAS. Personas físicas. JUICIO EJECUTIVO. Factura compra. Trabajos temporales. IMPUESTOS. Gastos deducibles.

Para determinar la realidad del gasto los auditores debieron establecer primeramente la cantidad de personales sometidos al régimen de deducibilidad de la Resolución SET N° 996/95, luego de lo cual comprobar con precisión el monto efectivamente abonado en concepto de remuneración, y el Acta de Asamblea en el que se sustentan los auditores no constituye un instrumento demostrativo de tales extremos, es más la actora en su descargo, a fs. 139 del expediente administrativo agregado, adjunta el Acta de Asamblea en la que se designa al Directorio para el periodo 1994/1996 y se aprecia la designación de dos directores, no uno como asientan los auditores; determinada la cantidad de directores se debió proceder a verificar la documentación que instrumenta el pago realizado a los mismos –Factura de Compra o Recibo de Salario según art. 3° de la Resolución SET 996/95– no presumir que la remuneración la constituye el límite de cuatro salarios mínimos asentado en un Acta de Asamblea, es más, la potestad para establecer la remuneración queda delegada al Directorio, por lo que bien la remuneración efectiva pudo bien estar por debajo de los cuatro salarios, o incluso por encima transgrediendo la limitación establecida, lo que constituiría un posible motivo de litigio entre los socios que no sería competencia de este Tribunal ni de la Instancia Administrativa de la Subsecretaría de Estado de Tributación. Tampoco los auditores han referido nada respecto a la existencia de Gerentes, cuya remuneración también debe ser incluida en el

cálculo de la deducibilidad en caso de que no aporten al IPS o emitan factura por servicios profesionales, y la actora ha aportado elementos.

TRIBUTOS. Contribuyente. PERSONAS. Personas físicas. JUICIO EJECUTIVO. Factura compra. Trabajos temporales. IMPUESTOS. Gastos deducibles. SOCIEDAD ANÓNIMA. Remuneración de los Directores.

Respecto a la Remuneración de Personal Superior y Dieta de Directores refiere que han acatado el límite de deducibilidad y realizado el prorrateo correspondiente amparándose en una planilla demostrativa de remuneraciones de ingresos que denuncia no haber sido tenida en cuenta en sede administrativa.

TRIBUTOS. Contribuyente. PERSONAS. Personas físicas. JUICIO EJECUTIVO. Factura compra. Trabajos temporales. IMPUESTOS. Gastos deducibles. SOCIEDAD ANÓNIMA. Remuneración de los Directores.

El límite de deducibilidad de cada director de acuerdo a una escala que parte del importe de las ventas brutas del ejercicio, en el caso de la actora y conforme al importe de ventas asentados en los balances agregados, en todos los ejercicios a ser analizados se le aplica la última escala, es decir, la deducibilidad de la remuneración de cada director se limita a seis salarios mínimos mensuales, lo que no implica que no se le pueda retribuir por encima del monto que resulte de multiplicar el monto del salario mínimo por seis, sino que la suma que exceda de ese monto no será deducible; a su vez, cualquiera sea la cantidad de directores que presten servicios en una empresa, su remuneración deducible en particular no podrá superar seis salarios mínimos, o en conjunto no podrá superar la cantidad de veinte; o sea que, si la actora hubiera tenido cinco directores a los que hubiera abonado como retribución a cada uno dos salarios mínimos, la cantidad resultante de diez salarios mínimos sería totalmente deducible, claro que sin considerar el prorrateo; a hora bien, de haber abonado cinco salarios mínimos a cada director hubieran sido deducibles sólo 20 de los 25 salarios mínimos remunerados.

TRIBUTOS. Contribuyente. PERSONAS. Personas físicas. Trabajos temporales. IMPUESTOS. Gastos deducibles. SOCIEDAD ANÓNIMA. Remuneración de los Directores.

En materia tributaria la determinación de oficio, se construye en base a documentaciones que se encuentran regladas por el ordenamiento jurídico; así

el acta de nombramiento de un gerente o de nombramiento de los miembros del Directorio, y la fijación de sus respectivas retribuciones, o los poderes otorgados por la empresa, constituyen actuaciones de naturaleza societaria que incumben solamente a los socios, y por tanto no pueden constituirse en elementos valorativos que justifiquen disminuciones de la base imponible, ya que para el efecto debe cumplirse estrictamente las disposiciones que regulan la deducibilidad de los gastos, es decir deben ser necesarios, reales y estar debidamente documentados, y a la falta de uno de estos presupuestos el gasto deviene no deducible.

T. de Ctas. Primera Sala. 29/07/11 “BRITAM S.A. C/ RES. RP N° 208/07 DE FECHA 14/05/2007, DICT. POR LA SUB-SRÍA. DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN”. (Ac y Sent. N° 206)

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Están ajustados a derecho los actos administrativos impugnados?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: RODRIGO A. ESCOBAR, MARTÍN ÁVALOS VALDEZ Y ROLANDO OJEDA.

Y EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, RODRIGO A. ESCOBAR, DIJO: Que, en fecha 22 de agosto del dos mil siete (fs. 15-23 de autos), se presentaron ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, los abogados Hugo Vallory y Hermann Weisensee Samson, en representación de la firma BRITAM S.A. a promover demanda contencioso-administrativa contra la Resolución RP N° 208/07, que confirma la Resolución SET N° 30/04 dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda. Funda la demanda en los siguientes términos: “... *Que los antecedentes del caso se remontan a la fiscalización ordenada por la Subsecretaría de Tributación a través de la Nota SSET N° 72 de fecha 21 de junio de 1999, por la cual se dispuso la fiscalización de “BRITAM SA” para verificar el cumplimiento de las obligaciones impositivas, siendo controlados los ejercicios fiscales 1995, 1996, 1997 y 1998. Los trabajos de fiscalización culminaron en fecha 10 de mayo de 2000, de acuerdo al Acta final de Inspección obrante a fojas 5 del expediente administrativo. Posteriormente, los funcionarios fiscalizadores, presentaron su informe denuncia sobre las supuestas irregularidades constatadas en el proceso de fiscalización, instrumentado en el informe DVF N° 326/00 de fecha 29 de*

mayo de 2000. Finalmente se dictó la Resolución SET N° 30 del 16 febrero del año 2004, por la cual se hizo lugar parcialmente al informe DVF N° 326/00, por medio de la cual se practicó la determinación de deudas y se sancionó con multa a la firma BRITAM SA, confirmándose parcialmente lo denunciado por los fiscalizadores, en los siguientes rubros: Año 1995: Gastos no deducibles: por un monto imponible total de Gs. 260.550.376; Año 1996: Gastos no deducibles: por un monto imponible total de Gs. 68.171.274; Año 1998: Gastos no deducibles: por un monto imponible total de Gs. 69.445.534. Que, nuestra representada se agravia contra la Resolución RP N° 208 de fecha 14 de mayo de 2007 que deniega el recurso de reconsideración deducido por nuestra mandante y confirma en su totalidad la Resolución SET N° 30 de fecha 16 de febrero de 2004, por la cual se determina deudas y se aplica multas a BRITAM SA. En primer lugar nos referiremos al rubro objetado y denunciado por los fiscalizadores bajo el título de “Promoción y Armado de Bicicletas” y que fuera confirmado por las resoluciones impugnadas por la presente demanda. ...Que, en el proceso sumarial y en el recurso de reconsideración se ha señalado hasta el cansancio, que la firma que representamos se ha ajustado a lo que dispone la ley y la reglamentación pertinente. A este respecto, cabe poner de resalto, que el trasfondo o el motivo esgrimido por la Administración Tributaria para la impugnación de los gastos cuestionados denominados “promoción y armado de bicicletas”, es una cuestión meramente formal, pues como vuestras excelencias podrán notar, los fiscalizadores impugnaron los referidos gastos, porque estaban documentados con “FACTURA de COMPRA”. Sin embargo, no se ha negado la existencia misma del gasto, pues se ha reconocido explícitamente en el informe de los fiscalizadores y en la misma resolución de determinación, la realidad del gasto realizado. Tampoco, se ha objetado o discutido la necesidad del gasto realizado ni su relación con el giro de la empresa, es decir hay un reconocimiento implícito por parte de la Administración Tributaria que la firma ha realizado los gastos para el armado de las bicicletas importadas por piezas desarmadas. Que, la Administración Tributaria durante la fiscalización realizada en la empresa por medio de los funcionarios fiscalizadores y posteriormente en el sumario administrativo, ha tenido acceso a todas las documentaciones contables de la empresa así como a los Comprobantes de Compras y los Despachos de Importación de mercaderías. De estos elementos surge que la firma es importadora y representante de bicicletas y que éstas son importadas totalmente desarmadas, esto se halla demostrado con los

Despachos de importación que obran en los archivos tributarios de la empresa y a los cuales tuvieron acceso irrestricto los fiscalizadores y las copias de Despachos de Importación presentadas durante el periodo probatorio del sumario administrativo, que forman parte de los antecedentes administrativos. Que, al ser importadas las bicicletas totalmente desarmadas, es absolutamente necesario contar con “armadores”, y estos son requeridos cada vez que se realizan las importaciones, para que realicen el armado y montaje de las bicicletas. Estas personas que son requeridas para realizar el trabajo de montaje y armado, no pueden estar en la planilla del IPS, pues sus servicios son requeridos en forma ocasional, es decir cada vez que se los necesita, y esto ocurre las veces que se realizan las importaciones, que por lo demás no se efectúa, en forma periódica y constante sino solamente en algunas ocasiones en el año a fin de generar stock. De manera que este tipo de actividad no requiere de personal permanente ni mucho menos en relación de dependencia, porque su servicio es ocasional, porque la necesidad del servicio es ocasional. Por tanto, al no realizar trabajos en forma continuada y permanente, es imposible que sean incorporados como personal en relación de dependencia y aportar a la seguridad social. En consecuencia, la firma Britam SA ha obrado correctamente cuando ha documentado los pagos realizados a los armadores de bicicleta, por su trabajo de armado y montaje de bicicletas, con la FACTURA de COMPRA, que en aquel momento, estaba expresamente previsto en el Artículo xxx de la resolución N° 42/92. De todo lo hasta aquí expresado surge que, el motivo de la impugnación de los gastos de promoción y armado de bicicletas, es por una cuestión estrictamente formal, pues en el informe denuncia de los fiscalizadores y en la Resolución impugnada en esta demanda, se señala que dichos gastos no están debidamente documentados... dichos gastos, sí reúnen todos los requisitos establecidos en el Artículo 8 de la Ley 125/91... está demostrado que los gastos son reales y esto no ha sido negado por los fiscalizadores ni en la Resolución de Determinación SET N° 30/04. Está demostrado también que dichos gastos están relacionados con el giro y la actividad de la empresa, pues la empresa importa bicicletas desarmadas y necesariamente éstas deben ser armadas para poder ser vendidas, por tanto el servicio realizado por los armadores es absolutamente necesario para que las bicicletas se puedan colocar en condición de ser vendidas, de manera que el gasto es necesario. Está demostrado también que estos gastos están debidamente documentados, pues se ajustan estrictamente a lo establecido en la reglamentación.

En efecto, la Resolución N° 42/92, establece que la Factura de Compra se podrá utilizar para documentar adquisiciones de bienes y servicios prestados por personas físicas que no están obligadas a emitir facturas. Que, en el caso particular se han requerido los servicios ocasionales de personas físicas para realizar trabajos de armado de las bicicletas. Como estos trabajos son ocasionales, la empresa no les puede contratar en forma permanente e incluirlos en la planilla de trabajo y aportar al IPS, dado que los mismos no realizan el trabajo en forma continuada. Por otra parte, estas personas físicas como no son comerciantes y no constituyen una empresa unipersonal, evidentemente que no son contribuyentes de impuestos, pues no reúnen los requisitos para serlo, por tanto no están obligados a emitir facturas por su trabajo. En consecuencia se halla estrictamente ajustada a la Resolución N° 42/92, la documentación de los pagos a los armadores de bicicletas con la FACTURA COMPRA, pues este documento está contemplado en la reglamentación como un documento legal para documentar compras de bienes o para documentar los servicios prestados por personas físicas que no están obligadas a facturar. En la misma situación se encuentran los gastos de promoción, pues dichos gastos están integrados por los servicios prestados ocasionalmente por personas físicas, que en algunas ocasiones has prestado servicios en la Expo de Mariano Roque Alonso, y en otras en eventos deportivos y de exhibición de las bicicletas que la firma importa y comercializa, eventos estos auspiciados por la firma como representante de la marca de bicicletas MONARK. En estas ocasiones se contratan personas físicas que realizan trabajos de promoción en forma ocasional y en consecuencia no pueden emitir ningún tipo de factura pues los mismos no son contribuyentes pues no reúnen las exigencias legales para serlo. Por lo tanto, de acuerdo a lo previsto en la Resolución N° 42/92 se ha documentado con Factura Compra y en consecuencia se hallan debidamente documentados, por estar este documento expresamente reglamentado por la reglamentación es decir la Resolución N° 42/92. ...". En relación a la remuneración del Personal Superior y dietas de Directores señala lo siguiente: "...nuestra representada ha dado cumplimiento a lo establecido en el Artículo 8 inciso c) de la Ley 125/91. En efecto, el referido Artículo 8 inciso c) de la Ley 125/91, establece que serán deducibles las remuneraciones personales tales como sueldos, salarios, comisiones, bonificaciones y gratificaciones por prestación de servicios personales... Seguidamente en el último párrafo dispone: ...Quedan comprendidos en este inciso los sueldos del dueño, socios y Directores. La presente

disposición es de aplicación al cónyuge y parientes del dueño, socios o directores... Que, en primer término se hace referencia que en el considerando de la Resolución SET N° 30/04, señala que nuestra mandante no ha presentado las pruebas que se mencionaron en el escrito de descargo en el sumario, lo cual ha sido desmentido en el escrito de reconsideración presentado por BRITAM SA, cuya parte sustancial se transcribe a continuación y que obra en el Expediente Administrativo. En efecto, se ha señalado en el escrito de reconsideración cuanto sigue: "...En primer término, se impugna la Providencia del Juzgado de Instrucción de fecha 20 de febrero de 2002, obrante a fojas 52 del expediente por la cual se declara cerrado el periodo probatorio, en base al informe del Actuario, quien informa "... que la firma sumariada ha sido notificada y no ha ofrecido ni diligenciado prueba alguna, habiendo transcurrido el plazo para hacerlo... La reclamación realizada en el recurso de reconsideración presentada por BRITAM SA, no fue tomada en cuenta por la Administración Tributaria, desconociendo las pruebas documentales ofrecidas y presentadas durante el sumario administrativo... Que, el punto cuestionado es de simple comprobación, analizado los balances impositivos de la firma a fin de verificar si se ha violado o no la reglamentación sobre la deducción de las remuneraciones de los Directores de la Empresa. En primer término, cabe recordar que el artículo 9 incisos f) de la Ley 125/91, establece que los gastos indirectos serán deducibles proporcionalmente, en la forma y condiciones que establezca la reglamentación. Por su parte, la Resolución N° 996/95, que estaba vigente al momento de realizarse los gastos impugnados, por el concepto de remuneración del personal superior, establece que las remuneraciones del personal superior serán deducibles en forma proporcional, cuando se realizan operaciones gravadas y no gravadas por el impuesto. En el caso particular de BRITAM SA, se ha dado cumplimiento a esta disposición legal y ello se puede comprobar fehacientemente con los balances impositivos..." "Por consiguiente, basados en los fundamentos de hechos y de derecho expuestos precedentemente, queda demostrado que BRITAM SA, ha deducido correctamente las remuneraciones del personal superior de la empresa y las dietas de los Directores, conforme surge de los balances impositivos de los años 1995, 1996 y 1998.

Termina solicitando que, previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso-administrativa, con costas.

Que, en fecha 4 de abril del año dos mil ocho (fojas 35-45 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el Abog. Fiscal del Ministerio de Hacienda Hugo A. Campos Lozano, bajo patrocinio del Abog. Juan Cristóbal Silva, abogado del Tesoro, a contestar la demanda. Funda la contestación en los siguientes términos: “1) *Por Resolución N° 30 de fecha 16 de febrero de 2004 la Subsecretaría de Estado de Tributación, ordena el pago por parte del contribuyente en concepto de Impuesto a la renta, multas, recargos e intereses correspondientes a periodos fiscales 1995, 1996 y 1998, respectivamente. Dicha resolución reconoce como antecedente: a) La fiscalización realizada por funcionarios dependientes de la Dirección General de Grandes Contribuyentes de la Subsecretaría de Estado de Tributación, comisionados según Nota N° 72 de fecha 21 de junio de 1999, que tuvo inicio en fecha 23 de junio de 1999 y finalizó en fecha 10 de mayo de 2000 (según Actas obrantes en autos). b) El informe D. V.F. N° 326 de fecha 29 de mayo de 2000, elevado por los auditores del Departamento de Verificación Fiscal (Dirección General de Grandes Contribuyentes), que en resumen expresa: “...DETALLE DE LAS SUPUESTAS INFRACCIONES DETECTADAS EJERCICIO 1995: LEY 125/91- LIBRO I - IMPUESTO A LOS INGRESOS TITULO 1. IMPUESTO A LA RENTA - CAPITULO 1. RENTAS DE ACTIVIDADES COMERCIALES INDUSTRIALES O DE SERVICIOS* Abultamiento de Costo: Analizadas las cuentas mercaderías y costo de mercaderías gravadas por el impuesto a la renta, se ha detectado el abultamiento de los costos, afectando a la renta neta imponible por un monto de (Gs. 145.000.000) Guaraníes ciento cuarenta y cinco millones, Supuesta infracción tipificada en el art. 172 y siguientes de la mencionada disposición legal. -Esta Auditoria consideró como un abultamiento a la cuenta costo de mercaderías gravadas, la inclusión como parte de la misma cuenta publicidad y promoción por un monto de Gs. 145.000.000, según consta en el folio 358 del Libro Diario asiento de fecha 15 de diciembre de 1995, no registrando salida de mercaderías gravadas por el mismo monto. Gastos no Deducibles: A) Se ha detectado que la empresa ha considerado como gastos deducibles para la determinación de la renta neta imponible comprobantes (Factura de compra correspondiente a Promoción y Armado de Bicicletas) que no reúnen los requisitos establecidos en el art. 8° de la Ley 125/91 y reglamentación correspondiente, por un monto de G. 368.261.471. Debido a que la empresa importa mercaderías bajo el régimen de turismo, realizando el pro-rateo de los gastos y aplicando el coeficiente correspondiente a las ventas de

mercaderías gravadas por el impuesto a la renta resulta un monto imponible de (G. 157.039.921) Guaraníes Ciento cincuenta y siete millones treinta y nueve mil novecientos veinte y uno. Supuesta infracción tipificada en el art. 172 y siguientes de la mencionada disposición legal. Asimismo, hemos considerado como gastos no deducibles la emisión de Factura de Compra, por los servicios de armado de bicicletas y promoción. El servicio de armado de bicicletas constituye un trabajo calificado, enmarcado dentro del art. 2º inciso f), de la Ley 125/91, por tanto deberían expedir factura legal. Con relación a promoción, ésta constituye un servicio la que está enmarcada dentro del arto 78 numeral 2) inciso f) de la ley 125/91 y reglamentación Decreto 13424/92, Art. 13. Para mejor ilustración se adjunta listado de las Facturas de Compras. B) Analizada la cuenta Remuneración de Personal Superior y verificado el Libro de Actas de la Asamblea Ordinaria, se ha detectado que la empresa no ha considerado lo establecido en el Art. 8º inciso c) de la Ley 125/91 y reglamentación correspondiente, por lo que resulta un monto de Gs. 242.733.900. Debido a que la empresa importa mercaderías bajo el régimen de turismo, realizando el prorrateo de los gastos y aplicando el coeficiente correspondiente a las ventas de mercaderías gravadas por el impuesto a la renta, surge un monto imponible de (Gs. 103.510.455) Guaraníes Ciento tres millones quinientos diez mil cuatrocientos cincuenta y cinco. Supuesta infracción tipificada en el arto 172 y siguientes de la mencionada disposición legal. La ley 125/91 establece límites con respecto a la deducibilidad de la Remuneración del Director Presidente hasta un máximo mensual equivalente a (20) veinte salarios mínimos. En acta N° 7 de fecha 18 de abril de 1995 del Libro de Actas de la empresa, en el tercer punto se fija que la remuneración del Director Presidente no sobrepasará (4) cuatro salarios mínimos... C) Analizada las cuenta Dieta de los Directores, se ha detectado que la empresa no ha considerado lo establecido en el art. 8º de la Ley 125/91 y reglamentación correspondientes, por un monto de G. 110.209.080. Debido a que la empresa importa mercaderías bajo el régimen de turismo, realizando el prorrateo de los gastos y aplicando el coeficiente correspondiente a las ventas de las mercaderías gravadas por el impuesto a la renta, surge un monto imponible de (G. 46.997.111) Guaraníes Cuarenta y seis millones novecientos noventa y siete mil ciento once. Supuesta infracción tipificada en el art. 172 y siguientes de la mencionada disposición legal. EJERCICIO 1996 LEY 125/91 -LIBRO I - IMPUESTOS A LOS INGRESOS TÍTULO 1. IMPUESTO A LA RENTA -CAPÍTULO 1. REN-

TAS DE ACTIVIDADES COMERCIALES, INDUSTRIALES O DE SERVICIOS. Gastos no deducibles: A) Analizada la cuenta remuneración de Personal Superior y verificado el Libro de Actas de la Asamblea Ordinaria, se ha detectado que la empresa no ha considerado lo establecido en el art. 8º inciso c) de la Ley 125/91 y reglamentación correspondiente, por lo que resulta un monto de G. 32.732.865. Debido a que la empresa importa mercaderías bajo el régimen de turismo, realizando el prorrateo de los gastos y aplicando el coeficiente correspondientes a las ventas de mercaderías gravadas por el impuesto a la renta, surge un monto imponible de G. 12.173.696) Guaraníes Doce millones ciento setenta y tres mil seiscientos noventa y seis. Supuesta infracción tipificado en el art. 172 y siguientes de la mencionada disposición legal: La Ley 125/91 establece límites con respecto a la deducibilidad de la Remuneración de Directores, hasta un máximo mensual equivalente a (20) veinte salarios mínimos por cada Director. acta Nº 8 de fecha 17 de abril de 1996 del Libro de Actas de la Empresa, en el quinto punto se fija la remuneración de los Directores estableciéndose las mismas de acuerdo a las normas vigentes. Realizado el cálculo correspondiente resulta: ... TOTAL R.P.S. DEDUCIBLE SEGÚN LIBRO DE ACTA 264.474.360 R.P.S según Balance Impositivo 297.207.225 R.P.S. No deducible según auditoría 32.732.865 R.P.S. Remuneración Personal Superior. B) Analizada la cuenta Dieta de Directores, se ha detectado que la empresa no ha considerado lo establecido en el art. 8º de la Ley 125/91 y reglamentación correspondiente, por un monto de Gs. 150.567.345. Debido a que la empresa importa mercaderías bajo el régimen de turismo, realizando el prorrateo de los gastos y aplicando el coeficiente correspondiente a la ventas de las mercaderías gravadas por el impuesto a la renta, surge un monto imponible de (G. 55.997.578) Guaraníes cincuenta y cinco millones novecientos noventa y siete mil quinientos setenta y ocho. Supuesta infracción tipificada en el art. 172 y siguientes de la mencionada disposición legal. - EJERCICIO 1997: LEY 125/91 - LIBRO I - IMPUESTOS A LOS INGRESOS TÍTULO 1. IMPUESTO A LA RENTA - CAPÍTULO 1. RENTAS DE ACTIVIDADES COMERCIALES, INDUSTRIALES O DE SERVICIOS Gastos No deducibles: Analizada la cuenta de Dieta de Directores, se ha detectado que la empresa no ha considerado lo establecido en el art. 8º de la Ley 125/91 y reglamentación correspondiente, por un monto de G. 250.602.690. Debido a que la empresa importa mercaderías bajo el régimen de turismo, realizando el prorrateo de los gastos y aplicando el coeficiente correspondiente a las ventas de las

mercaderías gravadas por el impuesto a la renta, surge un monto de (G. 127.088.213). Supuesta infracción tipificada en el art. 172 y siguientes de la mencionada disposición legal. En este ejercicio no existe impuesto que abonar debido a que la empresa declara pérdida fiscal de G. 250.153.385, por lo que deberá presentar una declaración jurada rectificativa. EJERCICIO 1998: LEY 125/91 - LIBRO I - IMPUESTO A LOS INGRESOS TÍTULO 1. IMPUESTO A LA RENTA - CAPÍTULO 1. RENTAS DE ACTIVIDADES COMERCIALES INDUSTRIALES O DE SERVICIOS. Gastos no deducibles: Analizadas la cuenta de Dieta de Directores, se ha detectado que la empresa no ha considerado lo establecido en el art. 8º de la Ley 125/91 y reglamentación correspondiente, por un, el monto de G. 418.248.870. Debido a que la empresa importa mercadería bajo el régimen de turismo, realizando el prorrateo de los gastos y aplicando el coeficiente correspondiente al de la ventas de las mercaderías gravadas por el impuesto a la renta, surge un monto de (G. 192.510.706). La supuesta infracción tipificada en el art. 172 y siguientes de la mencionada disposición legal. Una vez rectificada la declaración jurada del ejercicio 1997, la empresa tendrá una pérdida fiscal de Gs. 123.065, la que será compensada con el monto denunciado de G. 192.510.706, resultado un monto imponible de (G. 69.445.534) Guaraníes sesenta y nueve millones cuatrocientos cuarenta y cinco mil quinientos treinta y cuatro. Es conveniente señalar que, al considerar la cuenta de Dieta de Directores como gasto deducible, la empresa incurrió en un acto de liberalidad, en razón de que el mismo no constituye un gasto necesario para obtener y mantener la fuente productora...”. c) el Sumario Administrativo Tributario iniciado según J.I. N° 08 de fecha 19 de junio de 2.000, concluido según Dictamen N° 611 de fecha 17 de junio de 2002. 2) Por Resolución RP N° 208 de fecha 26 de diciembre de 2005 de la Subsecretaría de Estado de Tributación, se ha rechazado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 30/04, ut supra citada. Sus antecedentes son: a) el escrito de reconsideración presentado en fecha 07 de abril de 2004. b) El dictamen N° 352 de fecha 26 de abril de 2007, en el cual la Asesoría Jurídica de la Subsecretaría de Estado de Tributación ha concluido que al no haberse aportado datos nuevos que desvirtúen los datos recurridos y las previsiones del Art. 9º de la Ley 125/91 sobre los gastos deducibles, resulta pertinente el rechazo del recurso interpuesto...”. De igual modo señala cuanto sigue: “La aplicación conjunta y concomitante a las citadas normativas permite concluir con meridiana claridad la vigencia de la presunción “juris tantum”, de

legitimidad de los actos realizados por la administración en ejercicio de sus funciones, lo cual es sin duda aplicable al caso de los informes y denuncias elevadas por sus funcionarios y relacionados con la violación del sistema tributario nacional, y a los actos posteriores que surgieran de su consecuencia, lo cual se aclara es principio consagrado en nuestra legislación. Específicamente, la denuncia formulada por los funcionarios auditores de la Subsecretaría de Estado de Tributación deberá limitarse, a más de los datos identificatorios pertinentes (nombres, apellidos, domicilios, etc. tanto de los denunciantes como los denunciados), a realizar una descripción de los hechos y documentos en que se base la denuncia, pero en ningún caso se hallan facultados a calificar las infracciones o sugerir las pertinentes sanciones en caso de constarse la veracidad de las mismas, dado que es a la Administración Tributaria, a través de sus órganos idóneos, la que corresponde el proceso de Instrucción del Sumario respectivo y eventualmente, el de determinación de las obligaciones, accesorios legales y/o sanciones respectivas. De esta manera, los funcionarios intervinientes –en mandato del texto legal expreso– se han limitado a señalar, tanto en el Acta Final, que como resultado de la verificación realizada la existencia de supuestas infracciones a la Ley N° 125/91, según tipificación consagrada en sus arts. 172 y 173, con la gradación dada por el art. 175 de la misma norma. De igual manera, puede notarse que el procedimiento administrativo (de tipo sumario) fijado para la investigación y esclarecimiento de supuestas infracciones determina no solo la posibilidad de que el contribuyente argumente –por las vías pertinentes– las cuestiones que hagan a la razón de sus pretensiones, sino que igualmente le impone la carga de ofrecer y adjuntar las pruebas que hagan a la razón de sus dichos. En tal sentido, habida cuenta la calidad de instrumento público (que goza de plena fe en juicio) de que están investidos los informes elevados por los funcionarios de la Subsecretaría de Estado de Tributación, la carga de la prueba incumbe al administrado, el cual deberá acreditar la falsedad de las imputaciones realizadas y/o documentar sus argumentaciones, a fin de modificar o extinguir sus efectos. De esta manera, y conforme a una somera lectura de las actuaciones del sumario administrativo instruido al contribuyente, donde los mismos se han limitado a argumentar a su favor sin aportar pruebas que hagan a estas en la etapa procesal oportuna, puede concluirse que dicha negligencia probatoria determina una defensa ineficiente de su posición y acarrea una resolución de la administración contraria a sus pretensiones. Con relación al caso específico de

la cuenta “promoción y armado de bicicletas”, debemos señalar que efectivamente el trabajo de armado de bicicletas constituye un trabajo calificado, que exige necesariamente un conocimiento técnico, ya sea por cuenta propia de los trabajadores o en su caso ofrecida por la empresa. En primer lugar, los altos montos consignados en tal rubro, tornan dudoso el hecho de que los servicios realizados hayan sido ejecutados por contracciones ocasionales, para el caso de que haya sido realizados por particulares, bajo la figura del contrato profesional independiente, previsto en el art. 845 del Código Civil. Si así hubiera sido, debieron haberse emitido las documentaciones legales admitidas por Ley y si fueron realizados por particulares en forma dependiente, a quienes se le habrá capacitado necesariamente, la empresa debió de realzar los aportes sociales vigentes es decir al Instituto de Previsión Social. En lo relativo a los gastos por promoción, no se halla disgregada de los gastos de armado de bicicletas, por lo que se presume que corresponden a una misma cuenta y por tanto sigue la misma suerte conforme a las consideraciones expuestas ya precedentemente. Por otro lado, y la impugnación por gastos no deducidos en la cuenta de remuneración de personal superior y dietas de directores, debemos señalar el informe de los auditores, donde se expone claramente de las razones de las mismas: 1) Por un lado, por no realizar el prorrateo pertinente, teniendo en cuenta que la empresa obtiene ingresos gravados y exentos; y 2) porque los montos imputados como pérdida en el cuadro de resultado, exceden del límite establecido en las resoluciones pertinentes. Por lo demás, la parte actora, en todo el proceso sumarial, se ha limitado a señalar al respecto que a los efectos tributarios la empresa ha respetado rigurosamente lo establecido en el art. 8º de la Ley 125/91 y su reglamentación, agregando finalmente que a fin de demostrar fehacientemente lo afirmado, se acompañará una planilla demostrativa de remuneraciones e ingresos y en la ocasión procesal probatorias se presentará toda la documentación de respaldo. Sin embargo, dentro del periodo probatorio del sumario no se ha arrimado ninguna documentación, ni tampoco lo ha hecho hasta la fecha. En tal sentido, es menester aclarar que la inexistencia de dicha documentación respaldatoria, y sumada a la declaración ante la administración por medio de sus balances y declaraciones juradas determinan la presunción de la existencia de una evasión fiscal por parte del citado contribuyente, cuya prueba en contrario le incumbe, por mandato expreso de la ley.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuen-

tas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso-administrativa, con costas.

Que a fojas 45 vlto. de autos, consta la providencia de fecha 08 de abril del 2009, donde se declara la competencia del Tribunal para entender en el presente juicio y existiendo hechos que probar, recibir la causa a prueba por todo el término de ley.

Que, a fojas 50 vlto. de autos, consta el informe del Actuario, de fecha 08 de julio de 2008, donde el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, llama AUTOS PARA SENTENCIA.

Y EL EXCELENTÍSIMO SEÑOR MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBARE., PROSIGUIÓ DICHIENDO: La firma BRITAM S.A. fue objeto de fiscalización en sus obligaciones impositivas por parte de la Subsecretaría de Estado de Tributación, a cuyo término se labró el Acta Final de fs. 240 y sgte., en el cual se resumen algunas supuestas infracciones a la Ley 125/91, a saber: Ejercicio 1995, Abultamiento de costo – Gastos no Deducibles: en los rubros Promoción y Armado de Bicicletas documentados con Factura de Compra – Ejercicios 1995, 1996, 1997 y 1998: Gastos no Deducibles en las cuentas Remuneración de Personal Superior y Dieta de Directores. En base a la denuncia de los fiscalizadores y luego de la tramitación de sumario administrativo, la imputación de Abultamiento de Costo del ejercicio 1995 es desestimada, no así las correspondientes a Promoción y Armado de Bicicletas por considerarse en sede administrativa, como un trabajo calificado y por el volumen pagado no considera factible su ejecución mediante contrato profesional independiente, sujeto a capacitación por parte de la empresa y por la actividad se debieron realizar aportes al IPS; en cuanto al rubro promociones, al no haberse disgregado en la denuncia ni por la defensa, presume que corresponde a una misma cuenta por lo que sigue la misma suerte. Asimismo, se confirma la impugnación de los gastos de las cuentas Remuneración de Personal Superior y Dieta de Directores, debido a que la empresa no ha considerado el prorrateo por obtener ingresos tanto gravados como exentos y exceder el límite de imputación como pérdida. La firma actora alega que los gastos de promoción y armado de bicicletas son necesarios para colocar su mercadería en condición de venta, constituir una actividad ocasional y que no necesita capacitación, por un lado; y para motivar su compra, por la otra; y al ser realizados por personas físicas no obligadas a expedir facturas, se ha documentado el gasto por

medio de la Factura de Compra de acuerdo a las disposiciones reglamentarias. Respecto a la Remuneración de Personal Superior y Dieta de Directores refiere que han acatado el límite de deducibilidad y realizado el prorrateo correspondiente amparándose en una planilla demostrativa de remuneraciones de ingresos que denuncia no haber sido tenida en cuenta en sede administrativa. Tal es el resumen de la controversia.

Que, a fin de ordenar el trabajo juzgador me permito dividir en tres rubros, los puntos a ser juzgados en la presente demanda, a saber: el primero “Armado de Bicicletas”, el segundo “Promoción” y el tercero “Remuneración de Personal Superior” y “Dieta de Directores”; el primer y segundo puntos propios del ejercicio 1995 y el tercero que compete a los ejercicios 1995, 1996 y 1997.

1. ARMADO DE BICICLETAS

En relación al punto primero “Armado de Bicicletas”, corresponde previamente precisar que la actora se dedica a la importación y venta de electrodomésticos, dentro de las mercaderías que comercia se encuentran las bicicletas de la marca “Monark”, que conforme a los despachos de importación agregados en autos, los introduce al país totalmente desarmados; según la actora el armado de los mismos se realiza según sus necesidades de contar con stock de mercaderías, para lo cual recurre ocasionalmente a los servicios de personas físicas que realizan el armado y que a los efectos de documentar los pagos de dichos servicios recurren a la Factura de Compra Reglamentada por medio de la Resolución N° 42/92, art. 1° inc. b), de fecha 23 de junio de 1992 y vigente a la fecha de la verificación “POR LA CUAL SE ESTABLECEN NORMAS PARA LA EMISIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS IMPUESTOS AL VALOR AGREGADO; RENTA Y TRIBUTO ÚNICO”, para regular su uso, la misma Resolución establece en su art. 8° que: “La emisión de facturas de compras se aceptará solo respecto de adquisiciones de bienes o prestación de servicios efectuados por personas físicas que no estén obligadas a expedir la documentación que establecen las disposiciones legales”.

Desde este punto de vista, se torna evidente que la actividad de los “Armadores de Bicicletas” es necesaria en el giro comercial de la actora, puesto que al adquirir la mercadería desarmada, resulta imprescindible su intervención para colocar el producto en condición de ser vendido, lo cual finalmente incidirá en el

costo del producto. Ahora bien, lo que objeta el fisco es la emisión de Facturas de Compra para la instrumentación del pago por los servicios y entiende que el armado de bicicletas es un trabajo calificado enmarcado dentro del art. 2º inciso f) de la Ley 125/91, por lo cual deberían expedir Factura legal. Respecto al carácter ocasional del servicio, esto queda probado en virtud a las fechas de emisión de las Facturas de Compra, así como el hecho de beneficiar a diferentes personas físicas, salvo casos en que se consigna la reiteración de nombres en dos y hasta tres casos; asimismo, la actora admite que dichos prestadores no son aportantes del Seguro Social ni cotizantes del Sistema Jubilatorio, considerando que no existe relación de dependencia, la que tampoco es advertida; así como tampoco se advierte la realización de tareas constantes, cumplimiento de un horario o percepción de una remuneración periódica, situaciones estas que configuran, entre otras, la relación de dependencia entre empresa y trabajadores. La postura del fisco, conforme a la verificación practicada y su acta final de inspección, es que la empresa ha considerado como gastos deducibles para la determinación de la renta neta imponible, comprobantes que no reúnen los requisitos establecidos en el art. 8º de la Ley 125/91 y reglamentación correspondiente; siendo lo cuestionable por la Administración Tributaria solamente el hecho de haber sido documentadas por medio de Facturas de Compra, no existiendo reparos en cuanto a los restantes dos requisitos de deducibilidad del gasto, la realidad y a necesidad; así el art. 8º de la Ley 125/91 dispone: “La renta neta se determinará deduciendo de la renta bruta gravada los gastos que sean necesarios para obtenerla y mantener la fuente productora, siempre que representen una erogación real y estén debidamente documentados”.

Que, efectivamente las personas prestadoras del servicio pudieron eventualmente estar obligadas a expedir documentación legal por sus servicios, pero para ello, de conformidad al art. 79 de la Ley 125/91, inciso a) (texto original) sus ingresos debieron superar el rango no incidido, que en el año 1995 fuera fijado en una suma inferior a guaraníes quince millones seiscientos treinta y tres mil setecientos cuarenta y cuatro (Gs. 15.633.744), conforme a la actualización efectuada por medio de la Resolución SET N° 4/95; aun así, la calidad de contribuyentes, por superar dicho monto, se perfecciona recién a partir del siguiente año; esta eventualidad se aprecia en el caso de dos de los armadores: Julio César Marecos, que percibió un total de Gs. 16.359.000, e Ireneo Giménez, cuyos ingresos ascendieron a Gs. 21.140.000; lo que los colocaría en la categoría de

contribuyentes del IVA y como sujetos obligados a expedir facturas por sus servicios, pero recién en el ejercicio 1996; por tanto esta magistratura considera que la instrumentación de los servicios personales prestados por los armadores de bicicletas a través de Facturas de Compra, se encuentra ajustada a las disposiciones del art. 8° de la Resolución SET 42/92 por consistir en la adquisición de un servicio para el armado de bicicletas; fue efectuado por personas físicas, conforme se desprende de los datos y firma insertos en las Facturas de Compra; y no existen elementos de juicio que indiquen que hayan estado obligadas a expedir documentación tributaria, cuestión no sometida a esclarecimiento en autos; que debió ser definida entre el eventual obligado y el fisco por las vías administrativas correspondientes. Aclaro que no se han encontrado ningún factor que indique la conjunción de capital y trabajo o participación exclusiva de capital, por lo que no se podría incluir la actividad de los armadores dentro del art. 2° inciso f) de la Ley 125/91, por lo que me inclino a considerarlo un servicio de carácter personal, por lo que corresponde revocar las resoluciones recurridas respecto a este punto.

2. PROMOCIÓN

En el segundo punto “Promoción”, se aprecia una situación similar a la expresada anteriormente, con el agregado de que la misma actora asimila esta actividad de promoción con la de publicidad y así lo es; por lo cual considerada actividad comercial conforme al art. 2° inc. f) de la Ley 125/91. Siendo la publicidad una actividad que dependiendo de los ingresos generados –en ese entonces gravada por el Impuesto a la Renta de las Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios – Libro I – Capítulo I de la Ley 125/91, o por el Tributo Único regulado en el Título II de la misma Ley–, la actora no ha obrado conforme a las disposiciones legales que regulan la forma de documentación de los gastos, ya que la firma Britam S.A. ha expedido Factura de Compra al Proveedor del servicio, estando este obligado a expedir documentación, situación ésta que se patentiza al verificar las Facturas expedidas, en la que se consigna que el pago se efectúa por promociones realizadas por periodos que abarcan de enero a junio, junio a agosto o julio a diciembre, todos del año 1995; todas ellas libradas con fecha del mes de diciembre por servicios prestados en las localidades de Coronel Oviedo, Caaguazú, Ciudad del Este, Concepción, Pedro Juan Caballe-

ro, Villarrica y Encarnación; lo anterior desvirtúa el carácter de ocasional del servicio alegado por la actora, así como el hecho de que fueran prestados en la Expo de Mariano Roque Alonso; todo esto contraviniendo el art. 8° de la Resolución SET N° 42/92 que habilita la emisión de Facturas de Compra solamente respecto de las personas físicas que no se encuentren obligadas a expedir la documentación que establecen las disposiciones legales; de la norma señalada se infiere que todas las operaciones deben estar respaldadas con la documentación establecida por la Administración Tributaria para cada tributo, siendo este un caso en el que se expidió a una persona física una Factura de Compra, pero estando ésta última obligada a expedir algún tipo de documentación, en razón de que el servicio prestado, a diferencia de lo señalado para el caso de los Armadores de Bicicletas, requiere de capital y trabajo, o al menos capital para diferir el pago de sus servicios hasta por entre cinco a doce meses; por ende, sujeto al impuesto a la Renta o al Tributo Único. Entonces, quien no está obligado a expedir factura es la persona física que no es contribuyente y no lo será mientras no realice habitualmente actividades reputadas como imponibles, o no supere el monto establecido para el caso de los servicios personales. En consecuencia, los gastos realizados en concepto de “Promoción” fueron documentados con comprobantes que no reúnen los requisitos establecidos en el art. 8° de la Ley 125/91 y reglamentación correspondiente; por lo cual deberá practicarse una nueva liquidación en sede administrativa por el monto de Gs. 117.768.471 correspondientes a pagos en concepto de promoción que no reúnen los requisitos documentales para ser considerados como gastos deducibles y atendiendo el prorrateo correspondiente.

3. REMUNERACIÓN PERSONAL SUPERIOR – DIETA DIRECTORES

Por último, prosiguiendo con el juzgamiento del tema en discusión corresponde calificar si la deducibilidad de las remuneraciones pagadas al personal superior bajo las Cuentas “Remuneración del Personal Superior” y “Dieta de Directores” realizada por la firma Britam SA, ha respetado el límite de deducibilidad y realizado el prorrateo conforme a la proporción de sus ingresos gravados y exentos; la postura de la actora apunta al cumplimiento de ambos requisitos; por el contrario, la demandada, sostiene que la empresa no ha considerado lo establecido en el art. 8° inciso c) de la Ley 125/91 y reglamentación correspon-

diente, así como que debido a que importa mercaderías bajo el régimen de turismo, no ha realizando el prorrato de los gastos y aplicado el coeficiente correspondiente a las ventas de mercaderías gravadas por el impuesto a la renta, por lo que surgen diferencias impositivas. Y atendiendo a que los reclamos por concepto de Remuneración de Personal Superior y Dieta de Directores, así como su descargo pueden ser analizados en conjunto por regirse, en ese entonces, por las mismas disposiciones, paso a analizarlas de la forma expuesta. En este orden de cosas, las disposiciones legales y reglamentarias aplicables son el art. 8° inc. c) de la Ley 125/91, que dispone “*Las remuneraciones personales tales como: sueldos, salarios, comisiones, bonificaciones y gratificaciones por concepto de prestación de servicios y siempre que por los mismos se realicen los aportes al Instituto de Previsión Social o Cajas de Jubilaciones y Pensiones creadas o admitidas por Ley. En los casos que no corresponda efectuar el aporte de referencia, la deducción se realizará de acuerdo con los términos y condiciones que establezca la reglamentación. El aguinaldo y las remuneraciones por vacaciones serán deducibles en su totalidad. Quedan comprendidos en este inciso los sueldos del dueño, socios y directores. La presente disposición es de aplicación al cónyuge y parientes del dueño, socios o directores*”; por su parte, la Resolución SET N° 996/95 que establece Artículo 1°. Modificación. Modificase el Art. 7° de la Resolución N° 52 del 24 de Junio de 1992, el cual queda redactado como sigue: “Art. 7°. Remuneraciones Personales. El dueño, los gerentes y directores, que presten un efectivo servicio en la empresa en el carácter de tales, y perciban una remuneración, cualquiera sea la modalidad de retribución, por los cuales estén exonerados o no correspondan aportar al Régimen de Seguridad Social o Cajas de Jubilaciones y Pensiones creadas o admitidas por Ley, podrán deducir por dicho concepto sobre las ventas brutas devengadas del ejercicio gravado por el impuesto, conforme a la siguiente escala”:

TOTAL VENTAS BRUTAS DEVENGADAS	MONTO FIJO		PORC. ADIC. S/ VENTAS BRUTAS DEVENGADAS
DESDE	HASTA	MONTO FIJO	
0	50.000.000	2 sal. min.	0.00%
50.000.001	100.000.000	3 sal. min.	0.00%

JURISPRUDENCIA

100.000.001	200.000.000	4 sal. min.	0.10%
200.000.001	300.000.000	5 sal. min.	0.11%
300.000.001	400.000.000	6 sal. min.	0.12%
400.000.001	500.000.000	6 sal. min.	0.13%
500.000.001	750.000.000	6sal. min.	0.14%
750.000.001	1.000.000.000	6 sal. min.	0.15%
1.000.000.001	1.500.000.000	6 sal. min.	0.16%
1.500.000.001	2.000.000.000	6 sal. min.	0.17%
2.000.000.001	2.500.000.000	6 sal. min.	0.18%
2.500.000.001	3.000.000.000	6 sal. min.	0.19%
3.000.000.001	y más	6 sal. min.	0.20%

Artículo 2°. La deducción a que hace referencia el artículo anterior será de aplicación por cada gerente o director, el cuál no podrá exceder el importe máximo mensual equivalente a 20 (veinte) salarios mínimos legales vigentes al cierre del ejercicio establecido para los trabajadores de actividades diversas no especificadas de la Capital de la República, siempre que no constituyan honorarios profesionales, en cuyo caso deberá regirse por lo establecido en el Art. 6° de la Resolución N° 52/92. Asimismo, la deducción de dichos gastos afectados indistintamente a operaciones gravadas y no gravadas, se hará en la misma proporción que se encuentren los ingresos correspondientes a dichas operaciones.

Artículo. 3°. DOCUMENTACIÓN. Las retribuciones abonadas se deberán documentar por medio de la factura de compra aprobada por Resolución N° 42/92 o el recibo de salario adoptado por la empresa.

En el ejercicio 1995, la Administración Tributaria reclama a la actora una diferencia de Gs. 242.733.900 por no haber considerado lo establecido en el art. 8° inc. c) de la Ley 125/91, para establecer dicha diferencia ha tenido en cuenta el Libro de Actas de la empresa N° 7 de fecha 18 de abril de 1995, en la que se establece la remuneración del Director-Presidente en hasta cuatro salarios mínimos que en aquel momento ascendía a Gs. 379.500 hasta el mes de abril en que es aumentado a Gs. 436.425, en base a estos montos y a la limitación salarial realiza el cálculo de la remuneración total percibida por el Director-Presidente en ese ejercicio mediante la fórmula Salario mínimo multiplicado por la limitación de cuatro, cuyo resultado se aplica a un Director-Presidente y el monto resultante constituye la remuneración mensual que en los doce meses

ascienden a la suma de Gs. 20.265.300, cantidad muy inferior a los Gs. 262.999.200 consignados en el balance de la actora en ese ejercicio. En cuanto al Rubro Dieta de Directores, ejercicio 1995, la Administración Tributaria impugna el total de la suma de Gs. 110.209.080; por lo cual surge que el Fisco lo que objetivamente reclama es el hecho de que la Empresa Britam S.A., en el Ejercicio 1995, contaba solamente con un personal, ya sea en la categoría de dueño, socio, director, gerente, cónyuge, pariente, etc., que por no aportar al sistema de jubilaciones y pensiones, su remuneración sea susceptible de ser considerada como gasto deducible de conformidad al artículo 8° inc. c) de la Ley 125/91 y su reglamentación Resolución SET N° 996/95. Pero antes de avanzar en el fondo de la cuestión, resulta ineludible referirnos a la labor interpretativa de los funcionarios auditores con respecto a este rubro, la que a todas luces surge desatinada, improcedente y evidencia un total desconocimiento en su aplicación; puesto que para determinar la realidad del gasto los auditores debieron establecer primeramente la cantidad de personales sometidos al régimen de deducibilidad de la Resolución SET N° 996/95, luego de lo cual comprobar con precisión el monto efectivamente abonado en concepto de remuneración, y el Acta de Asamblea en el que se sustentan los auditores no constituye un instrumento demostrativo de tales extremos, es más la actora en su descargo, a fs. 139 del expediente administrativo agregado, adjunta el Acta de Asamblea en la que se designa al Directorio para el periodo 1994/1996 y se aprecia la designación de dos directores, no uno como asientan los auditores; determinada la cantidad de directores se debió proceder a verificar la documentación que instrumenta el pago realizado a los mismos –Factura de Compra o Recibo de Salario según art. 3° de la Resolución SET 996/95– no presumir que la remuneración la constituye el límite de cuatro salarios mínimos asentado en un Acta de Asamblea, es más, la potestad para establecer la remuneración queda delegada al Directorio, por lo que bien la remuneración efectiva pudo bien estar por debajo de los cuatro salarios, o incluso por encima transgrediendo la limitación establecida, lo que constituiría un posible motivo de litigio entre los socios que no sería competencia de este Tribunal ni de la Instancia Administrativa de la Subsecretaría de Estado de Tributación. Tampoco los auditores han referido nada respecto a la existencia de gerentes, cuya remuneración también debe ser incluida en el cálculo de la deducibilidad en caso de que no aporten al IPS o emitan Factura por servicios profesionales, y la actora ha aportado elementos, como ser: Actas

de Asamblea, Poderes otorgados y Actas en las que se aprueba el otorgamiento de poderes, que demuestran que contaban con cinco Gerentes; todo esto lleva a considerar, que los funcionarios auditores que llevaron a cabo la verificación a la firma Britam S.A. no tuvieron en cuenta a la totalidad del personal en servicio que se encontraba sujeto al régimen de deducibilidad establecido en la Resolución SET N° 996/95. Esta situación se repite en los ejercicios 1996, 1997 y 1998.

Independiente a lo anterior, el cálculo efectuado por los auditores, no se encuentra consustanciado con lo establecido en la reglamentación, situación que se patentiza con mayor claridad al estudiar los reclamos del ejercicio 1996, en donde señalan que la cantidad de Directores son aumentados a tres. En este caso el sistema utilizado para el cálculo sigue partiendo de lo establecido en un Acta, esta vez la N° 9 de fecha 17 de abril de 1996, la que tampoco constituye documentación legal que instrumente el monto real abonado al personal superior. Conforme al informe de los auditores, en el referido acta se establece la remuneración de los Directores de acuerdo a las disposiciones vigentes, por tanto erróneamente toman el límite de veinte salarios mínimos del art. 2° de la Resolución 996/95 como monto abonado efectivamente a los directores, además consideran que este límite de veinte salarios es aplicable a cada director y utilizan la fórmula salario mínimo, multiplicado por cantidad de tres directores, resultado que a su vez multiplican por un supuesto límite individual de veinte (salarios mínimos), interpretación ésta, totalmente desafortunada; la reglamentación es clara al establecer el límite de deducibilidad de cada director de acuerdo a una escala que parte del importe de las ventas brutas del ejercicio, en el caso de la actora y conforme al importe de ventas asentados en los Balances agregados, en todos los ejercicios a ser analizados se le aplica la última escala, es decir, la deducibilidad de la remuneración de cada director se limita a seis salarios mínimos mensuales, lo que no implica que no se le pueda retribuir por encima del monto que resulte de multiplicar el monto del salario mínimo por seis, sino que la suma que exceda de ese monto no será deducible; a su vez, cualquiera sea la cantidad de directores que presten servicios en una empresa, su remuneración deducible en particular no podrá superar seis salarios mínimos, o en conjunto no podrá superar la cantidad de veinte; o sea que, si la actora hubiera tenido cinco directores a los que hubiera abonado como retribución a cada uno dos salarios mínimos, la cantidad resultante de diez salarios mínimos sería totalmente deducible, claro que sin considerar el prorrateo; a hora bien, de

haber abonado cinco salarios mínimos a cada director hubieran sido deducibles sólo 20 de los 25 salarios mínimos remunerados. Pero el límite de deducibilidad no termina con los seis salarios mínimos por cada director, o los veinte en conjunto; además existe un porcentaje a aplicar, que en el caso de la actora y conforme a sus ventas es del 0,20%; es decir que al monto fijo establecido en cantidades de salarios mínimos, debería haberse agregado el monto que resulte de aplicar el porcentaje del 0,20% sobre el importe de las ventas brutas devengadas del ejercicio, lo que no ha sido considerado por los auditores. Por último, para verificar el cumplimiento del prorrateo reclamado por la Administración Tributaria, previamente ésta debió determinar correctamente el monto sobre el cual efectuarse; por lo que esta magistratura no cuenta con los datos para verificar si se ha cumplido con el mismo. Así las cosas, considero, que en el informe de los auditores intervinientes no se han cumplido las condiciones de regularidad y validez debido a la deficiente interpretación y aplicación de la normativa legal vigente; hago hincapié en el informe de los auditores debido a que los abogados fiscales se limitaron a repetir y sostener formalmente dicho informe sin agregar nada al sistema de cálculo utilizado. Que, en virtud a la deficiencia demostrada por los funcionarios auditores en este punto me inclino por aplicar el principio del art. 248 de la Ley 125/91 que taxativamente determina que “en caso de duda” la misma beneficia al contribuyente; por lo cual corresponde hacer lugar a la pretensión de la actora y revocar la determinación realizada por la administración Tributaria en el rubro Remuneración Personal Superior y Dieta de Directores en los ejercicios 1995, 1996 y 1998.

Que, en consecuencia mi voto es por la admisión parcial de la demanda deducida en autos, debiendo la Administración Tributaria practicar una nueva liquidación respecto a los gastos de Promoción del ejercicio 1995 y la consecuente revocación de los actos administrativos respecto a los demás puntos con imposición de costas en el orden causado por la manera en que se ha resuelto la cuestión. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, ROLANDO OJEDA, manifiesta que se adhiere al voto del Excmo. Conjuez, Dr. Rodrigo A. Escobar, por los mismos fundamentos.

A SU TURNO, EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, DR. MARTÍN ÁVALOS VALDEZ DIJO: Conforme a los escritos y constancias en autos, la firma BRITAM S.A., instaura demanda contencio-

so-administrativo contra las Resoluciones, recaídas en la instancia administrativa, respecto de las denuncias formuladas, y derivadas de las tareas de fiscalización realizada por la Subsecretaría de Estado de Tributación, por supuestas infracciones a las normas tributarias, que se sintetizan en los siguientes puntos:

- 1) Abultamiento del Costo, en el Ejercicio Fiscal 1995.
- 2) Gastos No deducibles respecto de “Remuneraciones del Personal Superior” y “Dieta de Directores”, de los Ejercicios: 1995, 1996, y 1998.

Que a los efectos de dar fundamentación a mi opinión, pasaré seguidamente a analizar cada una de las cuestiones en este mismo orden.

1. Abultamiento del Costo, y Gastos, en el Ejercicio Fiscal 1995.

La supuesta infracción se fundamenta en la detección por parte de los fiscalizadores de la SET, de Facturas de Compras que documentan pagos en concepto de “Promoción y Armado de Bicicletas”, por la suma de Gs. 157.039.921, que constituye la porción que afecta a las operaciones grabadas por el IRACIS, y que es rechazada por la fiscalización por infringir específicamente el art. 8° de la Res. 42/92, y consecuentemente el requerimiento documentario establecido por el art. 8° de la Ley 125/91.

Que, al respecto la promoción y armado de bicicletas, constituyen servicios de carácter personal, que se encuentran excluidos del Impuesto a la Renta de conformidad con el Art. 2° de la Ley 125/91; y que si bien es cierto respecto del IVA, la prestación de servicios personales se encontraba regulada por el Art. 79° de la Ley 125/91, la aplicación de la misma no puede exigirse en la determinación del IRACIS, porque nuestro sistema tributario ha adoptado el Impuesto a la Renta a nivel de las empresas dentro de la clasificación de los Impuestos a los Ingresos, previsto en el Libro I de la citada ley.

Que, resulta importante referir sobre esta característica, ya que si entendemos de que existen fuentes de riqueza que tienen tratamientos diversos y autónomos con respecto a otras, resulta lógico que el tratamiento jurídico aplicable a una, no afecte a la otra, y en virtud de esta separación las deducciones que afectan directamente la base imponible respecto de un impuesto, se encuentran limitadas por la ley de manera a evitar que esta base imponible resulte disminuido mediante “deducciones autorizadas para cada uno los ingresos”, situación que crearía un caos tributario y por consiguiente graves perjuicios fiscales.

Que, así explicada esta característica, la disposición legal contenida en el Art. 79° de la Ley 125/91, que preceptuaba: *“Contribuyentes: Serán Contribuyentes: a) Las personas físicas por la prestación de servicios personales, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 86°, cuando los ingresos brutos del año civil anterior sean superiores a Gs. 9.600.000. (*)*. Al respecto de este importe y por remisión expresa de la normativa legal, la Administración quedaba facultada para actualizarlos. En este sentido para el Ejercicio Fiscal 1995, se encontraba vigente la Resolución 4/95 que establecía dicho ingresos brutos en la suma de Gs. 15.633.744; no puede ser aplicada a los prestadores de servicios personales que se encontraban fuera del ámbito de la imposición con respecto del IRACIS en el año 1995; y en todo caso la normativa precitada debía aplicarse a los prestadores de servicios personales que habiendo cumplido la condición de haber superado en el ejercicio anterior los ingresos brutos previstos por la normativa reglamentaria, quedaban obligados a inscribirse como contribuyentes del IVA, y por tanto sujeto solamente a las disposiciones tributarias vigentes para este tributo, pero en ningún caso esta inscripción puede resultar una condición para la deducibilidad del gasto respecto del IRACIS, ya que esta solamente exige que la erogación sea necesaria, real y debidamente documentada, presupuestos que se hallan acreditados en estos autos.

En conclusión, el prestador de servicios personales debía emitir Facturas cuando, sus ingresos brutos del año anterior, hayan superado el monto fijado por la Administración, en tanto esta circunstancia no ocurría la contratación de los mismos debía documentarse con Facturas de Compras. Al respecto la Res. 42/92, Art. 8°, establecía: *“La emisión de facturas de compras se aceptará solo respecto de adquisiciones de bienes o prestación de servicios efectuados por personas físicas que no estén obligadas a expedir la documentación que establecen las disposiciones legales”*.

Por tanto, resulta irrelevante ahondar en cualquier otro requerimiento respecto de la especialidad, calificación o preparación técnica del prestador de servicios, y que en virtud de las normativas vigentes a la fecha de estas operaciones, y cumplida la exigencia requerida por la normativa de documentar con “Facturas de Compras”, tal y cual como lo ha hecho la empresa BRITAM S.A., conforme a los documentos obrantes en autos, queda justificada la modalidad documentaria de estas erogaciones y al no existir cuestionamiento respecto del cumplimiento de los demás presupuestos exigidos por el Art. 8° de la Ley 125/91,

respecto de la deducibilidad del gasto, mi voto en este punto es por la revocación del acto administrativo que establece una Base Imponible de Gs. 157.039.921

2) Gastos No Deducibles en la cuenta “Remuneraciones del Personal Superior” y “Dieta de Directores”, de los Ejercicios Fiscales 1995, 1996 y 1998.

Que, concuerdo con la actora, en el sentido de que la infracción es de simple comprobación, mediante el cotejo del importe consignado en el Balance Impositivo, las documentaciones respaldatorias respecto de estos pagos, y la normativa legal y reglamentaria vigentes en el período.

Que, específicamente, la denuncia se fundamenta en la impugnación parcial del concepto de “Remuneración y Dieta al Personal Superior”, donde se ha detectado que la empresa no ha considerado lo establecido en el artículo 8° inc. c) de la Ley 125/91 y su reglamentación. Acotamos que, el art. 8° de la Ley 125/91 inc. c), referente a las Remuneraciones del Personal Superior, en el año fiscal 1995, se encontraba reglamentado por la Resolución N° 996/95.

Que a fs. 287 del Tomo II de la carpeta de expedientes administrativos, y en oportunidad de formular descargo administrativo la actora manifiesta: *“A fin de demostrar fehacientemente lo afirmado acompañaremos una planilla demostrativa de remuneraciones e ingresos y en la ocasión procesal probatoria presentaremos toda la documentación de respaldo”* (sic). Respecto de la misma cuestión la actora prueba el cumplimiento de esta diligencia en sede administrativa, haciendo mención del escrito de presentación de pruebas, en donde consta efectivamente que se ha presentado la planilla correspondiente (fs. 369/370 de la carpeta de antecedentes administrativos tomo II).

Que, en estos autos formados se puede constatar que a fs. 136/176/178/198/200/204, de la carpeta de Pruebas Instrumentales presentado por la firma BRITAM S.A., se encuentran incorporadas un resumen anual (Planilla) en donde se consignan los nombres, cargo y monto anual percibido supuestamente, por los Directores y Personal Superior. También se encuentran agregadas copias de actas del directorio y actas de asamblea, en donde se nombran a gerentes y a los directores de la S.A., y se fijan sus respectivas retribuciones.

Que, en primer lugar las planillas agregadas, no son “Planillas demostrativas de remuneraciones e ingresos”, tal y cual lo manifiesta la actora, sino que constituyen simples resúmenes de supuestos pagos por Remuneraciones, sin que se justifique la erogación con los recibos u otras documentaciones exigidas por la normativa vigente.

Que, al respecto la Resolución N° 996/95, en la que se funda la denuncia, establecía: ART. 3°. DOCUMENTACIÓN: Las retribuciones abonadas se deberán documentar por medio de la factura de compra aprobada por Resolución N° 42/92 o el recibo de salario adoptado por la empresa.

Que, en materia tributaria la determinación de oficio, se construye en base a documentaciones que se encuentran regladas por el ordenamiento jurídico; así, el acta de nombramiento de un Gerente o de nombramiento de los miembros del Directorio, y la fijación de sus respectivas retribuciones, o los poderes otorgados por la empresa, constituyen actuaciones de naturaleza societaria que incumben solamente a los socios, y por tanto no pueden constituirse en elementos valorativos que justifiquen disminuciones de la base imponible, ya que para el efecto deben cumplirse estrictamente las disposiciones que regulan la deducibilidad de los gastos, es decir, deben ser necesarios, reales y estar debidamente documentados, y a la falta de uno de estos presupuestos el gasto deviene no deducible.

Por lo demás, resulta innecesaria la comprobación de importes máximos a ser considerados como deducibles por aplicación del Art. 1° de la Resolución N° 996/95, ya que al no existir comprobantes que justifiquen tales erogaciones, resulta imposible comprobar si los montos consignados en balance se ajustan o no a la normativa.

Que, en base a estos argumentos voto por el rechazo de la presente demanda en lo que respecta a “Remuneraciones del Personal Superior” y “Dieta de Directores”, en todos los períodos fiscales denunciados, por las siguientes Bases Imponibles: Ejercicio 1995 la suma de Gs. 103.510.455; Ejercicio 1996 la suma de Gs. 38.171.274; y Ejercicio 1998 la suma de Gs. 69.445.534. ES MI VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excelentísimos Señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mí el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1. HACER LUGAR PARCIALMENTE a la presente Demanda Contencioso-Administrativa promovida por BRITAM S.A. contra el Ministerio de Hacienda y, en consecuencia,

2. REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución N° 208/07 de Fecha 14 de mayo del 2007 dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación dependiente del Ministerio de Hacienda, que confirma la Resolución SET N° 30/04.

3. IMPONER LAS COSTAS, en el orden causado.

4. NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rodrigo Escobar, Ramón Rolando Ojeda, Martín Avalos.

Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 231

Cuestión debatida: Se promueve la presente demanda contenciosa por la denegatoria tácita del recurso de reconsideración interpuesto por la Esso Standard Paraguay S.R.L., en el expediente N° 1.047/03, contra el rechazo del pedido de devolución del saldo a su favor instrumentada en la Nota SE/DGGC N° 127/03., El rechazo al pedido de devolución, se basó exclusivamente en la Resolución N° 178/02, que modifica lo que está expresamente establecido en la Ley N° 1.25/91.

IMPUESTO A LA RENTA. Anticipos. Impuestos gravados. Recuperación de pagos indebidos.

En definitiva, el pago anticipado es un PAGO A CUENTA, que está autorizado por la propia Ley, pero ésta dispone que dicho pago no podrá ser superior al impuesto del ejercicio anterior y cuando el monto anticipado supere el impuesto liquidado en el ejercicio por el cual se paguen se procederá a la compensación o devolución. De todo esto surge que en esta causa se solicita la devolución de pagos a cuenta en exceso de la obligación final y no de impuestos pagados.

IMPUESTO A LA RENTA. Anticipos. Impuestos gravados. Recuperación de pagos indebidos.

Ergo, el hecho constituye una clara violación del principio de legalidad del tributo, la reserva de la Ley y del principio de prelación de las leyes garantizados en la propia Constitución Nacional, todo por cuanto considerando que los jueces deben obligatoriamente dictar sus fallos fundados en la Constitución y en

las Leyes conforme a la jerarquía de las normas vigentes, y al principio de congruencia bajo pena de nulidad., lo cual justifica y refuerza mi convicción de que en el caso de autos es de rigor la exigencia del cumplimiento de la Ley, en este caso del artículo 23 de la Ley N° 125/91, complementada para el caso concreto por el artículo 217 de la misma Ley, dicho criterio ya ha sido sustentado por este Tribunal en forma continua y pacífica en numerosos fallos de casos similares, alguno de ellos incluso citados e individualizados en el escrito de demanda –folio 146/152–, todo por cuanto inexorablemente la presente demanda debe prosperar en este punto.

IMPUESTO A LA RENTA. Anticipos. Impuestos gravados. Recuperación de pagos indebidos.

Finalmente, con relación a la calificación de la infracción por las diferencias detalladas en la conclusión pericial, corresponde la aplicación del artículo 177 de la Ley 125/91 (omisión de ingresos) por tratarse de errores que no conllevan el dolo en su comisión.

IMPUESTO A LA RENTA. Anticipos. Impuestos gravados. Recuperación de pagos indebidos. INTERESES. Interes moratorio.

En las condiciones determinadas corresponde el resarcimiento de intereses moratorios, recargos y multas desde la fecha del pedido de devolución hasta la fecha de la efectiva en honra de la obligación. Las costas deben imponerse a la parte perdidosa de acuerdo al artículo 192 del CPC.

IMPUESTO A LA RENTA. Anticipos. Impuestos gravados. Recuperación de pagos indebidos.

Las normas legales establecen con toda claridad que cuando los anticipos y retenciones del Impuesto a la Renta, superen el impuesto del ejercicio anterior darán lugar a su compensación o devolución. En efecto, las disposiciones de la Ley N° 125/91 son claramente garantizar la devolución de los pagos realizados en concepto de anticipo del Impuesto a la Renta.

T. de Ctas. Primera Sala. 16/11/11. “Esso Standard Paraguay S.R.L., contra Resolución Denegatoria Ficta y la Resolución SET N° 1511/06, de fecha 7 de diciembre de 2006, de la Subsecretaría de Estado de Tributación” (Ac. y Sent. N° 231).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la demanda promovida en contra de los actos administrativos?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado, MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, RODRIGO A. ESCOBAR y ARSENIO CORONEL.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, dijo: “Que, en fecha en fecha 02 de febrero de 2.007 (fojas 138/174 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, la Abog. Nora Lucía Ruoti Cosp, en representación de ESSO STANDARD PARAGUAY S.R.L., a promover demanda contencioso-administrativa contra la Subsecretaría de Estado de Tributación, con motivo de la Resolución Denegatoria Ficta y la Resolución SET N° 1511/06. Funda la demanda en los siguientes términos: “Que, promueve demanda contencioso administrativa, contra la Resolución Ficta con efecto de denegatoria tácita recaída en el Recurso de Reconsideración interpuesto por la ESSO STANDARD PARAGUAY S.R.L. en el Expediente N° 1.047/03, ante el rechazo por parte de la Subsecretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda del pedido de devolución de saldos a favor de ESSO originados en anticipos pagados y retenciones sufridas por mi mandante en exceso del impuesto determinado, presentado originalmente en el expediente N° 651/01. “C.T.”. También se promueve demanda contencioso-administrativa contra la Resolución Expresa dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación, identificada como Resolución SET N° 1.511/06 de fecha 7 de diciembre de 2006, por la cual se rechaza el recurso administrativo de reconsideración interpuesto por la ESSO STANDARD PARAGUAY S.R.L., contra la Resolución N° 1.344/06, por la cual se determinan deudas y se aplican multas. Los antecedentes administrativos se remontan al 9 de octubre de 2001, cuando mi mandante, ESSO STANDARD PARAGUAY S.R.L., amparada en las disposiciones de la Ley N° 125/91, mediante el expediente N° 651/01 “C.T.”, solicitó la devolución de los anticipos del impuesto a la renta pagados y retenciones en concepto de Impuesto a la Renta efectuadas a la empresa hasta dicha fecha. Este pedido fue rechazado por la Subsecretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda, mediante la Nota SG/DGGC N° 127/03, que fuera notificada en fecha 5 de marzo de 2003. Ante el rechazo del pedido de devolución del crédito, se interpuso recurso administrativo de reconsideración mediante el expediente N° 1.047/03, presentado en fecha 19 de marzo

de 2003. Estando en trámite el recurso de reconsideración deducido por la ESSO, la Administración Tributaria dispuso a través de la Orden de Fiscalización N° 120 en fecha 27 de agosto de 2004, la fiscalización integral para verificar el crédito. Esta fiscalización fue realizada por funcionarios de la Dirección General de Grandes Contribuyentes, quienes una vez culminados los trabajos presentaron el acta final de inspección, en el cual se realizan ajustes en las declaraciones juradas presentadas por mi mandante. Presentado por los auditores actuantes el acta de denuncia y el informe de auditoría, se inició el procedimiento de determinación tributaria, en el cual mi representada tomó intervención, presentando el descargo de las imputaciones, ofreciendo y produciendo pruebas, y presentando el alegato final. Concluido el trámite del sumario, la Administración Tributaria dictó la Resolución N° 1.344/06, en la cual se realizaron ajustes al impuesto a la Renta e IVA, se aplicó sanción de multa y se ordenó la fiscalización puntual de la firma. Contra la Resolución expresa N° 1.344/06, se interpuso recurso de reconsideración a través del expediente N° 5.264/06 “F”, en el cual se recurrió contra los ajustes de Renta y del IVA, de los años 2000, 2001, 2002 y 2003, contra la multa por defraudación aplicada y la fiscalización ordenada. El recurso de reconsideración contra la denegatoria de la devolución de los saldos de anticipos solicitados por la empresa, fue finalmente resuelto, a través de la Resolución N° 1.511/06, confirmando in totum la Resolución N° 1.344/06. Finalmente, ante esta situación venimos a promover demanda contenciosa administrativa contra la resolución N° 1.511/06, la Resolución 1.344/06 y contra la resolución ficta recaída en el expediente N° 1.047/03 “F”. 1. El pedido de devolución por parte de la ESSO, se presentó en fecha 9 de octubre de 2001, por Expte. N° 651/2.001. 2. La Administración Tributaria rechazó el pedido en fecha 5 de marzo de 2003 por Nota SG/DGGC N° 127/03. 3. La ESSO interpuso Recurso de Reconsideración contra el rechazo el 19 de marzo de 2003, por Expediente N° 1.047/03. 4. La Asesoría jurídica de la SET por Dictamen N° 1.450/04 de fecha 15 de julio de 2004, aconsejó la fiscalización integral de la ESSO. 5. Por Providencia del Viceministro de Tributación de fecha 23 de julio de 2004, hace suyo el Dictamen N° 1.450/04. 6. Se dicta Orden de Fiscalización N° 120 en fecha 27 de agosto de 2004. 7. En fecha 5 de mayo de 2005 se labra Acta Final de Fiscalización. (en el mismo se denuncian supuestas deudas por diferencias entre la contabilidad de la empresa y las declaraciones juradas del IVA y Renta). 8. Habiéndose denunciado por los fiscalizadores, montos imponibles de supues-

tas deudas se dispuso la instrucción de sumario. 9. El sumario culmina con la Resolución N° 1.344/06 de fecha 10 de octubre de 2006. 10. En fecha 26 de octubre de 2006, se interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1.344/06, en el expediente N° 5.264/06 "F". 11. En fecha 7 de diciembre de 2006, se rechaza el recurso de reconsideración por medio de la Resolución expresa N° 1.511/06, siendo notificada en fecha 8 de enero de 2.007. Primera parte de la demanda: Rechazo de la solicitud de devolución de saldos a favor de ESSO originados en anticipos y retenciones del Impuesto a la Renta. El 9 de Octubre de 2001 ESSO presentó una solicitud de devolución que ascendía a la suma de Gs. 2.476.573.560, correspondiente a los anticipos y retenciones abonados en el período fiscal 2000 en exceso del impuesto a la renta determinado por dicho período y después de haber descontado los importes compensados contra los anticipos correspondientes al impuesto a la renta del período 2001. Asimismo, debe señalarse que los anticipos abonados mediante la compensación mencionada en el párrafo anterior, correspondientes al período fiscal 2001, también devinieron en un pago en exceso en virtud de no haberse determinado impuesto a la renta en este período. La declaración jurada presentada por ESSO correspondiente al período fiscal 2001 finalmente arrojó un saldo a su favor de Gs. 4.269.141.411, por efecto de los anticipos abonados y retenciones sufridas en el año y el saldo a favor remanente de la declaración jurada del período 2000. En el expediente de reconsideración N° 1.047/03 finalmente se solicitó el reconocimiento íntegro del saldo a favor de la ESSO por Gs 4.269.141.411, de acuerdo con lo que resultaba de las declaraciones juradas presentadas y de los balances generales confeccionados por los años 2000 y 2001, valor confirmado en el citado Informe GAECT N° 120 de fecha 24 de septiembre de 2002, fs. 153/155. A tenor de la Resolución N° 1.344/06, la propia Subsecretaría de Estado de Tributación reconoce que el crédito existente a favor de la ESSO STANDARD PARAGUAY S.R.L al 31 de diciembre de 2003 es de Gs. 4.722.945.701, según surge de la declaración jurada del Impuesto a la Renta presentada por el año 2003, de acuerdo con el informe preparado por los funcionarios fiscalizadores que han realizado la fiscalización a la Firma. La diferencia en más con relación al...//...3 4...//...importe mencionado en el párrafo anterior corresponde a las retenciones sufridas por ESSO durante los años 2002 y 2003 que fueran oportunamente computadas en las declaraciones juradas del Impuesto a la Renta presentadas en esos años. Por tanto, la suma cuya devolución se solicita asciende a Gs.

4.722.945.701 monto actualizado al 31 de diciembre de 2003, a lo que deben adicionarse los intereses correspondientes por la demora en la devolución por causa no imputable al contribuyente, como ya se solicitó en todas las actuaciones administrativas realizadas por mi representada. Desde su presentación el 9 de octubre de 2001, la solicitud de devolución lleva más de cinco años tramitándose, resultando a todas luces notoria la dilación de la resolución del pedido de devolución del saldo a favor de ESSO, que es la cuestión de fondo de todo este proceso, primero en sede administrativa y ahora en sede judicial. Que en estas condiciones y de las constancias del expediente surge que a la fecha se haya operada la denegatoria tácita establecida en el artículo 234 de la ley 1.215/91, conforme se irá demostrando. El 19 de marzo de 2003 ESSO STANDARD PARAGUAY SRL, interpuso recurso administrativo de reconsideración contra el rechazo del pedido de devolución de los anticipos pagados en exceso. Este recurso fue interpuesto en el expediente N° 1.047/03 “F” y a la fecha no fue resuelto, conforme se podrá verificar de las constancias del expediente administrativo, que desde ya solicito oficie a la Subsecretaría de Estado de Tributación para que remita copia autenticada de todos los antecedentes. Que, a este respecto, el artículo 234 de la Ley N° 125/91 establece *“El recurso de Reconsideración o reposición. Será interpuesto ante el órgano que dictó la Resolución que se impugna, y el mismo será quien habrá de pronunciarse dentro del plazo de (20) veinte días. En caso que dicho órgano ordene pruebas o medidas para mejor proveer, dicho plazo se contará desde que se hubieren cumplido éstas. Si no se dictare resolución en el término señalado se entenderá que hay denegatoria tácita de recurso”*. En este sentido la norma legal es clara y contundente y en el caso que se somete a consideración del Excelentísimo Tribunal, nos encontramos ante la denegatoria tácita del recurso de reconsideración interpuesto por la ESSO STANDARD PARAGUAY S.R.L., en el expediente N° 1.047/03, presentado en fecha 19 de marzo de 2003. El artículo 234 de la ley establece que en caso que se ordenen pruebas o medidas para mejor proveer, dicho plazo se contará desde que se hubieren cumplido éstas. No obstante, considerando lo establecido en la citada norma, y aún cuando se pudiera considerar como una medida para mejor proveer la fiscalización ordenada por Tributación en el marco de la sustanciación del recurso de reconsideración deducido en el Expte. N° 1.047/03, dicha medida para mejor proveer, en este caso la orden de fiscalización, se habría dictado extemporáneamente, pues la misma se ordenó un año y dos meses

después de la interposición del recurso. Así, el recurso de reconsideración se interpuso en fecha 19 de marzo de 2003, a través del Expediente N° 1.047/03 y la Orden de Fiscalización se dicta en fecha 27 de agosto de 2004, por Nota N° 120. Por consiguiente, no se podrá alegar que existe una medida para mejor proveer pendiente de resolución expresa. Se promueve la presente demanda contenciosa por la denegatoria tácita del recurso de reconsideración interpuesto por la ESSO STANDARD PARAGUAY S.R.L., en el expediente N° 1.047/03, contra el rechazo del pedido de devolución del saldo a su favor instrumentada en la Nota SE/DGGC N° 127/03 y en consecuencia solicito al Excelentísimo Tribunal la admisión de la presente demanda por corresponder en derecho. Que, el rechazo al pedido de devolución, se basó exclusivamente en la Resolución N° 178/02, que modifica lo que está expresamente establecido en la Ley N° 1.25/91. Sin embargo, de las constancias del expediente, cuya copia autenticada solicito se traiga a la vista del Tribunal, surge que la Administración Tributaria, en todas las actuaciones administrativas realizadas en la sustanciación del pedido, ha confirmado que la ESSO tiene crédito a favor proveniente de los pagos de anticipos y retenciones. Que, en ningún momento la SET negó la consistencia del crédito. Por el contrario, de las constancias del expediente surge que se reconoce el crédito, pues se informa que se han realizado diversas actuaciones en la Administración Tributaria y el mismo Dictamen N° 1.450/02 de la Asesoría Jurídica fs. 102 del Expediente administrativo, señala que “La petición ha sido analizada por las diversas unidades administrativas encargadas de viabilizar los trámites inherentes a todo pedido de Crédito Tributario”. “...Que en efecto, la firma recurrente posee excedentes en concepto de anticipos y retenciones del Impuesto a la Renta que superan el impuesto liquidado, conforme se verifica en las actuaciones obrantes en el expediente”, “Que, según el Informe GAECT N° 120 de fecha 24 de septiembre de 2002 (fs. 153/155) la firma posee un crédito relativo al Impuesto a la Renta, conforme se observa en los balances generales presentados en los años 2000 y 2001, coincidentes con las declaraciones juradas presentadas a la Administración, que totalizan un monto de Gs. 4.269.141.411”. La Administración Tributaria, a través del Grupo de Auditoría Especial de Crédito Tributario, en el Informe GAECT N° 120 de fecha 24 de septiembre de 2002, fs. 153/155, el Dictamen N° 1.095/02 de Asesoría Jurídica de la Subsecretaría de Tributación, y la providencia de fecha 12 de febrero de 2003 del Viceministro de Tributación, por la cual hace suyo el mencionado dictamen, obrante a

fojas 102 vlto. del expediente administrativo, reconoce el crédito de la ESSO. Por tanto, de estas constancias del expediente administrativo se tiene que el rechazo de la devolución de anticipos solicitados, no se basa en cuestionamientos al crédito solicitado, sino simplemente en la aplicación de una resolución ilegal, la N° 178/02, que fue dictada con posterioridad a la presentación de la solicitud por parte de la Compañía. El fundamento de la Administración Tributaria para el rechazo de la devolución de los anticipos y retenciones pagados, se resume en lo siguiente “...Que, no corresponde conceder la devolución, habida cuenta que trámite del expediente coincide con la publicación de la Resolución N° 178/02, por la cual se establece que los anticipos realizados a cuenta que sean superiores al impuesto liquidado, no darán lugar a su devolución por el presente régimen de certificados, sino que serán computados a cuenta de futuras obligaciones que se generen por el mismo tributo”. En este punto, la invocación de la Resolución 178/02 es improcedente por extemporánea, habida cuenta que a la fecha de presentación de la solicitud de devolución de los anticipos y retenciones de Impuesto a la Renta, en fecha 9 de octubre de 2.001 en el expediente N° 651/01, se encontraba vigente la Resolución N° 1.105/95, pues la Resolución 178/02 se dictó en fecha 19 de abril de 2002. Que, amén de lo señalado en el párrafo anterior, de que para el rechazo del pedido de devolución de anticipos y retenciones, la Administración se escudó en una Resolución dictada el 19 de abril de 2002, con posterioridad al pedido de devolución realizada en fecha 9 de octubre del año 2001, es pertinente señalar que la propia Resolución N° 178/02 es ilegal, pues la misma viola el expreso derecho de devolución de anticipos establecido por la Ley N° 125/91. En efecto, en el artículo 23 de la Ley N° 125/91 establece: *“Anticipos a cuenta Facúltase a la Administración a exigir anticipos o retención con carácter de anticipos en el transcurso del ejercicio en concepto de pago a cuenta del Impuesto a la renta que corresponda tributar al finalizar el mismo, los que no podrán superar el monto total del impuesto del ejercicio anterior”*. A renglón seguido dispone, *“Cuando el monto anticipado supere el impuesto liquidado se procederá a la compensación o devolución en la forma y condiciones que establezca la Administración”*. A esta norma se suma y complementa lo establecido en el artículo 217 de la misma Ley N° 125/91, que dispone: *“Repetición de Pago. El Pago indebido o en exceso de tributos, intereses o recargos y multas, dará lugar a repetición”*. Luego en el último párrafo del referido artículo se establece: *“Los pagos a cuenta o anticipos excesivos serán devueltos de oficio o de*

acuerdo a las normas pertinentes". De estas normas, se tiene que la ley autoriza a la Administración a exigir anticipos o retención con carácter de pago a cuenta en el transcurso del ejercicio. Que estos anticipos son pagos a cuenta del Impuesto a la Renta que corresponda tributar al finalizar el ejercicio. En definitiva el pago anticipado es un PAGO A CUENTA, que está autorizado por la propia Ley, pero ésta dispone que dicho pago no podrá ser superior al impuesto del ejercicio anterior y cuando el monto anticipado supere el impuesto liquidado en el ejercicio por el cual se paguen se procederá a la compensación o devolución. De todo esto surge que en esta causa se solicita la devolución de pagos a cuenta en exceso de la obligación final y no de impuestos pagados. Es decir, al haberse determinado un impuesto a la renta menor a los anticipos abonados (año 2000) o no haberse determinado impuesto (año 2001), como ocurrió con mi representada, el pago a cuenta realizado se convierte en un pago sin causa o indebido, de manera que no existe motivo para que el fisco mantenga ilegítimamente en su poder lo que legítimamente le corresponde a mi mandante. Que, a pesar de lo dispuesto expresamente en la Ley N° 125/91, la Administración Tributaria no solo ha violado lo establecido por los artículos 23 y 217 de la mencionada Ley, sino también lo establecido por el artículo 137 de la Constitución Nacional. Los citados artículos, 23 y 217 de la Ley, son normas operativas y no están sujetas a que la Administración restrinja mediante una resolución lo que la Ley claramente establece. En todo caso, la reglamentación sólo podría establecer las modalidades de su devolución, ya sea por certificados de crédito o en efectivo, o su compensación con otros tributos, pero no limitarlos o sujetarlos a una indefinida retención. La mencionada situación, ya fue también analizada y resuelta en la instancia judicial, cuyos detalles principales exponemos a continuación: Juicio: "EMPRESA HOTELERA PANAMERICANA SRL". Acuerdo y Sentencia N° 60/05, Tribunal de Cuentas Primera Sala. "A su turno, el miembro del tribunal de cuentas, primera sala, Alberto Sebastián Grassi Fernández, dijo: 1. Comparto plenamente las opiniones vertidas por el miembro VICENTE JOSÉ CARDENAS IBARROLA, en su voto a lo cual me permito agregar cuanto sigue: en nuestro derecho positivo el Art. 137 de la C.R.P. establece la supremacía de la Constitución en los siguientes términos: «Artículo 137. De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, san-

cionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la Ley. Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución». 2. Alega la actora que la misma posee Crédito Tributario por anticipos abonados y retenciones computables que asciende a Gs. 21.821.181 como el Débito Tributario declarado bajo fe de juramento en el Form. N° 370.908 que asciende a Gs. 9.030.977, son firmes, líquidos y exigibles y consecuentemente compensables por cumplirse en concomitancia los citados requisitos condicionantes, solicitando la compensación entre el crédito y el débito existente entre la empresa actora y el fisco, fundando su derecho en lo dispuesto en el Art. 163 de la ley 125/91. 3. La demandada alegó en su defensa que en virtud del Art. 2º de la Res. 178/02 que expresa: «Los anticipos realizados a cuenta que sean superiores al impuesto liquidados constituirán un crédito que no dará lugar a su devolución por el presente régimen de certificados, sino que serán conmutados a cuenta de futuras obligaciones que se generen por el propio tributo». Corresponde señalar que el reglamento es un acto administrativo de carácter general y como tal subordinado a la constitución y a la ley no pudiendo exorbitar a la norma de mayor jerarquía. 4.- En tal sentido y conforme a la Prelación de las leyes de Hans Kelsen, Si se admite la estructura escalonada del orden jurídico, o pirámide de KELSEN, es obvio que la norma de grado más alto regula el acto por el cual es creada la norma de orden inferior; porque el ámbito jurídico no se compone de una pluralidad...///...7 8...///...inconexa de ellas, sino que la validez de cada norma está referida a otra de mayor jerarquía. 5.- En el mismo sentido me permito citar estas breves consideraciones vertidas por el gran jurista Bidart Campos extraída de su obra: el derecho de la constitución y su fuerza normativa, por german j. Bidart campos, editorial Ediar, 1995, pág. 195, que expresa: «La constitución como orden jurídico de base se establece para ser cumplida. Y cumplida en lo que prohíbe, en lo que manda hacer, en lo que permite y habilita. Todo ello de modo comprendido y abarcativo de sus principios, sus declaraciones, sus valores». «Esto, y postular con vocabulario actual que la constitución tiene en sí misma y en su totalidad un valor normativo propio, directo e inmediato, es una misma cosa (misma obra)». Por otra parte, la clásica versión de la supremacía de la constitución, que empieza postulando que el ordenamiento jurídico -y sus fuen-

tes- viene encabezado por ella, no se detiene en tal enunciado porque, después de situar a la constitución en el rango prelatorio que le asigna la cúspide de la pirámide jurídica y de subordinarle todos los planos que les son inferiores, significa que ese «estar en el vértice» apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y obligación (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones «inter privados») de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla –ni por acción ni por omisión–». (misma obra). 6. Si bien es cierto el Art. 23 de la Ley 125/91 in fine establece que: «cuando el monto anticipado supere al impuesto liquidado se procederá a la compensación o devolución en la forma y condiciones que establezca la administración» y el Art. 163 en su segundo párrafo expresa que: «para que proceda la compensación es preciso que tanto la deuda como el crédito sean firmes, líquidos y exigibles. La administración podrá otorgar certificado de crédito fiscal a los sujetos pasivos beneficiados con este instituto para el pago del mismo u otros tributos adeudados». 7. El Art. 15 del C.P.C. obliga a los jueces a dictar sentencia fundando sus resoluciones definitivas e interlocutorias, en la constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia bajo pena de nulidad. 8.- Ante la claridad de la norma la misma deben ser cumplidas tal como fue legislada y apartarse de lo dispuesto constituye un acto arbitrario incompatible con la razón y el ideal de justicia. Por estos fundamentos y por los vertidos por el miembro preopinante corresponde hacer lugar a la demanda y revocar los actos administrativos impugnados...”. Juicio: “Empresa Constructora Minera Paraguaya S.A. Acuerdo y Sentencia N° 65/03, Tribunal de Cuentas Primera Sala. “Que, la resolución 178/02 resulta inaplicable al caso administrativo planteado, en razón de la prohibición Constitucional prevista en el art. 14 de la Ley mayor de la República, que habla de la irretroactividad de las normas, y si resulta operante lo dispuesto en el art. 1° de la resolución 1.105/95. Que, resuelta así la cuestión, también quedo demostrado que la resolución 178/02, siguiendo su causa motivadora, fue editada exclusivamente para regular devolución de créditos tributarios emergentes de la aplicación del IVA, con motivo de la fabricación de productos exportables, siguiendo el considerando de dicha disposición reglamentaria. Que, del análisis de los artículos 23, 160, 163, 217 y siguientes de la Ley 125/92, se infiere que la propia Ley nacional autoriza la devolución de sumas de dinero ingresadas, indebidamente, sin justa causa legal, mediante certificados de créditos tributarios, endosables o

no, o por la vía de la repetición e incluso mediante compensación. Que, ausente la utilidad gravada en el periodo que corresponde al ejercicio fiscal en que se depositaran los anticipos no existe causa legal o legítima que autorice la retención por plazo indefinido, por parte del Estado, cuando en cinco ejercicios consecutivos se repiten pérdidas económicas en la actividad empresarial del contribuyente. Esa repetición continuada de la ausencia de causa legal y legítima hace a la particularidad del caso planteado en autos, tornando injusta la posesión del monto, que en manos del Estado carece de fundamentos jurídicos, ya que constituye en realidad suerte de préstamo o financiación compulsoria para quien la soporta, en desmedro de la liquidez empresarial, tan importante para mantener y generar la renta gravada. Distinta hubiera sido la solución jurídica para el supuesto de tratarse de un solo ejercicio fiscal con pérdida”. En resumen, la retención indebida por parte de la Subsecretaría de Tributación, de los montos “pagados a cuenta” por la ESSO, no tiene sustento legal, pues viola la propia Ley N° 125/91. Por tanto, amparados en las disposiciones de los artículos 23 y 217 de la Ley y en la constante jurisprudencia del Tribunal de Cuentas y de la Corte Suprema de Justicia sobre los casos análogos, solicitamos al Excelentísimo Tribunal de Cuentas hacer lugar a la presente demanda y en consecuencia se ordene a la Subsecretaría de Estado de Tributación la devolución de los montos pagados a cuenta, como anticipos del Impuesto a la Renta y de las retenciones del mismo impuesto practicadas a la Firma por los periodos fiscales 2000 a 2003, así como de los intereses resarcitorios devengados desde la fecha de solicitud hasta el momento de su efectiva devolución por principio de igualdad y de acuerdo a lo establecido en la ley y la constante jurisprudencia, conforme se expone seguidamente. Teniendo en cuenta que el pedido de devolución realizado por la ESSO lleva a la fecha cinco años y tres meses, manteniéndose aún pendiente sin causa justificada y considerando el perjuicio económico causado por la posesión indebida de los anticipos pagados a cuenta y las retenciones de renta, por la Subsecretaría de Estado de Tributación, perjuicio traducido en el costo financiero que ha significado para la Firma en desmedro de la liquidez empresarial, tan importante para mantener y generar la renta gravada, se solicita en la presente demanda el reconocimiento y aplicación de los intereses moratorios, de conformidad a lo establecido en el artículo 223 de la Ley N° 125/91 en concordancia con el artículo 475 del Código Civil. Que, la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas y de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en

forma invariable la imposición de los intereses a la Administración Tributaria por la demora injustificada y no imputable al contribuyente. En ese sentido se cita a los siguientes fallos: Juicio: “Empresa Constructora Minera Paraguaya S.A”. Acuerdo y Sentencia N° 65/03, Tribunal de Cuentas Primera Sala. *“Por último la parte actora también solicitó el reconocimiento y aplicación de los intereses moratorios, reivindicación que resulta procedente, siguiendo estrictamente lo previsto en el art. 223 de la Ley 125/92 que dice: “Contenido y alcance de la resolución. Si se acogiere la reclamación, se dispondrá también de oficio la repetición de los intereses, recargos y multas. Así mismo se dispondrá de oficio la repetición de los pagos efectuados durante el procedimiento, que tengan el mismo origen y sean de igual naturaleza que los que motivaron la acción de repetición” disposición que guarda correspondencia con lo previsto en el art. 475 del Código Civil que ordena el pago de los intereses “por el hecho de mora, aunque no se justifique el perjuicio”, a las tasas máximas establecidas por el Banco Central del Paraguay, que dicho sea de paso, pueden resultar inferiores a las que percibe el fisco por aplicación de lo previsto en el art. 171 de la Ley 125/02, que sanciona la mora con multa hasta del 14% (según mes de atraso) más interés diario (calculado por el Poder Ejecutivo a tasas no superior al corriente de plaza para el descuento bancario de documentos), lo cual debe ser incrementado hasta en un 50%. Si bien la relación puede no ser equilibrada, sin embargo es justo que también el Estado soporte igual regla aplicada a los contribuyentes, partiendo del concepto mismo del Estado de Derecho. En consecuencia, considero que los intereses deben ser computados desde el 30 de abril del año 1997, fecha de vencimiento de la obligación anual para presentar declaración jurada (coincidente con el primer ejercicio con pérdida) hasta la efectiva recepción de los certificados de crédito tributario endosable”*. Juicio: “Banco Sudameris” - Acuerdo y Sentencia N° 150 de fecha 26 de septiembre de 2003, Tribunal de Cuentas Primera Sala. *“Que, Art. 1.819 del Código Civil, de aplicación en el presente caso, dispone: “El que paga lo que no debe tiene derecho a repetir lo pagado con frutos e intereses desde el día de la demanda”. Teniendo en consideración las fundamentaciones expuestas precedentemente, voto: 1º) Por el rechazo de la excepción de litis pendencia, por improcedente. 2º) Por la procedencia de la demanda promovida por el Banco Sudameris Paraguay S.A.E.C.A. y en consecuencia de lo cual, la Autoridad Tributaria debe restituir al demandante la suma de Gs. 2.255.587.959 (Guaraníes dos mil doscientos cincuenta y cinco millones qui-*

nientos ochenta y siete mil novecientos cincuenta y nueve) que pago en exceso por impuesto a la Renta no adecuado, mas lo intereses desde que fuera petitionado la restitución de conformidad con el art. 1.819 del C.C. y concordante de la Ley N° 125/91. En cuanto a la costa con cargo a la parte perdedora por la teoría del riesgo asumido en el evento”. Juicio: “British American Tobacco Productora de Cigarrillos S.A. – Acuerdo y Sentencia N° 98 - 24/10/06 - Tribunal de Cuentas Segunda Sala”. “Por los fundamentos y las consideraciones señaladas precedentemente, soy de criterio de que la presente demanda contencioso administrativa debe prosperar, y en consecuencia revocarse los Actos Administrativos impugnados; debiendo por lo tanto, darse curso a lo solicitado por la Actora en los Expedientes rechazados por el Consejo de Tributación, según Resolución N° 18/04 de fecha 15/09/04, SG/SSET N° 1.357/01 de fecha 01.011.01, SG/SSET N° 194/04 de fecha 02.04.04, y Resolución SG/SSET N° 832/04 de fecha 21/09/04, cuyos números y fechas se detallan y obran en los antecedentes administrativos, disponiéndose la devolución del Impuesto Selectivo al Consumo abonados en la Dirección de Aduanas, mediante Certificados de Créditos Tributarios Endosables, por el valor reclamado y certificado de acuerdo a los antecedentes obrante en los Registros de Percepción de la Administración Tributaria, más el interés mensual calculado desde la fecha de la percepción indebida y en las condiciones dispuestas en el tercer párrafo del artículo 171 de la Ley N° 125/91. La devolución deberá realizarse en el plazo establecido en el último párrafo del artículo 222 de la Ley N° 125/91. Las costas deben imponerse a la parte perdedora por aplicación de la teoría del riesgo objetivo asumido en el evento”. Juicio: “Consorcio Ingaer S.A. Decypar S.A.”. Acuerdo y Sentencia N° 99/05 Tribunal de Cuentas Segunda Sala. “En cuanto al recargo de los intereses ello corresponde su devolución en el porcentaje de 3,50 % habida cuenta que dicha suma no representa sino el costo financiero que debe calcularse a partir de la fecha de la reclamación del capital hasta la fecha de su efectiva devolución, y del cual el Estado no se encuentra exonerado. El término para efectuar la liquidación de los intereses correspondientes, se tomará a partir de la fecha del petitorio efectuado por la actora a la demandada, es decir, desde el 10 de mayo del 2005, conforme lo dispone el art. 1.819 del Código Civil –ajustable al caso en cuestión–, hasta la fecha de la liquidación final del retiro de lo demandado. La restitución de lo abonado indebidamente y sus intereses, deberá cumplirse dentro del plazo legal estipulado de treinta (30) días, de haber quedado firme la presente Resolución

(Art. 222 - Ley 125/92)". Juicio: "Consortio Tragsa-Tecnoedil". Acuerdo y Sentencia N° 219. 14/04/05, Corte Suprema de Justicia. "Que, la parte actora se presenta a deducir Recurso de Aclaratoria, en el sentido de no haberse expedido, este Máximo Tribunal sobre: "...Los Accesorios Legales y la forma de implementación en la devolución de los mismos que corresponden realizarlos juntamente con la suma de dinero reclamada. É Revisada la resolución recurrida, se observa que en forma involuntaria en el Acuerdo y Sentencia citado párrafo más arriba, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia omitió expedirse sobre las cuestiones a las que hace referencia el escrito de fs. 288/291, siendo susceptible la corrección de oficio, y en atención a los puntos ya solicitados en el escrito de demanda, el recurso interpuesto debe prosperar en los artículos 88 (párrafo 7) de la Ley 2.124/04, 222 y 223, de la Ley 125/92, que ordenan dichos pagos o acreditaciones a realizarlos de oficio, razón por la cual en el momento de abonar el principal deberá cancelarse a su vez los intereses al 3,5 % (tres y medio por ciento) mensuales desde el 13 de octubre de 200 (fecha del reclamo administrativo) hasta el día de pago y la multa de 14 % (catorce por ciento) de intereses punitivos. Ambos cálculos deberán realizarse sobre el capital reclamado debiendo los pagos efectuarlos en certificados de Créditos Tributarios endosables. b) la Devolución de lo pagado indebidamente y sus Accesorios Legales, deberá llevarse a cabo en el plazo legal estipulado de 30 (treinta) días hábiles, pudiendo en caso de omisión derivar los antecedentes respectivos a la Fiscalía General del Estado a los efectos correspondientes. Es mi voto". Que, está demostrado que el crédito solicitado por la ESSO es un crédito líquido y exigible por cumplirse en él todas las condiciones establecidas en la Ley de acuerdo a las constancias del expediente administrativo, motivo por el cual mi mandante se agravia por la injustificada demora en la concesión de la devolución del crédito, sin que dicho valor se haya cuestionado o impugnado. Esta demora de más de cinco años ha causado un perjuicio económico a mi mandante en el sentido de que durante el tiempo transcurrido desde que se presentó el pedido de devolución hasta la fecha, la moneda se ha desvalorizado considerablemente, más aún teniendo en cuenta que la Empresa actualiza los saldos de las cuentas contables y/o de sus operaciones comerciales realizadas en guaraníes a dólares, situación por la cual el valor del crédito a recuperar registrado en moneda extranjera hace cinco años, ha sufrido en este periodo una considerable disminución. Por tanto, considerando lo dispuesto en la Ley N° 125/91 y en la jurisprudencia del Tribunal

de Cuentas, se solicita que además de la devolución de los anticipos de renta pagados en exceso y de las retenciones solicitados en esta demanda, se reconozcan los intereses en el resarcimiento por el perjuicio sufrido por la ESSO, como consecuencia de la demora en la devolución del crédito, imponiéndose los intereses legales correspondientes sobre el monto devuelto, contados desde la fecha de su solicitud, conforme a lo establecido en el Art. 223 de la Ley 125/91 y del Art. 1819 del Código Civil. Segunda parte de la demanda – Determinación de deudas. El objeto de la segunda parte de la demanda es contra los ajustes de fiscalización realizados por la Administración Tributaria en la Resolución N° 1.344/06 y contra la Resolución N° 1.511/06, por la cual se desestima el recurso de reconsideración interpuesto por la ESSO contra la mencionada Resolución 1.344/06 y se confirma la determinación de deuda en concepto de IVA e Impuesto a la Renta y multas por los períodos fiscales 2000, 2001, 2002 y 2003. Que, la determinación impositiva practicada por la Administración Tributaria, se origina en la fiscalización realizada por orden N° 120 de fecha 27 de agosto de 2004, que culminó con los ajustes realizados por los auditores de la Dirección General de Grandes Contribuyentes. Esta fiscalización fue ordenada por la Administración Tributaria en la sustanciación del Recurso de Reconsideración presentado por ESSO contra el rechazo al pedido de devolución del saldo a su favor, con el objeto de “verificar el crédito” solicitado por ESSO a pesar que ya lo había reconocido, lo cual podrá ser apreciado por Vuestras Excelencias, en el Dictamen 1095/02 de la Asesoría Jurídica, que fue asumido por el Viceministro de Tributación, por Providencia de fecha 12 de febrero de 2003, obrante a fojas 102, vuelto del expediente administrativo. Que luego de la presentación de los informes y actas pertinentes por parte de los funcionarios actuantes en la fiscalización, se dispuso la instrucción de sumario, donde mi representada tomó intervención, presentando las defensas y rechazando los cargos, ofreciendo y produciendo las pruebas correspondientes y finalmente se dictó el acto de determinación con los ajustes fiscales. Al dictar la Resolución 1.344/06, la Administración Tributaria acogió parcialmente los ajustes realizados por los auditores, limitando el ajuste fiscal sólo a alguno de los ajustes propuestos en el Acta Final de Inspección, de acuerdo a lo resuelto en los artículos 2° y 3° de la Resolución N° 1.344/06. El reclamo original del Impuesto a la Renta ascendía a la suma de Gs 1.898.337.333, en tanto que en la Resolución 1.344/06 ha quedado establecido el ajuste de la Administración Tributaria en la suma de Gs 239.541.659, por los rubros: a)

Intereses a devengar; b) Descuentos financieros otorgados; c) Gastos directamente relacionados con ingresos; y d) Facturación por reembolso de gastos. En cuanto al IVA, el reclamo original ascendía a la suma de Gs 1.136.794.391, en tanto que en la Resolución 1.344/06 se determina un ajuste fiscal en la suma de Gs 178.644.578, por los rubros a) Facturación a sujetos domiciliados en el exterior b) Crédito contable por error c) Gastos directamente relacionados con ingresos. Así, el objeto de la presente de demanda se dirige contra las Resoluciones 1.344/06 y 1.511/06 y los ajustes del Impuesto a la Renta y del IVA por los rubros o conceptos y por las sumas reclamadas mencionadas en el Art. 3° de la Resolución 1.344/06, conforme se expone seguidamente: La fiscalización integral de la ESSO, fue dispuesta por Nota N° 120 de fecha 27 de agosto de 2004. De la conclusión de los trabajos de fiscalización, surgieron denuncias sobre supuestas deudas, que fueron negadas y rechazadas categóricamente por mi representada en el trámite del sumario y posteriormente en la interposición del recurso de reconsideración, salvo los casos puntuales debidos a errores u omisiones involuntarias que la firma ha reconocido expresamente en el proceso administrativo. A fin de dar cumplimiento a su cometido, en fecha 27 de Agosto de 2004 y 27 de octubre de 2004, auditores de la Dirección General de Grandes Contribuyentes se constituyeron en el local de la ESSO para iniciar la Fiscalización Tributaria a los efectos de verificar los valores de los Créditos Fiscales cuya devolución fue solicitada por la ESSO en fecha 9 de octubre de 2001. El 5 de mayo de 2005, los auditores de la DGGC labraron Acta Final de Fiscalización, en la cual se denuncia como supuesta omisión de ingresos los montos consignados erróneamente en una Factura emitida por la ESSO, que la firma ha anulado inmediatamente de acuerdo a los procedimientos establecidos en la reglamentación y en la técnica contable. Esta denuncia finalmente fue desechada por la propia Administración en la Resolución N° 1.344/06. En cuanto a los demás puntos de la fiscalización, los funcionarios actuantes denunciaron diferencias entre saldos de balances contables vs. montos consignados en las declaraciones juradas del IVA correspondientes al periodo de fiscalización (años 2000, 2001, 2002 y 2003), siendo estas diferencias confirmadas por la Dirección General de Grandes Contribuyentes como omisión de ingresos gravados tanto para el Impuesto a la Renta como para el Impuesto al Valor Agregado respectivamente, mediante nota de fecha 02 de junio de 2005, la cual a su vez se sustenta en el Informe Denuncia N° DVF 24/05. A este respecto, es pertinente señalar que la auditoría

denuncia como supuestas omisiones de ingresos, las diferencias detectadas en la fiscalización mediante el simple procedimiento de comparación de los saldos contables de la contabilidad con los valores consignados en las Declaraciones Juradas del IVA. Estas diferencias, como se ha sostenido en la defensa realizada en el sumario administrativo y posteriormente en el recurso de reconsideración, son reales y reconocidas por la ESSO, pero de ninguna manera constituyen omisión de ingresos, ni mucho menos montos imponibles para el Impuesto a la Renta, salvo lo que fue reconocido expresamente por mi mandante en el IVA, que por errores involuntarios se han omitido. Así se tiene que en fecha 18 de julio de 2005, la ESSO presentó el Escrito de Descargo en el sumario administrativo, contestando el Informe Denuncia de los Auditores, aclarando y/o explicando detalladamente las diferencias mencionadas en el párrafo anterior, exponiendo a éstas en forma mensual año a año y aceptando que las citadas diferencias son reales y que derivan de la aplicación de criterios de determinación impositiva diferentes entre uno y otro impuesto (entre Renta e IVA), criterios que están establecidos específicamente en las normas particulares de los referidos tributos, sin que ello signifique bajo ningún concepto perjuicio fiscal alguno, salvo determinados casos, expresamente reconocidos por la Compañía, de omisión involuntaria de ingresos alcanzados para el Impuesto al Valor Agregado. Los fiscalizadores efectuaron simples comparaciones de los saldos contables de las cuentas de los balances de cada año, con los valores consignados en las declaraciones juradas de IVA y sus correspondientes registros en los Libros de este tributo, reclamando en función a las diferencias surgidas, de manera indistinta y asimétrica, supuestas omisiones de ingresos, para el Impuesto a la Renta o para el Impuesto al Valor Agregado según les parecía. Es decir, si los saldos contables superaban a los valores de las declaraciones juradas, ello sencillamente significaba omisión de ingresos para el Impuesto a la Renta, y en ningún caso ingresos declarados en exceso para el Impuesto al Valor Agregado. En contrapartida, si los saldos eran menores, significaba omisión de ingresos para el IVA y no un exceso de ingresos declarados para el Impuesto a la Renta. Así también, solamente tuvieron en cuenta las diferencias que generaban supuestos defectos en los citados impuestos declarados y no aquellas que en otros ejercicios significaban excesos de dichos tributos. Además, los fiscalizadores no tuvieron en cuenta que resulta apropiado y correcto que surjan diferencias como resultado de la referida comparación y que, por el contrario, sería absurdo e

inapropiado pretender que los saldos del Libro Diario General fueran exactamente iguales a los de las declaraciones juradas del Impuesto al Valor Agregado, atendiendo a la existencia de situaciones propias del negocio, tales como: ingresos reconocidos contablemente a través de su devengamiento en el tiempo pero facturados en su totalidad al inicio del referido lapso de tiempo, ingresos provisionados de acuerdo a las normativas contables de la Empresa, pero reconocidos fiscalmente al momento de su facturación de acuerdo a las normativas tributarias vigentes, facturación de reembolsos de gastos de acuerdo a las normativas fiscales que contablemente no generan un ingreso para la Empresa, entre otros. En este sentido, la ESSO reconoció expresamente que las diferencias eran reales, pero que las mismas surgían por aplicación de criterios de determinación diferentes, establecidos legalmente para cada tributo, pero bajo ningún concepto significaban omisión de ingresos a los efectos impositivos. Este primer escrito de descargo fue acompañado con seis carpetas –biblioratos– de copias de documentos autenticados ante escribano público, incluyéndose además un Informe Pericial Contable elaborado por un profesional independiente, perito contable debidamente matriculado ante la Corte Suprema de Justicia, el licenciado Guillermo Lezcano Claude. El referido primer Escrito de defensa y las pruebas arrimadas, fueron analizados por un consultor técnico de la Dirección General de Grandes Contribuyentes, quien solicitó como prueba datos adicionales y/o documentación original, de las copias de documentos ya presentados al Juez Instructor (autenticados ante escribanía), derivando incorrectamente en reclamos y/o cuestionamientos en fecha 25 de enero de 2006, desviándose de las funciones que para esta situación le imponía la norma legal (de profesional analista a auditor denunciante), en lo referente a analizar las pruebas arrimadas y los criterios fiscales y/o contables aplicados a las actividades de la Compañía, que generaron las diferencias citadas, siendo estos cuestionamientos objeto de Descargo en fecha 03 de marzo de 2006. Este nuevo escrito de Descargo, incluyó una explicación detallada, sustentada en las pruebas arrimadas y mencionadas precedentemente, de los criterios adoptados para cada diferencia cuestionada por el Consultor técnico o Perito de la Administración. En fecha 05 de mayo de 2006 se corrió traslado a la ESSO del cierre del periodo probatorio a los efectos de la presentación del Escrito de Alegato, el cual es presentado en fecha 22 de mayo de 2006, exponiéndose en el escrito de alegato el resumen de las defensas y la valoración de las pruebas producidas en el

sumario, concluyéndose que las diferencias denunciadas derivaban de la aplicación de criterios de determinación impositiva establecidos por las normas fiscales vigentes y que fueron aplicados por la ESSO en el tratamiento de las diversas operaciones cuestionadas. Además se reiteró el pedido de devolución de los anticipos en concepto de Impuesto a la Renta ingresados en exceso. Finalmente, culminado el procedimiento de determinación, la Administración Tributaria dictó la Resolución 1.344/06, acogiendo en parte los argumentos esgrimidos por la Firma al hacer lugar parcialmente al informe de Auditoría, individualizado como “Informe DVF N° 24 de fecha 9 de mayo de 2004, presentado por Auditores de la Dirección General de Grandes Contribuyentes”, limitando los ajustes fiscales sólo a alguno de los ajustes contenidos en el Acta Final de Fiscalización, dejando sin efecto a los demás. No obstante esta aceptación parcial de los argumentos presentados por mi mandante, se deduce la presente demanda contra la determinación impositiva realizada por la Administración Tributaria en la Resolución N° 1.344/06, por los ajustes y por los montos consignados en el Art. 3° de la misma, conforme a los argumentos que se desarrollan a continuación. En primer término y en el cuadro que se expone a continuación se realiza una síntesis de los puntos objeto de la presente demanda, del cual se puede extraer que la determinación tributaria realizada en la Resolución N° 1.344/06, se realiza sobre el impuesto a la Renta del ejercicio 2000 y por el Impuesto al Valor Agregado, por los ejercicios 2000, 2001, 2002 y 2003. **Determinación del Impuesto a la Renta – año 2000.**

Diferencias que afectan el Impuesto a la Renta:

CONCEPTOS	2000	2001	2002	2003
1. Intereses a devengar	564.585.610			
2. Descuentos financieros otorgados	10.356.664			
3. Gastos directamente relacionados con ingresos	134.595.249			

JURISPRUDENCIA

4. Facturación por reembolso de gastos	88.934.672			
TOTAL	798.472.195			
IMPUESTO 30%	239.541.659			

Intereses a devengar. Corresponde a la determinación de Intereses presuntos calculados por ESSO al efecto de reflejar lo dispuesto en el Art.7 inciso h) de la Ley 125/91. Su reconocimiento a los fines del Impuesto a la Renta se efectúa en concordancia con los principios de contabilidad generalmente aceptados y con lo establecido en el Artículo 6° de la Ley N° 125/91. Pues estos intereses son reconocidos en función al principio de lo devengado, ya sea en este ejercicio o en los ejercicios futuros (situación reconocida como tal por el Perito de la Administración e incluida en el punto 18 del informe correspondiente a este ejercicio por Gs. 46.110.428), razón por la cual se producen diferencias entre lo declarado en IVA y lo declarado para el Impuesto a la Renta, pero de ninguna manera dicho procedimiento genera perjuicio fiscal. Pues las diferencias, son obvias ya que cada impuesto –IVA y Renta– debido a sus propias particularidades, otorga diferentes tratamientos para el reconocimiento de los ingresos sujetos a estos tributos. De allí que no compartimos la conclusión del informe pericial en cuanto a que estas diferencias deberían haberse considerado para la determinación de la renta neta del año de la facturación ya que, como se indica en el mismo informe pericial, los ingresos financieros deberían reconocerse en función del tiempo y al principio de lo devengado, tal como ha venido procediendo ESSO. Pero aún de aceptarse este criterio, el reconocimiento futuro de estos intereses realizado por la ESSO debería generar un efecto contrario, es decir, un exceso de ingresos “contables” declarados para este impuesto, hecho que no fue considerado en el presente informe. Por tanto, se debe dejar sin efecto este punto del cuestionamiento fiscal.

Descuentos financieros otorgados. La diferencia mencionada en este punto de Gs. 10.356.664, corresponde a descuentos otorgados en función a las políticas de cobranza establecidas por la ESSO, y/o a negociaciones efectuadas

en el momento del pago, los cuales en la mayoría de los casos fueron documentados con Notas de Crédito, las que eventualmente pudieron hacer referencia a productos, como se menciona en el informe del Perito de la Administración. Considerando ambas situaciones, descuentos financieros o devolución de mercaderías (esto último en atención a lo mencionado en el informe emitido por el Perito de la Administración), la conclusión es que no se genera perjuicio fiscal alguno, por el hecho de que dichos descuentos no afectaron a los datos incluidos en la declaración jurada de IVA (cuyo mayor porcentaje de ingresos declarados corresponde a ingresos por ventas de productos exentos de IVA – combustibles) y para el Impuesto a la Renta, originaron adecuadamente un débito en la contabilidad. Gastos directamente relacionados con ingresos. Corresponde a erogaciones o gastos registrados contablemente como ingresos, cuyo efecto fiscal sería similar al que se hubiese producido de registrarse el ingreso por un lado y el gasto por otro, con lo cual bajo ningún concepto se genera una diferencia a ajustar en el Impuesto a la Renta. En última instancia sólo se trata de un tema de exposición en los estados contables (menor ingreso o gasto) sin que ello pueda producir un efecto en el importe neto del resultado del año. No compartimos el comentario incluido en el informe del Perito de la Administración, donde no se admite esta conclusión que resulta de una simple cuestión de facto ni emite opinión por el hecho de que no haber proporcionado copia de un contrato de prestación de servicios y copia de las facturas correspondientes a los ingresos obtenidos por la ESSO generados por los servicios de referencia, más aún considerando que sí se han presentado copias de los comprobantes legales emitidos por el prestador de dichos servicios y copia de las hojas del libro diario donde claramente se refleja esta situación. Facturación por reembolso de gastos. Se trata de conceptos facturados por ESSO que se registran en el Libro IVA Ventas y se declaran en el IVA como ingresos gravados, en tanto que en la contabilidad se reflejan como un menor gasto. Así también fue reconocido por el Perito de la Administración (pto. 13). Por lo tanto, tampoco en este caso...//...17 18...//...puede existir ajuste en el Impuesto a la Renta ya que el ingreso fue correctamente computado. De lo contrario se estaría duplicando dicho ingreso. Determinación del Impuesto al Valor Agregado - Años 2000, 2001, 2002 y 2003. Diferencias que afectan el Impuesto al Valor Agregado:

JURISPRUDENCIA

CONCEPTOS	2000	2001	2002	2003
1. Crédito contable por error	5.886.835			
2 Gastos directamente relacionados con ingresos		77.506.436		
3. Facturación a sujetos domiciliados en el exterior	289.800.974	511.662.880	20.045.276	136.083.018
4. Datos relativos a clientes ingresados incorrectamente		6.978.400	10.848.490	1.889.850
5. Asiento efectuado por error		67.560.405	3.602.608	
6. Ingresos Reconocidos Contablemente en Forma Tardía				159.674.096
7. Venta Gravada Declarada como Exenta				348.840
8. Intereses Punitivos Cobrados a Clientes				79.937.409

TRIBUNAL DE CUENTAS – PRIMERA SALA

9. Intereses Presuntos no Facturados Involuntariamente				356.481.698
10. Corrección de Ingresos Duplicados				24.264.659
11. Diferencia e/ DJ y Libro IVA (s/planilla Fisc)		3.398.200		
12. Otras menores	4.719.658	11.869.886	5.278.686	7.807.464
TOTAL	300.407.467	611.415.802	103.732.857	770.089.642

Crédito contable por error. La diferencia mencionada en este punto de Gs. 5.886.835, corresponde a un asiento contable efectuado por error, cuyo monto lógicamente no resulta de una operación de ingresos documentada con una factura y/o registrada en el libro IVA Ventas; en contraposición a la conclusión contenida en el informe, donde ante la falta de estos documentos, el Perito concluye que la presente diferencia constituye base imponible para el IVA. Por esta sencilla razón, se entiende fácilmente que la operación de referencia (asiento contable efectuado por error) no documentada con factura ni incluida en el libro IVA Ventas, no genera perjuicio fiscal alguno. Pues como se señaló, el mencionado asiento se generó por un error, es decir, no corresponde a ninguna operación efectivamente realizada. Gastos directamente relacionados con ingresos. Corresponde a erogaciones o gastos registrados contablemente como un menor ingreso, cuyo efecto fiscal sería similar al de haber registrado por un lado el ingreso y por el otro el gasto, con lo cual bajo ningún concepto se genera perjuicio fiscal alguno. Las diferencias consignadas implican un mayor ingreso gravado en el IVA con relación al ingreso contable, como consecuencia de haber

descontado estos gastos de las cuentas de ingresos, en tanto que el IVA de los gastos fue correctamente reportado como crédito fiscal en la Declaración Jurada y en el Libro IVA Compras. En última instancia, el mayor ingreso consignado en la Declaración Jurada del IVA nunca pudo haber generado un perjuicio fiscal. No compartimos el comentario incluido en el informe del Perito de la Administración, según el cual no se podría emitir una opinión técnica sobre este punto porque no se ha proporcionado copia de un contrato de prestación de servicios y de las facturas correspondientes a los ingresos obtenidos por la ESSO generados por los servicios de referencia, más aún considerando que sí se han presentado copias de los comprobantes legales emitidos por el prestador de dichos servicios y copia de las hojas del libro diario donde claramente se refleja esta situación. Facturación a sujetos domiciliados en el exterior. Con relación a estas diferencias se han presentado en este sumario las facturas legales que sustentan a dichas operaciones, las cuales corresponden en todos los casos a exportaciones de bienes, salvo las ventas al cliente Crowley Marine Services que, por error, fueron consideradas como exportaciones cuando en realidad se trata de ventas locales. Asimismo se presentaron copias de los Despachos de Exportación que pudieron ser ubicados, habiendo quedado demostrado con los mismos que estas ventas fueron realizadas a sujetos domiciliados en el exterior. Estas ventas al exterior (de determinados activos y de algunos bienes, tales como lubricantes), están exoneradas del IVA, de conformidad a lo establecido en el artículo 84 de la Ley N° 125/91, y así fueron consignadas en la Declaración Jurada del IVA y en el Libro de IVA Ventas aunque en la contabilidad las mismas fueron registradas en cuentas correspondientes a ingresos gravados. Ante esta situación consideramos que estas operaciones de exportación, de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 125/91, fueron correctamente documentadas por la empresa como exoneradas del IVA. Consecuentemente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 88 de la Ley N° 125/91, ESSO tenía derecho a solicitar la devolución de los créditos fiscales relacionados con estas exportaciones, pedido que no fue efectuado en ningún caso. En este sentido, se debe considerar que más del 95% en promedio de las ventas que realiza la Compañía son exentas del IVA y, en consecuencia, los créditos fiscales por este impuesto resultan en gastos o costos. Por tanto, concluimos que finalmente el efecto fiscal (débito - crédito de IVA) sería el mismo, razón por la cual afirmamos que las operaciones de referencia bajo ningún concepto han generado perjuicio fiscal alguno. En consecuencia,

está debidamente probado que estas son ventas a clientes domiciliados en el exterior (con la única excepción del error mencionado en el caso del cliente Crowley Marine Services) y, por consiguiente, son exoneradas del IVA, de conformidad con las pruebas documentales presentadas y el dictamen pericial presentado por el licenciado Guillermo Lezcano Claude. Con relación al IVA correspondiente a las ventas al cliente Crowley Marine Services, éste se regularizará mediante la presentación de las Declaraciones Juradas rectificativas. Datos relativos a clientes ingresados incorrectamente. Estas diferencias se generaron debido a un error en la carga de datos del cliente, razón por la cual reconocemos el efecto fiscal mencionado en el informe con relación al IVA, el que también será regularizado. Asiento realizado por error. La diferencia negativa consignada en el año 2002 de Gs. 67.560.405 corresponde a un asiento contable efectuado por error, cuyo monto lógicamente no resulta de una operación de ingresos documentada con una factura y/o registrada en el libro IVA Ventas. Podemos afirmar que la operación de referencia (asiento contable efectuado por error) no documentada con factura ni incluida en el libro IVA Ventas, no genera perjuicio fiscal alguno pues, como se señaló, el mencionado registro contable se generó por un asiento “efectuado por error”. De allí que, al no corresponder a una operación realizada con terceros, la misma no debe estar documentada con una factura. En el año 2003 también se consigna una diferencia negativa de Gs 370.694.534 que corresponde a un asiento contable efectuado por error que fue posteriormente anulado en diciembre del mismo año. En cuanto a las diferencias negativas de Gs 3.602.608 corresponden a los siguientes conceptos: (i) Un asiento efectuado en el mes de diciembre por Gs. 2.468.608 contra una cuenta de ingresos que no fue tomado en el Libro IVA Ventas ni en la Declaración Jurada del IVA (estamos de acuerdo con las observaciones con relación a esta diferencia de Gs. 2.468.608); (ii) Un asiento efectuado en el mes de Octubre por Gs. 1.134.000 que corresponde a una reclasificación entre cuentas de resultados que no tiene efecto en el IVA. Ingresos reconocidos contablemente en forma tardía. Estas diferencias también se generaron por un error en la carga de datos del cliente que motivaron que los ingresos se registraran por error en cuentas patrimoniales. Sin embargo, en el IVA no existe perjuicio alguno, ya que estas operaciones fueron facturadas y correctamente registradas en el Libro IVA Ventas y en la Declaración Jurada del período correspondiente. Así fue reconocido por el informe pericial, de forma tal que debe desecharse el ajuste en el IVA. Venta gravada

declarada como exenta. Sobre este punto la firma está de acuerdo con la observación y se allana a la determinación. Intereses punitivos cobrados a clientes. Sobre este punto la firma está de acuerdo con la observación y se allana a la determinación. Intereses presuntos no facturados involuntariamente. Sobre este punto la firma está de acuerdo con la observación y se allana a la determinación. Corrección ingresos duplicados. Corresponde a la anulación de ingresos facturados dos veces en el mes de abril de 2002 a efectos de corregir la contabilidad. En el informe pericial se confirma que estos ingresos fueron oportunamente registrados en la contabilidad y en el Libro IVA Ventas y declarados correctamente para el IVA. Por ende esta diferencia no tiene efecto en el IVA y debe ser desechada. Diferencia e/ DDJJ y Libro IVA (s / planilla Fisc). Una vez más reiteramos que al considerar estas diferencias se produciría una duplicación de ingresos con relación a las diferencias determinadas entre la contabilidad y la Declaración Jurada. Con el objeto de confirmar esta afirmación basta mencionar que la diferencia de Gs 448.897.945, denunciada por los auditores fiscales en el año 2.002, corresponde a las mismas Notas de Créditos que ya habían sido incluidas en el punto 19) como una diferencia entre la contabilidad y la Declaración Jurada. Otras menores. Estamos de acuerdo con las observaciones correspondientes a este punto las que serán incluidas en las Declaraciones Juradas rectificativas que se presentarán oportunamente. Informes periciales. Que atendiendo a la complejidad del caso, por el volumen de las operaciones de la ESSO, y por la generalidad de la denuncia de los fiscalizadores de la Subsecretaría de Tributación, se ha ofrecido como medio de prueba la realización de una pericia contable, a cuyo efecto mi mandante ha ofrecido como Perito de parte al Licenciado en Ciencias Contables y Administración de Empresas, Guillermo Lezcano Claude, Perito matriculado por la Corte Suprema de Justicia, con Matrícula N° 1.042, quien fue designado por el Juez de Instrucción Administrativo, desempeñando su labor a tenor del cuestionario presentado por la Firma y presentando su dictamen pericial en tiempo y forma. En contrapartida, la Dirección General de Grandes Contribuyentes designó al funcionario de la mencionada Dirección, el Economista Edelmiro Alfonso en carácter de consultor Técnico, quien no cuenta con el título de Contador y no se encuentra matriculado en la Corte Suprema de Justicia. Que, la Administración al dictar la Resolución N° 1.344/06, se ha basado exclusivamente en el informe del funcionario Edelmiro Alfonso, según manifiesta el Viceministro de Tributación en

el párrafo tercero de la foliatura N° 25 (de 43) de la citada Resolución, quien en vez de perito o consultor técnico, fungió de fiscalizador de oficio, apartándose de su función y de los puntos de la pericia propuesta por mi mandante, y ha realizado imputaciones, en vez de dar las explicaciones detalladas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que funden su opinión, todo esto a tenor de lo establecido en el Código Procesal Civil. Siguiendo este proceder, la Administración Tributaria no ha tomado en cuenta el Dictamen pericial presentado por el Perito Guillermo Lezcano Claude, propuesto por mi representada. Esta situación constituye una violación de lo establecido por el artículo 215 de la Ley N° 125/91, en el cual se establece que el Acto de determinación de oficio de la obligación tributaria deberá contener las siguientes constancias: 1. Apreciación y valoración de los descargos; 2. Defensas y pruebas presentadas; y 3. Fundamentos de hecho y de derecho de la determinación. En contrapartida mi representada, ha presentado todas las explicaciones y aclaraciones requeridas por la Administración ya en el proceso de fiscalización y luego en el sumario administrativo. Y en consideración a la complejidad de las operaciones realizadas por la ESSO y a las numerosas causas por las cuales se exponen las “diferencias” cuestionadas por la auditoría, es que mi mandante, en el Sumario Administrativo ha ofrecido como medio de prueba la realización de una pericia contable, para que el perito contador así designado, sobre la base de los conocimientos especiales de su actividad técnica, explique al juzgado de instrucción administrativo, todos los elementos de juicio para la correcta apreciación de los hechos controvertidos. Que, la Administración tributaria al acoger solamente el informe del funcionario designado por el mismo y al no realizar la valoración de las pruebas presentadas por mi mandante y en especial al no considerar el informe expuesto por el Perito Guillermo Lezcano Claude, convierte al acto administrativo efectuado por la misma en un fallo arbitrario, según se observa en la Resolución N° 1.344/06 y la N° 1.511/06 por la cual confirma a aquella. Que, finalmente y en resumen, la denuncia de la fiscalización y del funcionario Edelmiro Alfonso, designado como consultor técnico por la Dirección General de Grandes Contribuyentes, luego confirmado sólo parcialmente por la Subsecretaría de Estado de Tributación, consistió en las “diferencias” que los auditores “encontraron” en la fiscalización, comparando luego los saldos de las cuentas contables de ingresos, que corresponden al Impuesto a la Renta, con los valores consignados en las declaraciones juradas del IVA. Que estas diferencias, fueron

reconocidas por la ESSO como reales y ciertas en todo el proceso, pero mi mandante ha negado terminantemente que dichas diferencias afecten a los Impuestos a la Renta e IVA, mucho menos que se haya ocasionado perjuicio al fisco y menos aún que haya habido una conducta que pudiera ser calificada como de defraudación. Se ha explicado y demostrado, mediante las pruebas documentales producidas en el sumario administrativo y en especial por medio de la prueba pericial producida por mi mandante a través del Perito Guillermo Lezcano Claude, quien se ha expedido a través de su dictamen pericial, realizando las explicaciones pertinentes, conforme al mandato de la ley. Por tanto, en base a las consideraciones que anteceden, y amparados en los fundamentos de hechos y de derechos expuestos en la presente demanda, solicito a los Excelentísimos miembros del Tribunal de Cuentas que, luego de los trámites de rigor, se dicte resolución haciendo lugar a la presente demanda, dejando sin efecto la determinación de la deuda establecida en la Resolución N° 1344/06, salvo por la parte que mi mandante ha reconocido expresamente durante el sumario administrativo. Multas por defraudación En las distintas Resoluciones de la Administración Tributaria, la 1.344/06 y su confirmatoria la 1511/06, respectivamente, se califica como “Defraudación” la sanción aplicable a los hechos que supuestamente generaron perjuicio fiscal, incluyendo aquellos casos aislados donde la ESSO expresamente reconoce que, si bien utiliza un sistema de procesamiento automático de la información contable, debido a involuntarios errores en el procesamiento de determinados datos y/o en la carga de éstos, se generaron en el procesamiento de dicha información errores u omisiones que afectaron (disminuyendo o aumentando) los ingresos declarados para el Impuesto al Valor Agregado, no así para el Impuesto a la Renta. Al respecto, en todos los casos denunciados la Administración Tributaria aplicó la referida sanción sin siquiera efectuar una simple comparación de los hechos que generaron estas diferencias, consideradas “mínimas” en comparación a los valores de operaciones similares o al volumen de miles de millones resultante de la operativa comercial de la Compañía. Es decir, resulta a todas luces ilógico suponer que la ESSO efectuó maniobras específicas con la sola intención de obtener un beneficio indebido y mucho menos de defraudar al Fisco mediante determinadas operaciones de algunos pocos millones de guaraníes, en comparación con el valor global de las operaciones de la Firma, mientras que dichas operaciones varias veces multimillonarias se encuentran correctamente registradas y declaradas para cada

uno de los impuestos a que las mismas se encuentran afectadas. En efecto, como podrán apreciar vuestras Excelencias, de las constancias del expediente, copias de las declaraciones juradas de IVA y de Renta y los balances impositivos que obran en el expediente, se desprende que el monto denunciado por los fiscalizadores es insignificante en comparación al volumen de operaciones realizadas y de los ingresos obtenidos por la ESSO, más aún teniendo en cuenta que estos ajustes luego sólo fueron acogidos parcialmente al dictarse la Resolución 1.344/06. Que, esta relación entre montos denunciados e ingresos y volumen de operaciones de por sí descarta que los montos reconocidos por la ESSO y por los cuales se aviene a tributar el impuesto correspondiente más los accesorios legales, se traten de una maniobra para obtener beneficios indebidos, más aún cuando que en los ejercicios fiscales por los cuales se determinaron las deudas impositivas, la Firma contaba con un saldo a su favor de Gs. 4.722.945.701, de manera que es impensable que la ESSO pretenda defraudar al Fisco, cuando que ya tiene a su favor sumas mucho mayores en concepto de pago a cuenta ingresados al Fisco dentro de los plazos legales.. A este respecto, se ha señalado en el recurso de reconsideración respecto a la aplicación de la multa por defraudación, que la ESSO no ha incurrido en ninguno de los presupuestos legales contemplados en el Art. 172° de la Ley N° 125/91 para tipificar la existencia de una conducta punible por esta disposición. En los considerandos de la Resolución simplemente se menciona de manera genérica y no circunstanciada que la conducta de ESSO se subsume dentro de las previsiones del Art. 172° y sin ninguna otra consideración se concluye que se ha producido la defraudación. A continuación pasamos a resumir las cuestiones de hecho y de derecho que nos permiten sostener que el encuadramiento de los hechos al tipo penal de defraudación y a la sanción aplicada no se compadece con la realidad de los hechos. A este respecto, es conveniente recordar que la defraudación fiscal está tipificada en el Artículo 172° de la Ley N° 125/91, el cual establece: *“Incurrirán en defraudación fiscal los contribuyentes, responsables y terceros ajenos a la relación jurídica tributaria que con la intención de obtener un beneficio indebido para sí o para un tercero, realizaren cualquier acto, aserción, omisión, simulación, ocultación o maniobra en perjuicio del Fisco”*. Como se podrá notar, la Ley N° 125/91 es bien clara la definición de la infracción de defraudación pues, para que ello ocurra, es necesario que exista una *omisión, simulación, ocultación o maniobra* con la intención de obtener un beneficio indebido. Es decir debe demostrarse la

existencia de cualquier tipo de maniobra para obtener un beneficio y debe demostrarse que la ESSO obtuvo un beneficio indebido. Nada de esto ha ocurrido. Por otro lado, tampoco la Administración ha demostrado tales extremos. En efecto, no existe constancia en el expediente de que la ESSO haya realizado ningún tipo de maniobra, ocultación o simulación con la intención de perjudicar al Fisco. En efecto, como lo podrán apreciar los Señores Miembros del Tribunal, todas las operaciones están documentadas, declaradas y contabilizadas, en la Empresa, y esto se demuestra en el solo hecho de que la denuncia de la fiscalización se basó exclusivamente en comparar los saldos de las cuentas contables de ingresos incluidos en el Balance con los valores consignados en las Declaraciones Juradas del IVA. Es decir, la auditoría sacó conclusiones con la simple comparación de los valores de la contabilidad y las declaraciones juradas de la Firma. Por tanto, no puede alegarse que exista ocultación o maniobra. Tampoco puede sostenerse que exista una simulación o ardid para defraudar al fisco. Lo cierto es que no se ha demostrado, ni por informe pormenorizado y circunstanciado ni por pruebas documentales, la supuesta existencia de los presupuestos legales de la infracción de defraudación. La realidad de los hechos indica que todas las operaciones están registradas en los Libros de Ventas y de Compras y en el Libro Diario, y al estar registradas fueron expuestas en los Balances y en las declaraciones juradas respectivas. Por tanto, no existe defraudación. Las eventuales diferencias que resultaron de la fiscalización responden en todos los casos a errores involuntarios o por diferencias en criterios de interpretación o aplicación de lo establecido por la norma fiscal. Además, tampoco podría alegarse que se haya producido algún hecho o acto tendiente a obtener un beneficio indebido, teniendo en cuenta el nivel de facturación de ESSO y la cantidad de transacciones involucradas y la relación que guardan con los importes de las eventuales diferencias detectadas. Más aún con relación al Impuesto a la Renta, considerando que, si bien los volúmenes de ingresos y gastos son multimillonarios, se han generado quebrantos fiscales en los años 2001 a 2003 (situación comercial generada no sólo a nivel local, sino inclusive regional, debido a las ya conocidas fluctuaciones económico monetarias de nuestros países vecinos, entre otras cosas), lo cual se puede corroborar de la documentación aportada por la Compañía en el expediente del sumario. Por tanto, en base a estas consideraciones, se sostiene que la ESSO no ha incurrido en defraudación fiscal y que la Administración Tributaria no ha demostrado de ninguna forma la existencia

de los extremos considerados en la ley para tipificar la conducta de la Firma en la mencionada infracción. Así las cosas, teniendo en cuenta que mi mandante ha reconocido expresamente, que durante el procedimiento administrativo, después de minuciosas revisiones, comparaciones y análisis de las citadas diferencias, así como las documentaciones que la sustentan, ha detectado errores involuntarios (en la carga de datos y/o en el procesamiento de la información contable de determinadas operaciones), que se generaron en dichos periodos (ver planilla de detalle adjunta precedentemente), produciendo así una disminución de los ingresos declarados, solamente a efectos del Impuesto al Valor Agregado, por un monto imponible de Gs. 499.731.086 resultando un impuesto a tributar Gs. 49.973.109. Situación por la cual, la sanción fiscal que ajustada a derecho, corresponde sea aplicada es la de OMISIÓN y no DEFRAUDACIÓN como se pretende en las citadas Resoluciones de la Administración Tributaria, hecho que en atención a lo establecido en la norma fiscal, debe ser considerado como ilegal, debido a que el acto administrativo de referencia no reunió todos los requisitos mínimos para su validez. En este sentido, cabe mencionar que la norma legal claramente señala que situaciones similares a la acontecida para el caso de la ESSO, son encuadradas en las disposiciones establecidas por el artículo 177 de la Ley N° 125/91 y, en consecuencia, la multa a ser aplicada deberá ser calculada en función al orden de hasta el 50% del impuesto debido, consideración que solicitamos a vuestras excelencias confirmar en atención a lo establecido en la norma legal mencionada y a las documentaciones correspondientes.

Refiscalización. Que, el acto administrativo de determinación instrumentado en la Resolución N° 1.344/06, específicamente en el artículo 5°, dispone, “*Ordenar por donde corresponda la realización de una Fiscalización Puntual a la firma contribuyente de lo atinente a los puntos mencionados a lo largo de la presente Resolución*”. Como se ha señalado en el presente escrito de demanda, por medio de la Referida Resolución N° 1.344/06, la Subsecretaría de Estado de Tributación ha hecho lugar parcialmente al Informe de los fiscalizadores de la Dirección General de Grandes Contribuyentes, quienes realizaron la fiscalización integral a la Firma ESSO STANDARD PARAGUAY S.R.L., conforme se ordenó en la Nota N° 120 de fecha 27 de agosto de 2004. Que, esta decisión de la Subsecretaría de Estado viola lo establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley 2421/04, pues habiéndose fiscalizado integralmente los ejercicios fiscales

2000, 2001, 2002 y 2003, y habiendo culminado los trabajos de fiscalización, con imputaciones de los fiscalizadores, la Administración Tributaria ha aceptado el resultado de dichos trabajos, poniendo en marcha el procedimiento de determinación tributaria establecida en el artículo 212 de la Ley N° 125/91. Que, posteriormente en el procedimiento de determinación tributaria, mediante el sumario administrativo, se han discutido las imputaciones por sumas multimillonarias realizadas por los fiscalizadores de la Administración Tributaria. Que, luego de cumplidos los trámites procesales correspondientes al sumario, la SET dictó el Acto Administrativo de determinación, estableciendo en el mismo deudas a la ESSO, que amén de la aceptación o no de mi mandante, el mencionado acto de determinación constituye un acto declarativo, y es concluyente para la Administración, quien no puede volver contra sus propios actos, para revisar lo ya actuado, salvo los casos especiales establecidos en la Ley. En el caso particular, la orden de fiscalizar puntualmente dispuesta por la Administración Tributaria, sobre lo que ya fue fiscalizado viola lo establecido específicamente en el artículo 32 de la Ley N° 2.421/04, artículo que regula las reverificaciones. Que a este respecto, es pertinente destacar en primer lugar lo establecido en el artículo 31 de la Ley N° 2.421/04, que dice: *“Las tareas de fiscalización a los contribuyentes se realizarán: a) las integrales, mediante sorteos periódicos entre los contribuyentes de una misma categoría de acuerdo a criterios objetivos que establezca la Administración, los que serán llevados a cabo en actos públicos con la máxima difusión, y b) las puntuales cuando fueren determinadas por el Subsecretario de Tributación respecto a contribuyentes o responsables sobre los que exista sospecha de irregularidades detectadas por la auditoría interna, controles cruzados, u otros sistemas o forma de análisis de informaciones de la Administración en base a hechos objetivos”*. En el caso particular ya se ha realizado una fiscalización integral. Lo cual implica que se han revisado todos los tributos que administra la Subsecretaría de Tributación y por todos los ejercicios no prescriptos en ese momento. Que a la fecha, una fiscalización integral, a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 sólo procedería mediante un sorteo público. En cuanto a la fiscalización puntual, sólo cuando exista sospecha de irregularidades detectadas por la auditoría interna, controles cruzados, u otros sistemas o forma de análisis de informaciones de la Administración en base a hechos objetivos. Situaciones que no se dan en nuestro caso. En cuanto a la reverificación de una fiscalización ya concluida, el artículo 32 de la Ley N° 2421/04, establece: *“Si*

el contribuyente o la propia Administración Tributaria considerase que la fiscalización no se realizó de una manera correcta desde el punto de vista técnico, o que ha concluido con imputaciones notoriamente infundadas, tendrá derecho a solicitar u ordenar una reverificación. Si la Administración considera, a tenor del informe de la reverificación, que la fiscalización inicial era técnicamente incorrecta o que las imputaciones eran notoriamente infundadas deberá iniciar un sumario administrativo contra los fiscalizadores actuantes y, de confirmarse cualquiera de dichos extremos, la sanción consistirá en la suspensión en sus funciones sin goce de sueldo por un plazo de tres meses, en el primer caso, de seis en el segundo, y en la tercera oportunidad el despido de la función pública, previo sumario administrativo". Como se puede observar, de la transcripción íntegra del artículo 32 de la ley, sólo podrá ordenar una reverificación cuando *"la fiscalización no se realizó de una manera correcta desde el punto de vista técnico"* o cuando la misma *"ha concluido con imputaciones notoriamente infundadas"*. Como podrán notar vuestras Excelencias, en la presente situación no se dan ninguno de los presupuestos establecidos en la Ley, es decir que la Administración Tributaria no ha demostrado que la fiscalización se realizó de una manera incorrecta desde el punto de vista técnico ni que las imputaciones fueran notoriamente infundadas, que en todo caso sería favorable a la ESSO. Que, el Tribunal coincidirá con nuestra parte que en el derecho público rige el principio de legalidad, y en este caso la Administración debe ceñirse estrictamente los mandatos de la Ley. Por tanto, al no reunirse en el presente caso los presupuestos establecidos en la ley, la orden de fiscalizar nuevamente los ejercicios ya fiscalizados integralmente es notoriamente improcedente. Salvador Villagra Maffiodo, en su obra "Principios de Derecho Administrativo", pág. 12, menciona: "...el Derecho administrativo es un Derecho subconstitucional, en tanto que su ejecución, la llamada «administración» es una función jurídica sublegal, sometida no sólo a la Constitución sino a la ley formal». Por tanto, la administración al dictar sus Resoluciones tiene el deber de ajustarlas no sólo a la Constitución, sino también a las leyes de forma, las que también han sido violentadas al haberse dispuesto procedimientos no contemplados en tal sentido. Que, el artículo 137 de la Constitución Nacional reza: «De la supremacía de la Constitución», cuarto párrafo: «Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución». DOCTRINA CONCORDANTE. Salvador Villagra Maffiodo, "Principios de Derecho Administra-

tivo”, pág. 24 “CONDICIONES DE SUBORDINACIÓN Y VALIDEZ. las diferentes normas jurídicas están subordinadas a un riguroso orden de prevalencia, el que constituye al mismo tiempo condición de validez de cada una de ellas. Condición de validez de la ley y del reglamento es su conformidad con la Constitución y del reglamento y las Resoluciones administrativas, su observancia de la misma Constitución y de la ley». Por tanto, al disponerse una nueva fiscalización sobre ejercicios que ya fueron fiscalizados, y por los cuales ya se ha dictado el acto administrativo de determinación sobre los montos denunciados por los fiscalizadores actuantes en la fiscalización integral, y al no existir fundamentos legales para ello ni haber demostrado la Administración Tributaria que se hayan reunidos los presupuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley N° 2.421/04, consideramos que es improcedente la disposición del artículo 5° de la Resolución N° 1.344/06 dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación y en consecuencia se solicita al Excelentísimo Tribunal se disponga dejar sin efecto a la misma. Resumen de la pretensión de la ESSO STANDARD PARAGUAY SRL en la presente demanda Por las consideraciones expuestas, la pretensión de la ESSO se resume en los siguientes puntos. 1. Se solicita la devolución de los saldos de anticipos y retenciones en exceso reclamados en el expediente N° 651/01 “CT”, por la suma de Gs. 4.722.945.701. 2. Se solicita la imposición de intereses sobre el saldo a favor de ESSO a ser calculados desde la fecha de solicitud de devolución del crédito reclamado hasta la fecha de pago. 3. Se solicita se deje sin efecto la determinación de IVA y Renta, realizada en la Resolución N° 1344/06, con excepción de los conceptos en los cuales mi representada se allana expresamente. 4. Se solicita la modificación de la calificación de la infracción tipificada en el Art. 172 de la Ley 125/91 como defraudación por la establecida en el Art. 177 de la misma Ley tipificada como de Omisión de Pago. 5. Se solicita dejar sin efecto lo dispuesto en el Art. 5° de la Resolución N° 1344/06, por la cual se ordena la fiscalización”.

Termina solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso administrativa, revocando los actos administrativos recurridos con costas.

Que, en fecha 27 de junio de dos mil siete, (fojas 200/235 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el Abog. Hugo A. Campos Lozano, Abogado Fiscal del Ministerio de Hacienda, bajo patrocinio del

abogado del Tesoro, Juan C. Silva Giménez, a contestar la presente demanda contencioso administrativa. Funda la contestación en los siguientes términos: “Quien luego de la negación categórica de todos y cada uno de los hechos y derechos en que pretende fundarse la parte actora, salvo los aquellos que expresamente fuesen reconocidos., pasa a fundar la regularidad de los procedimientos - Informe Denuncia, el Sumario administrativo y de las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Hacienda hoy recurrida. En dicho menester la Representación Fiscal del Ministerio de Hacienda no hace sino transcribir literalmente todas las actuaciones administrativas, para finalmente transcribir igualmente la normativa tributaria aplicada por la Administración, pretendiendo por último meritar a su favor el Informe Pericial del actor realizado en sede administrativa que señaló algunos errores de poca monta surgida del cotejo de valores del libro diario y las declaraciones juradas del IVA de los años 2000 y 2002, que finalmente generaron una diferencia a favor del fisco de Gs. 2.001.303, la cual fue reconocida y rectificada por el actor. Por último sobre la devolución del impuesto a la renta solicitado Esso Standard Paraguay S.A, la demandada sostiene su negativa fundada en el artículo 23 de la Ley 125/91, Resolución SSET N° 1.105/95 y Resolución SSET N° 178 del 19 de abril de 2002, esta última anterior al pedido de devolución del actor, solicitando en consecuencia en su petitorio se dicte Sentencia con costas rechazando la demanda promovida en contra de la Resolución Ficta de la Subsecretaría de Estado de Tributación producida en el marco del Expediente SSET N° 1.047/03, y Expediente C.T. N° 651/01 y contra las Resoluciones SET N° 1.511/2.006 y N° 1344/06, ambas dictadas por la SSET del Ministerio de Hacienda., solicitando al mismo tiempo la confirmación de las mismas. A fs. 248/262 obra el Informe del Perito Contable Lic. Librado Ramón Sánchez Sánchez Duarte, designado por A.I. N° 687 de fecha 04 de noviembre de 2009, en el que contesta los puntos de pericia resueltos en esta misma resolución judicial.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que a fojas 235 de vuelto de autos, consta la providencia de fecha 27 de junio del 2007, del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, que dice: “...*Téngase por contestada la presente demanda contencioso administrativa, en los términos del escrito que antecede, Declárase la competencia del Tribunal para entender en el*

presente juicio y existiendo hechos que probar recibase la causa a prueba por todo el término de ley”.

Y EL SEÑOR MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, prosiguió diciendo: “Analizadas las constancias de autos –escrito de demanda y su contestación de folios 200/235 de autos, los antecedentes administrativos agregados a los autos, y las pruebas ofrecidas, admitidas y oportunamente producidas– encontramos que sin lugar a dudas la parte actora tiene razón en su reclamo de la devolución de los saldos de los anticipos y retenciones adeudados por el fisco por los ejercicios 2000 al 2003, por un valor de Gs. 4.722.945.791.

En efecto, el actor inició los trámites de devolución de sus acreencias tributarias según Expediente N° 651/2.001 de fecha 9 de octubre de 2001, y la misma Administración ha reconocido la existencia de los saldos de anticipos y retenciones adeudadas por el fisco, así se desprende ya ab initio del Informe GAECT No. 120 de fecha 24-09-2.002 (Exp. N° 1.451/02), y según el Acta Final de fecha 05 de mayo de 2.005 suscrita por los funcionarios verificadores de la Dirección General de Grandes Contribuyentes de la Subsecretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda, en oportunidad de la culminación de los trabajos de verificación puntual practicados a la firma ESSO STANDARD PARAGUAY S.A, según Notas N°s 120/04 y 124/04.

Al respecto, a folio 64 de autos en el texto expreso del citado documento, en el apartado titulado “LEY 125 - IMPUESTO A LA RENTA. SOLICITUD DE CERTIFICADO DE CRÉDITO TRIBUTARIO”, se puede apreciar la siguiente conclusión de los verificadores.

“Se procedió al control de las documentaciones referente a la solicitud de Certificado de Crédito Tributario, conforme el art. 163 de la Ley 125/91 según expediente N° 651 del 9 de octubre de 2001 por pago realizado en concepto de anticipos de impuesto a la renta y de retenciones de impuesto a la renta computables a que fue objeto la firma solicitante en el periodo fiscal 2.000. El total de créditos por anticipos y retenciones solicitado por la firma asciende a Gs. 2.476.573.560 (DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS SESENTA GUARANÍES). En el proceso de control, se verificó las declaraciones juradas de pago de anticipos y recibos de retenciones de los años 2000, 2001, 2002, y 2003. La declaración jurada formulario 805 del periodo fiscal 2003, arroja un saldo a

favor del contribuyente de Gs. 4.502.125.271 (CUATRO MIL QUINIENTOS DOS MILLONES CIENTO VEINTE Y CINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN GUARANÍES).

Sin embargo inexplicablemente, la Resolución N° 1.511 del 07 de diciembre de 2006 dictada por la SSET, rechazó el recurso de reconsideración interpuesta contra la Resolución N° 1.344 del 10 de octubre de 2006, en la cual expresamente se reconocía a favor del actor los saldos de anticipos y retenciones de impuesto a la Renta confirmado por el Acta final e Informe de los funcionarios auditores que adicionando los saldos correspondientes a los ejercicios 2002 y 2003 ascendía a la suma de Gs. 4.722.945.701. La citada Resolución N° 1511/2006 omitió resolver al pedido de devolución de los anticipos y retenciones del Impuesto a la Renta.

Nótese, sin embargo, que el recurso de reconsideración contra el rechazo del pedido de devolución del saldo a favor del actor, ya fue formalizada en el Expediente N° 1.047 de fecha 19 de marzo de 2003, que fuera instrumentada en la Nota SE/DGGC N° 127/03. Ergo, a la fecha de la presentación de la demanda ya se había operado la denegatoria tácita de la Administración con relación al recurso de reconsideración interpuesto por la ESSO STANDARD PARAGUAY en el Expediente N° 1.047/03, de fecha 19 de marzo de 2003.

Consecuentemente corresponde –y es de rigor– el análisis de los fundamentos de la negativa de la Administración Tributaria para proceder a la devolución de los anticipos y retenciones de Impuesto a la Renta otrora solicitada por el actor, y cuyos antecedentes se han expuesto precedentemente.

La Administración Tributaria en el caso de autos niega la devolución de los anticipos y retenciones de Impuesto a la Renta de los ejercicios 2000/2003, previstos expresamente en los artículos 23 de la Ley N° 125/91, que por un lado faculta a la Administración a exigir anticipos o retención con carácter de anticipo en el transcurso del ejercicio en concepto de pago a cuenta del impuesto a la renta que corresponda tributar al finalizar el mismo, los que no podrán ser superior al monto total del impuesto del ejercicio anterior, y por otro lado complementa dicha norma concordantemente con el artículo 217 de dicha Ley, que autoriza al contribuyente a repetir lo pagado demás o en exceso de tributos, intereses, o recargos y multas, los cuales incluso deben ser devueltos de oficio de acuerdo a las normas pertinentes.

De modo que en el caso de autos no existe duda alguna con relación a la solicitud de devolución del actor, que a la luz de la normativa precedentemente

señalada y a la adecuación de la situación impositiva del contribuyente –anticipos y retenciones acumuladas de los ejercicios 2000/2.003– cuya comprobación en las declaraciones juradas de dichos ejercicios corroborados en los controles de consistencia por la propia Administración Tributaria en repetidos procedimientos ordenados durante mas de cinco años, los cuales siempre culminaron con la certeza de la procedencia de las acreencias solicitada.

Sin embargo, la demandada dejando de lado y haciendo caso omiso de la “regularidad” e idoneidad de dichos procedimientos practicados dentro del marco de la normativa de la Ley N° 125/91 por sus propios auditores y asesores., concluye alegando en defensa de su negativa a la devolución de los anticipos y retenciones de impuesto a la renta pagados por demás., la desafortunada y violatoria normativa de Resolución N° 178/02 de fecha 19 de abril de 2002.

Véase que la citada Resolución dispuso en su artículo 2°: “Los anticipos realizados a cuenta que sean superiores al impuesto liquidado constituirán un crédito que no dará lugar a su devolución por el presente régimen de certificados, sino que serán computados a cuenta de futuras obligaciones que se generen por el propio tributo”.

En primer término al analizar la citada norma, encontramos que la misma data del 19 de abril de 2002, es decir que su vigencia es posterior al pedido de devolución de las acreencias del actor cuyo presentación es del 9 de octubre de 2001 (Exp. N° 651/2.001), por cuanto la solicitud del pago de los anticipos y retenciones de los años 2000, 2001 y 2002 no podrían ser sujetos de la aplicación de las normas de la Resolución N° 178/02.

En segundo lugar, del análisis de la construcción de la norma en su aspecto axiológico y en su adecuación legislativa dentro del principio de la prelación constitucional y del principio de la “reserva de la Ley” en materia tributaria., la misma es violatoria de dichos principios, ya que el Reglamento o Resolución como en este caso, es un acto administrativo subordinado a la Constitución y a la Ley que no puede exorbitar o sobrepasar en su mandato a las normas de mayor jerarquía. En nuestro ordenamiento jurídico (Pirámide de Kelsen) que es un orden jurídico escalonado, siempre la norma de mayor jerarquía debe regular la norma de orden inferior tanto en el contenido de su mandato como en su ámbito de aplicación. En el caso de autos evidentemente la Resolución N° 178/02 exorbita el mandato del artículo 23 de la Ley N° 125/91 cuyas normas autorizan la COMPENSACIÓN o la DEVOLUCIÓN de los anticipos o retenciones

pagados de más, sin embargo la Resolución N° 178/02 –que la Administración pretende aplicar– contrariamente y en violación del artículo 23 de la citada Ley no admite la COMPENSACIÓN ni la DEVOLUCIÓN de los anticipos y retenciones de Impuesto a la Renta pagados de mas, sino solo permite su CÓMPUTO a cuenta de futuras obligaciones que se generen por el mismo tributo.

Ergo, el hecho constituye una clara violación del principio de legalidad del tributo, la reserva de la Ley y del principio de prelación de las leyes garantizados en la propia Constitución Nacional, todo por cuanto considerando que los jueces deben obligatoriamente dictar sus fallos fundados en la Constitución y en las leyes conforme a la jerarquía de las normas vigentes, y al principio de congruencia bajo pena de nulidad., lo cual justifica y refuerza mi convicción de que en el caso de autos es de rigor la exigencia del cumplimiento de la Ley, en este caso del artículo 23 de la Ley N° 125/91, complementada para el caso concreto por el artículo 217 de la misma Ley, dicho criterio ya ha sido sustentado por este Tribunal en forma continua y pacífica en numerosos fallos de casos similares, alguno de ellos incluso citados e individualizados en el escrito de demanda –folio 146/152–, todo por cuanto inexorablemente la presente demanda debe prosperar en este punto.

Con relación a la determinación de deudas contenida en la Resolución recurrida y confirmada por la Resolución N° 1.344/06, la demandada pretende el cobro de supuestas acreencias en concepto de Impuesto a la Renta e IVA y multas por los ejercicios fiscales 2000, 2001, 2002 y 2003.

Las supuestas irregularidades fueron consignadas en el Acta Final de los fiscalizadores de fecha 05 de mayo de 2005 en cumplimiento de la Nota N° 120 de fecha 27 de agosto de 2004, las cuales asumidas por la Administración luego del procedimiento del sumario administrativo culminó en la determinación tributaria de la Resolución recurrida confirmada posteriormente por la Resolución ut supra mencionada.

Al respecto y en relación a los puntos expuestos por la denuncia de los auditores, y de acuerdo a los antecedentes agregados a los autos, encontramos que las diferencias consignadas por los auditores y expuestas a modo de la base imponible o hecho generador de los tributos, constituyen los valores consignados en las declaraciones juradas del IVA. con relación a los saldos contables extraídos de los libros de contabilidad. Se observa que la diferencias analizadas son reales y fueron reconocidos por el actor, pero ello no significa que puedan

constituir omisión de ingresos o montos imponibles para el impuesto a la renta, salvo aquellas diferencias reconocidas expresamente por el actor como valores imponibles para el IVA.

El análisis pormenorizado de las citadas diferencias, tanto en los ingresos para el IVA, como de las diferencias en los gastos, inversiones, ingresos en diversos conceptos y errores contables diversos para el Impuesto a la Renta, que la Administración ha considerado como valores imponibles, sin embargo ha arrojado que los mismos no pudieron haber dado lugar a perjuicio fiscal alguno, habida cuenta que el criterio de determinación de dichos valores y el modo de su registro en los libros contables, balances y declaraciones juradas impositivas, obedecen a criterios consagrados y establecidos para cada tipo de tributo en particular de acuerdo a las normas y principios contables generalmente aceptados de nuestra Ley Tributaria. Como un sencillo ejemplo de los criterios señalados precedentemente se tiene las diferencias entre la contabilidad y la declaración jurada en los años 2000/2003, que según la denuncia se produjo en la cuenta PROVISIÓN DE INGRESOS. Dicha provisión por su carácter es contabilizada por el principio contable de lo “devengado” que es asumido por la legislación vigente y que tiene incidencia en la determinación del impuesto a la renta del año en que la operación fue contabilizada, pero no así para el impuesto al valor agregado (IVA), sobre cuya determinación no puede tener efecto, hasta tanto que en las operaciones devengadas se verifiquen efectivamente los elementos constitutivos del hecho generador del IVA.. Del mismo modo la diferencia de los saldos contables y las declaraciones Juradas del IVA de la provisión de ingresos tampoco ha generado disminución del impuesto a la renta declarado, ya que por más que en el ejercicio 2000 se generó un monto menor, la provisión del mes de enero del año siguiente representó un exceso, con lo cual el efecto contable ha quedado compensado, conforme lo reconoce igualmente el perito de la administración.

En consecuencia; las diferencias surgidas de la contabilización de los ingresos, así como los demás rubros objetados por la administración tanto para el Impuesto a la Renta como para el IVA, se ha corroborado y fueron justificados en su oportunidad por el actor sustentado en las técnicas y los procedimientos de contabilidad generalmente aceptados y amparado en la normativa pertinente de la Ley N° 125/91 y sus modificaciones, lo cual también ha sido avalado (salvo las diferencias en el IVA apuntadas a fojas 260 de autos) por la pericia

contable dispuesta en este juicio, cuyas conclusiones se encuentran agregados a folios 252/262 de autos.

Finalmente con relación a la calificación de la infracción por las diferencias detalladas en la conclusión pericial, corresponde la aplicación del artículo 177 de la Ley 125/91 (omisión de ingresos) por tratarse de errores que no conllevan el dolo en su comisión.

En consecuencia y por los fundamentos precedentemente expuestos, esta Magistratura es de la convicción de que la presente demanda debe admitirse haciéndose lugar a la misma por ajustarse a las exigencias tributarias, con la revocación de los actos administrativos recurridos salvo en lo relativo a las diferencias anotadas a folio 260 del Informe Pericial, las cuales deben ser determinadas y cumplida con la aplicación del artículo 177 de la Ley 125/91, y procederse a la devolución de los saldos de los anticipos y retenciones del impuesto a la renta solicitados por el actor de los años 2000/2003 de acuerdo con el artículo 223 de la Ley N° 125/91; y porque si de esa forma no se resuelve, se violaría principios constitucionales que establecen la aplicación de la materia imponible de conformidad a las fuentes, como son las normas invocadas anteriormente. En las condiciones determinadas corresponde el resarcimiento de intereses moratorios, recargos y multas desde la fecha del pedido de devolución hasta la fecha de la efectiva en honra de la obligación. Las costas deben imponerse a la parte perdidosa de acuerdo al artículo 192 del CPC. ES MI VOTO.

A SU TURNO, EL SEÑOR MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, RODRIGO A. ESCOBAR, dijo: “Que, comparto las opiniones vertidas por el ilustre Miembro preopinante, pero muy respetuosamente me permito disentir en sus conclusiones, por entender que la presente demanda debe prosperar PARCIALMENTE, fundado en las breves consideraciones que siguen:

QUE, la presente demanda es incoada por la firma Esso Standard Paraguay S.R.L., como colofón a un extenso trámite administrativo que tuvo su inicio en un pedido de devolución de anticipos y retenciones y derivó en una fiscalización tributaria en la que se denunciaron una serie de irregularidades, las que luego de su sometimiento al procedimiento de determinación, concluyó con reclamos en concepto de impuestos y accesorios legales. Atendiendo a la particularidad señalada que motivó la interposición de la presente demanda contencioso-administrativa, tanto por lo que respecta a la devolución como a la

determinación, me referiré primeramente a la denegatoria ficta del pedido de devolución de anticipos y retenciones.

Que, nuestra legislación impositiva, en su artículo 23, faculta a la Administración a exigir anticipos o retención con carácter de anticipos en el transcurso del ejercicio en concepto de pago a cuenta del Impuesto a la Renta, que corresponda tributar al finalizar el mismo, los que no podrán superar el monto total del impuesto del ejercicio anterior. Estos anticipos constituyen obligaciones exigibles que deben ser abonados en concepto de liquidaciones futuras.

Que, del mencionado artículo, se desprende con toda claridad que la Administración Tributaria, cuenta con facultades para exigir anticipos a cuenta del impuesto que corresponda tributar, que los anticipos y las retenciones son pagos a cuenta y que dichos pagos a cuenta no podrán superar el monto total del impuesto del ejercicio anterior.

Que, asimismo, con toda claridad establece la ley, que cuando los montos anticipados superen el impuesto liquidado en el ejercicio anterior, se procederá a su compensación o devolución, incluidos los intereses recargos y multas, esto último de conformidad al artículo 223, la que debe materializarse dentro de los treinta (30) días de quedar resuelta y firme la devolución (artículo 222 último párrafo).

Que, en conclusión, las normas legales establecen con toda claridad que cuando los anticipos y retenciones del Impuesto a la Renta, superen el impuesto del ejercicio anterior darán lugar a su compensación o devolución. En efecto, las disposiciones de la Ley N° 125/91 son claramente garantizan la devolución de los pagos realizados en concepto de anticipo del Impuesto a la Renta.

Que, de los antecedentes administrativos surge que la firma Esso Standard Paraguay S.R.L., solicitó a la Subsecretaría de Estado de Tributación la devolución de Retenciones y Anticipos del Impuesto a la Renta excesivos ingresados y que afectan a los periodos fiscales 2000 y 2001.

Que, conforme a la Nota obrante a fs. 02/03 y al Formulario N° 408 de Solicitud de Certificado de Crédito Tributario que rola a fs. 60, ambas de los antecedentes administrativos; el monto cuya devolución es solicitado por la actora, asciende a la suma de Gs. 2.476.573.560 (Guaraníes dos mil cuatrocientos setenta y seis millones quinientos setenta y tres mil quinientos sesenta).

Que, resulta importante mencionar que en el presente caso, la Subsecretaría de Estado de Tributación no ha cuestionado ni objetado el crédito, por el

contrario, ha certificado la existencia del crédito a través del Informe G.A.E.C.T. N° 120/02 (fs. 170/2 antecedentes administrativos), de manera que ya no se discute la existencia del anticipo en exceso, de manera que al superar el pago de anticipos, esto constituye un pago en exceso y la propia Ley reconoce esto en los artículos 23 y 217 y ordena su devolución o su compensación.

Que, coincido con el colega preopinante en cuanto a la procedencia, de la devolución de los saldos de anticipo y retenciones, con la salvedad de que tanto los periodos como el monto deben circunscribirse a los límites y alcance de la solicitud de devolución efectuada por la actora, puesto que en definitiva el acto administrativo recurrido es el que rechaza dicha devolución de Gs. 2.476.573.560, y no Gs. 4.722.945.791 que es reclamado en el escrito de demanda puesto a consideración de este Tribunal, el cual no se aprecia que fuera debidamente ampliado, cuestión que no puede ser suplida por una manifestación vertida durante la tramitación del Sumario Administrativo, puesto que como todo derecho de fondo tiene un procedimiento para su reclamo.

Que, si el particular hizo operante a su respecto una disposición, merced a petición presentada por un monto determinado, se materializó a su respecto un “derecho público subjetivo” hasta dicho límite y la condición exigida por la Ley 1462/35 para posibilitar el examen de regularidad del acto administrativo será el derecho a la devolución hasta el monto peticionado. Luego de demarcado el ámbito de estudio de la pretensión, corresponde verificar su procedencia con respecto a las normas que la regular, se efectuará exclusivamente sobre ésta; por lo tanto, no es admitido extender los alcances interpretativos al extremo de incluir, también, otros supuestos que la actora no previó, ya que la tarea del juzgador debe sustentarse tanto en el derecho, como en los hechos y antecedentes.

Que, en lo que respecta a la determinación de impuestos y sanciones, coincido con el colega preopinante en que existe una diferencia que deberá ser regularizada por la actora; ahora bien, considero procedente restringir, los periodos por los cuales la Subsecretaría de Estado de Tributación se encuentra legitimada a reclamar diferencias en concepto de impuestos, multas y accesorios, a los periodos fiscales 2000 y 2001.

Que, por medio de la Nota DGGC N° 120 de fecha 27 de agosto de 2004 (antecedentes administrativos fs. 544), la Administración Tributaria comunica a la firma Esso Standard Paraguay, en ese entonces S.A., que en virtud de sus

facultades de Fiscalización y Control, procederá a verificar los créditos invocados para su devolución.

Que, como lo mencionara al referirme al pedido de devolución, los periodos afectados al procedimiento de repetición de pago, son los correspondientes a los periodos fiscales 2000 y 2001; en cuanto a la obligación, la que se encuentra afectada es el impuesto a la Renta

Que, a la fecha de haberse emitido la Orden de Fiscalización referente a los créditos cuya devolución es solicitada, el Decreto N° 2.939 de fecha 26 de julio de 2004 “POR EL CUAL SE ESTABLECE LA VIGENCIA DE DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA LEY N° 2.421 DE FECHA 5 DE JULIO DE 2.004 DE REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL”, que decreta: “*Art. 1º) Establece la vigencia, a partir de la fecha de promulgación del presente Decreto de las siguientes disposiciones de la Ley N° 2.421/2004, De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal; c) Capítulo V, De aplicación de la presente Ley, Artículos 27 al 32*”.

Que, el artículo 31 de la Ley N° 2.421/04 dispone: “Artículo 31. Las tareas de fiscalización a los contribuyentes se realizarán: a) las integrales, mediante sorteos periódicos entre los contribuyentes de una misma categoría de acuerdo a criterios objetivos que establezca la Administración, los que serán llevados a cabo en actos públicos con la máxima difusión; y, b) las puntuales cuando fueren determinadas por el Subsecretario de Tributación respecto a contribuyentes o responsables sobre los que exista sospecha de irregularidades detectadas por la auditoría interna, controles cruzados, u otros sistemas o forma de análisis de informaciones de la Administración en base a hechos objetivos. De confirmarse la existencia de irregularidades en oportunidad de dicha fiscalización, la Administración podrá determinar la fiscalización integral de tales contribuyentes o responsables”.

Que, cuando la norma se refiere a una fiscalización puntual, está indicando que la verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias se ajustará a algo concreto o a determinados aspectos; por cuanto, la Orden de Fiscalización debe detallar claramente cuáles serán los impuestos, periodos, ejercicios, operaciones, registros, cuentas o documentos de un contribuyente, en el caso de la Nota DGGC N° 120, lo único que refiere es que se verificarán los créditos invocados para su devolución.

Que, los periodos fiscales afectados el pedido de devolución efectuado por la firma Esso Standard Paraguay S.R.L., son los correspondientes a los años 2000

y 2001, lo que sumado al hecho de que el tipo de fiscalización ordenada fue la “puntual”, acarrear la nulidad de los reclamos efectuados en los periodos fiscales 2002 y 2003.

Que, en cuanto a las diferencias objetadas por la Administración Tributaria, motivadas en la fiscalización realizada, concuerdo en que la mayoría de los rubros objetados han sido justificados por el actor y avalados por la prueba pericial, salvo algunas diferencias. En este punto, la parte en la que difiero con el criterio del preopinante es en la aplicación de las diferencias anotadas por el perito de la causa a manera de sustitución de la determinación practicada por la Subsecretaría de Estado de Tributación.

Que, siendo la determinación tributaria un acto administrativo vinculante de potestad exclusiva de la Administración Tributaria el informe pericial no lo puede sustituir, pudiendo sí servir de base para valorar si la cuantificación ha sido correctamente realizada; resultando procedente confirmar los conceptos admitidos por la actora, que en definitiva son los mismos señalados por el perito; por lo tanto, las diferencias que deberán ser regularizadas por la actora se detallan de la manera siguiente:

CONCEPTO	AÑO 2000	AÑO 2001
Facturación a sujetos domiciliados en el exterior.	0	11.272.276
Otras diferencias menores	4.719.658	
Clientes ingresados incorrectamente		6.978.400
Otras diferencias libro IVA Ventas		11.869.886
TOTAL	4.719.658	30.120.562
IVA (10%)	471.966	3.012.056

Que, existiendo por un lado, un monto sujeto a devolución a favor de la actora, y por el otro, una suma a ser ingresada en conceptos de impuestos, multas y accesorios, corresponde su compensación; al respecto en el artículo 163 se establece: *“Son compensables de oficio o a petición de parte los créditos del sujeto pasivo relativos a tributos, intereses o recargos y multas con las deudas por los mismos conceptos liquidadas por aquel o determinadas de oficio, referentes a períodos no prescriptos, comenzando por los más antiguos aunque provengan de distintos tributos, en tanto el sujeto activo sea el mismo. Para que proceda la compensación es preciso que tanto la deuda como el crédito sean firmes, líqui-*

dos y exigibles". Por lo tanto, la Subsecretaría de Estado de Tributación deberá compensar de oficio la infracción tributaria aceptada por el contribuyente con los saldos que el mismo tenga a su favor por anticipos de Impuesto a la Renta cuya devolución corresponde.

Que, en cuanto a la calificación de la infracción y el cómputo de intereses y recargos del crédito sujeto a devolución, concuerdo con el preopinante.

Que, por las consideraciones expresadas, soy del parecer que corresponde HACER LUGAR PARCIALMENTE a la presente demanda y la revocación de los actos administrativos impugnados, con el alcance precedentemente expuesto. En virtud al vencimiento mutuo, las costas en el orden causado. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL MIEMBRO MAGISTRADO ARSENIO CORONEL dijo: Que me adhiero al voto del ilustre Conjuez MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo firman los Excelentísimos Miembros del Tribunal de Cuentas Primera Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos.
EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,
RESUELVE:

1) Hacer Lugar, a la presente demanda contencioso-administrativa instaurada en estos autos por ESSO STANDARD PARAGUAY S.R.L. C/ RESOLUCIÓN DENEGATORIA FICTA Y LA RESOLUCIÓN SET N° 1511/06 DE FECHA 07 DE DICIEMBRE DE 2006 DE LA SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN y en consecuencia,

2) Revocar, en todos sus términos la Resolución Ficta denegatoria del Recurso de Reconsideración interpuesta en contra de la denegación del pedido de devolución de saldos a favor de ESSO originados en anticipos pagados y retenciones, mediante la Nota SG/DGGC N° 127/03.

3) Dejar sin efecto la determinación del Impuesto al Valor Agregado e Impuesto a la Renta de Actividades, Comerciales o de Servicios, resuelta por Resolución N° 1344/06, con excepción de los conceptos en los cuales la ESSO STANDARD PARAGUAY SRL se allana expresamente.

4) Modificar la calificación de la infracción por la de Omisión de Pago,

resuelta por Resolución SET N° 1511/06 de fecha 7 de diciembre de 2006 y la Resolución N° 1344/06 dictadas por la Subsecretaría de Estado de Tributación.

5) Disponer, la devolución por parte de la Subsecretaría de Estado de Tributación de la suma de Gs. 4.722.945.701, reclamada en estos autos por la actora en concepto de anticipos pagados y retenciones realizadas en exceso, de conformidad y en las condiciones establecidas en los fundamentos expresados en el exordio de la presente Resolución, más los intereses sobre el saldo a favor de ESSO a ser calculados desde la fecha de solicitud de devolución del crédito reclamado hasta la fecha de pago de la misma.

6) Imponer, las costas a la parte vencida.

7) Anotar, registrar y remitir a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arsenio Coronel, Mario Ignacio Maidana, Rodrigo Escobar.

Ante mí: Miguel Colman, Actuario judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 250

Cuestión debatida: *Se presenta una heredera del veterano de la Guerra del Chaco a solicitar Pensión en tal carácter, de conformidad al art. 28 de la Ley N° 431/73 ante el Ministerio de Hacienda según lo establecido en la Ley 217/93 ampliatoria de la Ley 431/73.*

PENSIÓN. Beneficiario de pensión. Beneméritos de la Patria. Imprescriptibilidad.

Entendemos que el hecho de consagrarse beneficios constitucionales y legales a favor de los beneméritos de la Patria no implica de modo alguno la concesión graciosa de la pensión a sus herederos por parte del Estado, más aún cuando el presupuesto de la norma no lo contempla como ocurrió en el caso de autos. Es sabido que en el Derecho Administrativo está consagrada la premisa que lo que no está expresamente permitido está prohibido y en virtud al principio de legalidad que rige este tipo de actos, al agente administrador no le resta sino aplicar la ley conforme a su texto expreso, ya que en cumplimiento de las funciones que le son conferidas, lo que hace en el desempeño de su cargo es una ejecución no cualificada de la norma, contrariamente al caso de la aplicación de la Ley por parte de un magistrado judicial (aplicación cualificada de la ley), por

lo que en estricto derecho al principio “jura novit curia” no le es aplicable al funcionario administrador, bajo pena de incurrir en delitos o faltas, cuya responsabilidad en la comisión es imputable claramente al funcionario en primer término y al Estado subsidiariamente.

PENSIÓN. Beneficiario de pensión. Beneméritos de la Patria. Imprescriptibilidad. Prescripción de la acción de los herederos.

Ha considerado extemporáneo el pedido de reconsideración de la Sra. Adela Concepción Jacquet Bernal, en aplicación de los art. 3° inc. e) y el art. 4° de la Ley N° 1462/35, habiendo transcurrido en exceso el plazo de 5 días establecido en la misma, computados desde la fecha de notificación de la Resolución que vulnera el Derecho Administrativo preestablecido a favor del demandante.

T. de Ctas. Primera Sala. 28/09/11. “Adela Concepción Jacquet Bernal c/ RES. N° 1565 de fecha 28/07/2000; y la N° 11 de fecha 15/01/2003, dict. por el Ministerio de Hacienda”. (Ac. y Sent. N° 250)

En la ciudad de Nuestra Señora de la Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los 28 días del mes de setiembre del año dos mil once, estando presentes los Excelentísimos Señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, MARTÍN AVALOS VALDEZ, RODRIGO A. ESCOBAR Y MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, en su Sala de Audiencias y Público Despacho, bajo la Presidencia del Primero de los Nombrados, por ante mi el Secretario Autorizante, se trajo a acuerdo el expediente con la portada que se expresa más arriba a objeto de resolver el juicio contencioso administrativo caratulado: “ADELA CONCEPCIÓN JACQUET BERNAL c/ RES. N° 1565 DE FECHA 28/07/2000; Y LA N° 11 DE FECHA 15/01/2003, DICT. POR EL MINISTERIO DE HACIENDA”.

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Están ajustados a derecho los actos administrativos impugnados?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: RODRIGO A. ESCOBAR, MARTÍN AVALOS VALDEZ Y MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH.

Y EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, RODRIGO A. ESCOBAR, DIJO: Funda la demanda en los siguientes términos: Que, en fecha 19 de febrero de 2003, se presenta la Srta. Adela Con-

cepción Jacques Bernal, bajo patrocinio de la abogada Alicia Funes Martínez, a promover demanda contencioso-administrativo. Funda la demanda en los siguientes términos: *“HECHOS. Que, mi representada es heredera del Veterano de la Guerra del Chaco y en tal carácter, de conformidad al art. 28 de la Ley N° 431/73 se ha presentado ante el Ministerio de Hacienda a solicitar Pensión en tal carácter de conformidad a la Ley 217/93 ampliatoria de la Ley 431/73. Que, una vez cumplidos los trámites el Ministerio de Hacienda resolvió “DENEGAR POR IMPROCEDENTE LA SOLICITUD DE PENSIÓN PRESENTADA POR LA SRTA. ADELA CONCEPCIÓN JACQUET BERNAL, por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución. Que, en el considerando de la resolución se lee entre otras cosas el pedido de la recurrente deviene improcedente en virtud de la fecha del fallecimiento del causante acaecido el 16 de julio de 1993 y la fecha de promulgación de la Ley 217/93 es el 16 de julio de 1993, alegando en consecuencia en apoyo del rechazo de la solicitud, de la pensión la irretroactividad de las leyes. Que, la resolución hoy impugnada es arbitraria e inconstitucional a todas luces ya que el art. 14 de la Ley 217/93 establece: “En caso de muerte de Mutilados, Lisiados y Veteranos de la Guerra del Chaco, comprendidos en el Art. 1° de esta ley, su jubilación, pensión o haber de retiro PASARÁ A BENEFICIAR DIRECTAMENTE A SU VIUDA, HIJAS SOLTERAS sin medios subsistencias e hijos minusválidos, CON LAS MISMAS ASIGNACIONES sin más trámites que la presentación de la Cédula de Identidad Policial, Carnet de viuda de Excombatiente, Certificado de Matrimonio, Certificado de Defunción, Carnet de Foja de Servicio de Veterano que acrediten dichas titularidades. El pago efectivo de los haberes se efectuaron al mes de producirse el deceso, debiendo incluirseles en las planillas respectivas, si no existiese presentación aduciendo mejor derecho sobre estos beneficios acordados a los causahabientes”. Que, el art. 58 de la Ley 2061/02, que aprueba el programa de presupuesto general de la nación establece: “Concédense los beneficios de pensión establecidos en el Artículo 14 de la Ley N° 431/73 «Que Instituye Honores y Establece Privilegios y Pensiones a Favor de los Veteranos de la Guerra Del Chaco», modificado por el 1° de la Ley N° 217/93 «Que Establece Beneficios a Favor de los Veteranos de la Guerra del Chaco», a las hijas solteras sin medios de subsistencia y a los hijos discapacitados de los veteranos de la Guerra del Chaco”. Al igual que las leyes de presupuestos de años anteriores. Que, el art. 2446 del Código Civil dispone: “Desde la muerte del causante, sus herederos le*

sucedan en su derechos afectivos y en los eventuales. Son poseedores de lo que al autor poseía aun antes de ejercer efectivamente el derecho sobre las cosas hereditarias. el heredero que sobrevive un solo al causante transmite la herencia a sus propios herederos". Que, la resolución 1565 de fecha 28 de julio de 2000, debe revocarse en todos sus términos y en consecuencia otorgar la pensión que legítimamente le corresponde a mi parte en carácter de heredera de excombatiente de la Guerra del Chaco. Que, el pedido de pensión tuvo entrada en el año 2000, según se lee en la Resoluciones, bajo la vigencia plena de la Ley 217/93 siendo por tanto ésta la única ley aplicable al caso planteado, careciendo de importancia la fecha de fallecimiento del causante. Cabe mencionar que el Juzgado competente, por Sentencia Definitiva "Resolvió declarar que por fallecimiento del causante de la presente sucesión, don Luciano Jacquet, veterano de la Guerra del Chaco, le sucede como única heredera su hija Adela Concepción Jacquet Bernal, para percibir la pensión, jubilación, gastos de sepelio y los beneficios y privilegios que le acuerda la ley, sin perjuicios de terceros, cuya copia obra en el Expediente Administrativo N° 15970 /2000. Que, la Sentencia Definitiva quedó firme y en consecuencia la calidad de heredera de excombatiente ni tampoco la calidad de Veterano del Chaco del causante no fueron negadas y en consecuencia el derecho apercibir la pensión en carácter de heredera es indudable y el Ministerio de Hacienda así lo debe declarar y otorgar dicho beneficio. Que, el derecho a solicitar la pensión en carácter de heredero es imprescriptible. Así lo han establecido las sucesivas leyes de presupuesto de los años 98, 99, 2000, 2001, 2002 y 2003, como así mismo quedó sentada la imprescriptibilidad a través de innumerables sentencias de la Excma. Corte Suprema de Justicia, acompañando copias de alguna de ellas para mejor ilustración. Que teniendo en consideración los argumentos expuestos precedentemente y por sobre todo lo dispuesto en el art. 130 de la C.N. que prohíbe taxativamente toda limitación que se pretenda aplicar a los derechos consagrados a favor de los veteranos y sus herederos, corresponde que el Excmo. Tribunal revoque la Resolución N° 1565 y la Resolución N° 11 y otorgar la pensión a mi parte que legítimamente le corresponde".

Termina solicitando, que previo los tramites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que, en fecha 13 de junio de 2003, obrante a fojas 76/79 de autos, se presenta la Abogada Fiscal del Ministerio de Hacienda, Vivian Liz Becker Mussi, con

patrocinio del abogado del Tesoro Dr. Bruno Campos Báez, a contestar la demanda. Funda la contestación en los siguientes términos: *“Que niego todo y cada uno de los Hechos alegados por la actora, salvo aquellos que fueran expresamente reconocidos por mi parte. HECHOS. Conforme a las actuaciones producidas se desprende que por la Resolución 1565/00 el Ministerio de Hacienda denegó por improcedente la pensión solicitada por la recurrente en carácter de heredera del causante Veterano de la Guerra del Chaco, Sdo. Damián Flores, fallecido en fecha 15 denoviembre de 1988, en razón de que la disposición invocada por la recurrente, la Ley N° 217 del 16 de julio de 1993 es de aplicación imposible al particular dado, en virtud del principio constitucional de la irretroactividad de las leyes. Mi representado, siguiendo las normas de carácter general que rigen el derecho sucesorio, en el sentido que todas las leyes rigen los hechos o situaciones producidas bajo su imperio o vigencia, entendió que el pedido de la Srta. Adela Concepción Jacquet Bernal debía tramitarse de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 431/73 vigente a la fecha del fallecimiento del causante (15/11/88), hecho generador del derecho que invoca la recurrente. La mencionada disposición legal dispone en el Art. 14 cuanto sigue: “En caso de muerte de los Mutilados, Lisiados y Veteranos de la Guerra del Chaco comprendidos en el art. 1° de ésta, sus Jubilaciones, Pensiones y Haber de Retiro serán transmisibles a los hijos menores de edad y a la esposa que herede según la ley civil, debiendo incluirse en las planillas respectivas, previos los trámites legales. “En tal sentido, la recurrente acreditó en autos la vocación hereditaria en carácter de hija soltera sin medios de subsistencia. Según se verifica en la disposición transcripta, ésta no contempla en su texto norma alguna referente a las hijas solteras con derecho a la pensión en caso de muerte del causante. Creemos que, para mayor claridad, corresponde remitirnos al texto del art. 130 de la Constitución Nacional que reza: “Los Veteranos de la Guerra del Chaco y los de otros conflictos armados internacionales que se libren en defensa de la Patria, gozarán de honores y privilegios, de pensiones que le permitan vivir decorosamente, de asistencia preferencial, gratuita y completa a su salud, así como de otros beneficios, conforme a lo que determine. En los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados, incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución. Los beneficios acordados a los beneméritos de la Patria no sufrirán restricciones y serán de vigencia inmediata, sin más requisito que su certificación fehaciente”.*

La norma es clara y concluyente: efectivamente, la Constitución establece honores y privilegios para los Veteranos de la Guerra del Chaco. Los beneficios acordados a los beneméritos no sufrirán restricciones, serán de vigencia inmediata sin más requisitos que su certificación fehaciente. Y, en lo que se refiere a los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados. Posteriormente, habiendo solicitado la recurrente la reconsideración de la Resolución 1565 del 28 de julio de 2000, la misma ha sido denegada nuevamente por Resolución N° 11 del 15 de enero de 2003, confirmando en todos sus términos la Resolución recurrida. En efecto, considerando que se trata de una cuestión de orden público ha sido considerado si el pedido ha sido realizado en legal tiempo y forma. Se verifica en autos que la afectada ha sido notificada de la Resolución 1565/00 en fecha 25 de agosto de 2000. La Resolución N° 11/03 ha considerado extemporáneo el pedido de reconsideración de la Sra. Adela Concepción Jacquet Bernal, en aplicación de los arts. 3° inc. e) y el art. 4° de la Ley N° 1462/35. Habiendo transcurrido en exceso el plazo de 5 días establecido en la misma, computados desde la fecha de notificación de la Resolución que vulnera el Derecho Administrativo preestablecido a favor del demandante”. En efecto, consideramos que la cuestión no se presta a mayores confusiones, realizando un simple cotejo de fechas, desde la notificación de la Resolución (25/08/00) hasta la fecha de presentación del recurso de reconsideración planteado (11/09/01) puede apreciarse que ha sobrepasado en exceso el plazo establecido por la Ley para su revisión. Constatamos que la actuación del Ministerio de Hacienda no se presta, sin lugar a dudas, a mayores confusiones el funcionario administrador no hizo otra cosa sino ajustar sus actos estrictamente a lo que dispone la Ley en ambas resoluciones. Es decir que la Administración se ha limitado a aplicar mediante la vía pertinente (Resoluciones Ministeriales) normas expresas, terminantes y ajustadas a la Constitución Nacional (Art. 130). Por otra parte, entendemos que el hecho de consagrarse beneficios constitucionales y legales a favor de los beneméritos de la Patria no implica de modo alguno la concesión graciosa de la pensión a sus herederos por parte del Estado, más aún cuando el presupuesto de la norma no lo contempla como ocurrió en el caso de autos. Es sabido que en el Derecho Administrativo está consagrada la premisa que lo que no está expresamente permitido está prohibido y en virtud al principio de legalidad que rige este tipo de actos, al agente administrador no le resta sino aplicar la ley conforme a su texto expreso, ya que en cumplimiento de las funciones que le son conferidas,

lo que hace en el desempeño de su cargo es una ejecución no cualificada de la norma, contrariamente al caso de la aplicación de la Ley por parte de un Magistrado Judicial (Aplicación Cualificada de la Ley), por lo que en estricto derecho al principio “Jura Novit Curia” no le es aplicable al funcionario administrador; bajo pena de incurrir en delitos o faltas, cuya responsabilidad en la comisión es imputable claramente al funcionario en primer término y al Estado subsidiariamente, conforme al artículo 106 de la Constitución Nacional. En conclusión: dejamos firmemente sentado que ni la Ley N° 431/73 ni las resoluciones N° 1565 del 28 de julio de 2000 y N° 11 del 15 de enero del 2003, vulneran preceptos constitucionales, mucho menos contradicen lo dispuesto en el art. 130 de la Constitución Nacional, motivo por el cual debe rechazarse la demanda por improcedente. Asimismo, considerando que en el presente caso se trata una cuestión de aplicación de la norma y no existiendo hechos que probar, solicitamos se declare la cuestión de puro derecho.

Termina solicitando, que previo los tramites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que a fojas 81 de autos, consta el A.I. N° 737 de fecha 29 de julio del 2003, donde se declara la competencia del Tribunal para entender en el presente juicio y no existiendo hechos que probar, declarar la cuestión de puro derecho de conformidad a lo dispuesto por el Art. 242 del C.P.C.

Que, a fojas 84 vltto. de autos, consta el informe del Actuario, de fecha 24 de noviembre de 2.003, donde el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, llama AUTOS PARA SENTENCIA.

Y EL EXCELENTISIMO SEÑOR MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBAR E. PROSIGUIÓ DICIENDO: Que, en fecha 19 de febrero de 2003, se presentó ante este tribunal la señorita Adela Concepción Jacquet Bernal, por sus propios derechos y bajo patrocinio de la abogada Alicia Funes Martínez a interponer demanda contencioso-administrativa contra Resolución DPNC N° 1565 de fecha 28 de julio de 2000 y la DPNC N° 11 de fecha 15 de enero de 2003, dictada por la Dirección de Pensión no contributivas del Ministerio de Hacienda en los términos del escrito obrante a fs. 12/16 del expediente en la cual manifiesta entre otros: “... *QUE, la resolución hoy impugnada es arbitraria e inconstitucional a todas luces ya que el art. 14 de la Ley 217/93 establece: “En caso de muerte de Mutilados, Lisiados*

y Veteranos de la Guerra del Chaco, comprendidos en el Art. 1º de esta ley, su jubilación, pensión o haber de retiro PASARÁ A BENEFICIAR DIRECTAMENTE A SU VIUDA, HIJAS SOLTERAS sin medios de subsistencias e hijos minusválidos, CON LAS MISMAS ASIGNACIONES sin más trámites que la presentación de la Cédula de Identidad Policial, Carnet de viuda de Excombatiente, Certificado de Matrimonio, Certificado de Defunción, Carnet de Foja de Servicio de Veterano que acrediten dichas titularidades. El pago efectivo de los haberes se efectuaron al mes de producirse el deceso, debiendo incluirseles en las planillas respectivas, si no existiese presentación aduciendo mejor derecho sobre estos beneficios acordados a los causahabientes.

QUE, el art. 58 de la Ley 2061/02 que aprueba el programa de presupuesto general de la nación establece: Concédanse los beneficios de pensión establecidos en el Artículo 14 de la Ley Nº 431/13 “QUE INSTITUYE HONORES Y ESTABLECE PRIVILEGIOS Y PENSIONES A FAVOR DE LOS VETERANOS DE LA GUERRA DEL CHACO”, modificado por el 1º de la Ley Nº 217/93 “QUE ESTABLECE BENEFICIOS A FAVOR DE LOS VETERANOS DE LA GUERRA DEL CHACO”, a las hijas solteras sin medios de subsistencia y a los hijos discapacitados de los veteranos de la Guerra del Chaco”. Al igual que las leyes de presupuestos de años anteriores... QUE, el pedido de pensión tuvo entrada en el año 2000, según se lee en la Resoluciones, bajo la vigencia plena de la Ley 217/93 siendo por tanto esta la única ley aplicable al caso planteado, careciendo de importancia la fecha de fallecimiento del causante...”. La accionante termina expresando: “...QUE, el derecho a solicitar la pensión en carácter de heredero es imprescriptible. Así lo han establecido las sucesivas leyes de presupuesto de los años 98, 99, 2000, 2001, 2002 y 2003, como así mismo quedo sentada la imprescriptibilidad a través de innumerable sentencias de la Excma. Corte Suprema de Justicia, acompañando copias de alguna de ellas para mejor ilustración...”.

Que, una vez tramitada la demanda contencioso-administrativa, la Administración (Ministerio de Hacienda), contestó los extremos de la misma en los términos del escrito glosado a fs. 76/79, suscrito por la abogada Vivian Liz Becker Mussi, bajo patrocinio del abogado Bruno A. R. Campos Báez que entre otros dice: “...Mi representado, siguiendo las normas de carácter general que rigen el derecho sucesorio, en el sentido que todas las leyes rigen los hechos o situaciones producidas bajo su imperio o vigencia, entendió que el pedido de la Srta. ADELA CONCEPCIÓN JACQUET BERNAL debía tramitarse de confor-

midad a lo dispuesto en la Ley N° 431/73 vigente a la fecha del fallecimiento del causante (15/11/88/, hecho generador del derecho que invoca la recurrente. Se verifica en autos que la afectada ha sido notificada de la Resolución 1565/00 en fecha 25 de agosto de 2000. La Resolución N° 11/03 ha considerado extemporáneo el pedido de reconsideración de la Sra. ADELA CONCEPCIÓN JACQUET BERNAL, en aplicación de los art. 3° inc. e) y el Art. 4° de la Ley N° 1462/35, habiendo trascurrido en exceso el plazo de 5 días establecido en la misma, computados desde la fecha de notificación de la Resolución que vulnera el Derecho Administrativo preestablecido a favor del demandante. En efecto, consideramos que la cuestión no se presta a mayores confusiones, realizando un simple cotejo de fechas, desde la notificación de la Resolución (25/09/00/ hasta la fecha de presentación del recurso de reconsideración planteado (11/09/01) puede apreciarse que ha sobrepasado en exceso el plazo establecido por Ley para su revisión. Constatamos que la actuación del Ministerio de Hacienda no se presta, sin lugar a dudas, a mayores confusiones, el funcionario administrador no hizo otra cosa sino ajustar sus actos estrictamente a lo que dispone la Ley en ambas resoluciones. Es decir que la administración se ha limitado a aplicar mediante la vía pertinente (Resoluciones Ministeriales) normas expresas, terminantes y ajustadas a la Constitución Nacional (Art. 130).

Quedando trabada la relación procesal en la forma descripta más arriba, y estando firme la providencia de fecha 24 de noviembre de 2003, por la cual se llamo “Autos para sentencia” (fs. 84 vlto, de autos), corresponde entrar a analizar el fondo de la cuestión y resolverlo según lo alegado y probado, conforme fundamentos que siguen:

Que, como mencionáramos más arriba, por Resolución N° 1565 de fecha 28 de julio de 2000, el Ministerio de Hacienda denegó el pedido de pensión solicitada por la señora Adela Concepción Jacquet Bernal en su calidad de hija soltera sin medios de subsistencia, hija del Veterano de la Guerra del Chaco Luciano Jacquet.

Que, la denegatoria está fundada en sede del Ministerio de Hacienda en que la fecha del fallecimiento del extinto Veterano de la Guerra del Chaco el 15 de noviembre de 1993, es decir, fecha en que se genera el derecho, y la promulgación de la Ley 217/93 en fecha 16 de julio de 1993, fecha esta posterior a la del fallecimiento del extinto y a tal efecto antes de la vigencia de la mencionada ley.

Que, en autos se puede constatar que la hoy actora presentó un pedido de reconsideración de la Resolución N° 1565, siendo desestimado el pedido en base

a: “...Que el Dictamen N° 5269 del 11 de noviembre de 2002 de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones de este Ministerio, en sus partes pertinentes expresa cuanto sigue:... “Esta Asesoría Jurídica tomó conocimiento la opinión sustentada por la Abogacía del Tesoro en su Dictamen N° 1063 del 24 de septiembre de 2001. En el que considera que el planteamiento de la SRA. ADELA CONCEPCIÓN JACQUET BERNAL, debe ser rechazado por extemporáneo, correspondiendo en cambio sean derivados los antecedentes a la Secretaría General a fin de que se dicte Resolución Ministerial que confirme la anterior Resolución Ministerial, Resolución M. H. N° 1565/2000, en base a la opinión jurídica vertida en el presente dictamen...”.

Por otra parte, pasamos a considerar igualmente desde otra óptica los términos de la demanda con el objeto de dejar en claro sobre la solicitud de pensión realizada por la señorita ADELA CONCEPCIÓN JACQUET BERNAL en fecha 19 de febrero de 2003, la norma invocada por la parte actora para iniciar esta demanda contenciosa administrativa está dada en el Art. 14 de la Ley 217 de fecha 16/07/93 y dice: *“En caso de muerte de los Mutilados Lisiados y Veteranos de la Guerra del Chaco, comprendidos en el Art. 1º de esta Ley, su jubilación, pensión o haber de retiro pasará a beneficiar directamente a la viuda, hijas solteras sin medio de subsistencia e hijos minusválidos, con la misma asignación sin más trámite que la presentación de la cédula de identidad policial, carnet de viuda de excombatiente, certificado de defunción carnet o foja de servicios del veterano que acrediten dichas titularidades”*, el Ministerio de Hacienda deniega la pensión en fecha 28 de julio de 2000, por Resolución N° 1565 a razón de que “la fecha del fallecimiento del extinto Veterano de la Guerra del Chaco es anterior a la vigencia de la vigencia de la Ley 217/93”. El pedido fue planteado en fecha 3 de junio de 1999 estando plenamente vigente el Art. 14 de la Ley 217/93.

Que, por otra parte tenemos, que en el Decreto N° 1585 “que reglamenta la Ley 2344/2003, que aprueba el Presupuesto General de Gastos de la Nación”, en su Art. 70 que reglamenta los Art. 125, 126, 127 y 129 de la Ley citada, refiriendo al pago de haberes atrasados de los Veteranos de la Guerra del Chaco, expresa en su inciso b) lo siguiente: “A los Herederos a partir del mes siguiente de producirse el fallecimiento del veterano que se halla en goce de la pensión”, tenemos entonces que, a la accionante, al ser heredera del causante, le corresponde el pago de los haberes atrasados.

Como puede verse esta norma, Art. 14 de la Ley 217, está dada en beneficio de la persona viuda, hija soltera sin medios de subsistencias e hijos minusválidos quienes desde la promulgación de la Ley se convierten en titulares de la norma, siendo pues titulares de un derecho creado por Ley, desde ese momento nace la acción de peticionar (Ac. y Sent. N° 36 de fecha 14 de marzo de 2002), y así mismo lo hizo la señorita Adela Concepción Jacquet en fecha 3 de junio de 1999, según se puede leer del documento agregado a autos (fs. 20) donde solicita la pensión y los gastos de sepelio, y en esa fecha estaba vigente el Art. 14 de la Ley 217/93, que luego fue modificada por la Ley 2345/03.

De conformidad a las reiteradas jurisprudencias administrativas del Tribunal de Cuentas, 1ª Sala, y en numerosas otras causas que ha merecido igual tratamiento por este Tribunal, establece que la Ley correcta a ser aplicada a este caso es la que se hallaba vigente al tiempo de la solicitud hecha por la señorita Adela Concepción Jacquet, de la pensión que le corresponde por ser hija soltera del maestro 1º Luciano Jacquet, en fecha 19 de febrero de 2003, por tanto y hallándose reunidas las condiciones que la ley exigía en ese momento para el beneficio de la pensión solicitada por parte actora, corresponde hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa.

Por tanto, voto por la negativa de la cuestión, y en consecuencia para que este Tribunal proceda a HACER LUGAR a la demanda contencioso-administrativa, Revocando resolución N° 1565 de fecha 28 de julio de 2000 y la resolución N° 11 de fecha 15 de enero de 2003, dictadas por la Dirección de Pensiones no Contributivas dependiente del Ministerio de Hacienda, conforme a los fundamentos desarrollados en este acuerdo.

A SU TURNO, LOS EXCELENTÍSIMOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, MARTÍN AVALOS VALDEZ Y MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, manifiestan que se adhieren al voto del Miembro Preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excelentísimos Señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mí el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos.
EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,
RESUELVE:

1. HACER LUGAR a la presente acción contencioso-administrativa planteada por la Srta. ADELA CONCEPCIÓN JACQUET BERNAL c/ RES. N° 1565 DE FECHA 28/07/2000; Y LA N° 11 DE FECHA 15/01/2003, DICT. POR EL MINISTERIO DE HACIENDA y, en consecuencia, proceder el pago de los haberes de pensión atrasados a partir de la solicitud del recurrente de conformidad a lo expresado en el considerando de la presente resolución.

2. REVOCAR LAS RESOLUCIONES N° 1565 DE FECHA 28/07/2000; Y LA N° 11 DE FECHA 15/01/2003, DICT. POR EL MINISTERIO DE HACIENDA de conformidad y con los alcances contenidos en el exordio de la presente resolución y en consecuencia disponer que por donde corresponda se proceda a efectivizar el derecho reclamado por la actora, a partir del mes siguiente de producirse el fallecimiento del veterano.

3. IMPONER las costas a la perdedora.

4. NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rodrigo Escobar, Martín Avalos Valdez, Mario Ignacio Maidana Griffith.

Ante mí: Miguel Colmán. Actuario judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 224

Cuestión debatida: *La imputación de la Administración estatal se centra sobre una supuesta inexistencia de compra de bienes y servicios de la firma Isat S.A. a lo que en consecuencia el Fisco se vio privado del ingreso de ciertos créditos impositivos.*

TRIBUTOS. Defraudación. IMPUESTO. Infracción fiscal. Evasión impositiva.

Se tiene que el contribuyente fiscalizado no ha ingresado al Fisco sumas legalmente adeudadas, al no configurarse reales y tangibles contraprestaciones (Bienes y Servicios) sobre la base de la factura emitida por la firma "ISAT S.A.", hipótesis esta que se encuentra en concordancia con el Art. 172 de la Ley N° 125/91... En consecuencia, corresponde la reliquidación del Impuesto al Valor Agregado e Impuesto a la Renta, por la supuesta infracción al art. 172 de la Ley N° 125/91 y concordantes.

TRIBUTOS. Defraudación. IMPUESTO. Infracción fiscal. Evasión impositiva.

La obligación de la compradora se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos formales visibles a simple vista, en concordancia con los formatos que la propia administración tributaria ha lanzado en el mercado, no existiendo responsabilidad solidaria de los adquirentes en caso de que la emisora no cumpla con sus obligaciones tributarias.

TRIBUTOS. Defraudación. IMPUESTO. Infracción fiscal. Evasión impositiva. PRUEBA. Carga de la Prueba.

Pedir informe a la Subsecretaría de Estado de Tributación acerca de la situación legal de las empresas vendedoras; la obligación de la empresa compradora se limita a verificar el cumplimiento de las obligaciones formales visibles a simple vista, en concordancia con los formatos que la propia administración tributaria ha lanzado en el mercado. Son las firmas proveedoras objetadas, quienes resultan responsables tanto de las documentaciones que expiden, como de su situación legal, sin embargo, ni siquiera fueron objeto de sumario por parte de la administración, a fin de determinar la veracidad o falsedad de los documentos que emitieron. Y no se les puede cargar al contribuyente el deber de demostrar el origen de dichos comprobantes, cuando es obligación de la Administración esclarecer tal situación, así como demostrar que hubo una intención dolosa de los representantes legales de la firma actora para perjudicar al fisco”; con esta cita jurisprudencial, quiero señalar que la legislación tributaria no establece ningún tipo de responsabilidad, por parte del comprador, al recibir una Factura, de verificar su veracidad.

T. de Ctas. Primera Sala. 04/07/12. “Luis Casanello S.A.I.C. c/ Resolución N° 26 del 9 de febrero de 2010, dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación”. (Ac. y Sent.N°224).

CUESTIÓN:

¿Están ajustado a derecho los actos administrativos impugnados?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: RODRIGO A. ESCOBAR, MARTÍN AVALOS VALDEZ y MARIO MAIDANA GRIFFITH.

Y EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBAR, DIJO: Que, en fecha 16 de marzo de 2010 (fs. 11/16) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el Abog.

Alberto Núñez, en nombre de la firma LUIS CASANELLO S.A.I.C., a promover demanda contencioso-administrativa en contra de la Resolución N° 26 de fecha 09 de febrero de 2010 denegatoria del Recurso de Reconsideración interpuesto en contra de la Resolución RP N° 381 de fecha 28 de noviembre de 2008; dictadas por la Subsecretaría de Estado de Tributación; fundada en los siguientes términos:

Que, inicia su presentación exponiendo: *“Que en tiempo y forma vengo a deducir Demanda Contencioso-Administrativa contra la RESOLUCIÓN N° 26 del 9 de Febrero del 2010 de la SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN, en base a las consideraciones siguientes: Que en primer lugar, esta parte ataca el Procedimiento llevado a cabo por la SET por: Caducidad de la Orden de Fiscalización: Efectivamente, salta a la vista, que la Orden de Fiscalización por la cual la Administración Tributaria realizó la Auditoría a la firma Casanello, ha caducado a pesar de su consiguiente Ampliación por Resolución N° 379 de fecha 02 de febrero del año 2006. Que esto es así, en razón de que la Ley 2421/04 de “Adecuación Fiscal”, en su artículo 31, establece el plazo de 45 días para las fiscalizaciones de carácter puntual, como lo constituye el caso aplicado a la firma. Así se señala a la Orden o Nota SET N° 2518 de fecha 29 de noviembre del año 2005, que a tenor de la disposición precitada, expira en su vigencia el día 01 de febrero del 2006; a lo que posteriormente el Viceministerio pretendió revalidar por la Resolución 379 del 02/Feb/2006, en cuyo caso, ya a posteriori de su caducidad”.*

Que, continúa señalando agravios respecto de las Imputaciones de la Fiscalización, sobre lo cual expresa: *“Que en primer lugar, la Imputación de la Administración se centra sobre una supuesta inexistencia de compra de bienes y servicios de la firma Isat S.A. a lo que en consecuencia el Fisco se vio privado del ingreso de ciertos créditos impositivos. Efectivamente, la Empresa acusa una operación con la referida firma denunciada que data de setiembre del año 2002 por servicios de construcción en su planta industrial ubicada en la localidad de J. Augusto Saldívar del Departamento Central. Que bajo tales circunstancias, deben tenerse presente un cúmulo de situaciones para referir las condiciones necesarias como para formular las imputaciones deducidas. En primer lugar, los hechos que ubicaron a la firma ISAT bajo la condición de inexistente son totalmente posteriores a la transacción operada por la firma contribuyente Luis Cassanello (setiembre/2002), así en el propio informe redactado por la Audito-*

ría, claramente se expresa que en fecha 1 de octubre de 2003, un representante de la firma se presenta a solicitar la clausura definitiva de la sociedad. Es decir, que la firma cuestionada e imputada, a más de un año después de la operación puntual objetada, se encontraba aún con gestiones tributarias ante la misma administración, situación que toma imprecisa y precipitada la opinión de tratarse de una firma inexistente”.

Que, como segundo punto de su escrito se refiere a las facturas impugnadas por los auditores fiscales, sobre el punto manifiesta: *“Que en definitivas, se puede sostener, que la Prestación documentada en la factura expedida en su momento por la firma Isat, existió y la misma es perfectamente real y tangible, lo cual será corroborado en el presente Sumario. Que se debe tener igualmente en cuenta, que la Factura imputada, se encuentra respaldada por varios recibos de dinero, documentando de esta manera el pago, de lo cual se infiere la contraprestación debida y existente en ese momento entre las partes. Pues mal podría ser para esta firma Contribuyente si la Factura Crédito no tiene otros respaldos como para acreditar el nexo de la contraprestación, al igual que, en los mismos se señala una perioricidad de los pagos y más aún, el detalle con los documentos u órdenes de pago con que han sido cancelados, redondeando con ello el universo de elementos que configuran el nexo causal de las prestaciones. Es decir, tendría crédito favorable la hipótesis formulada por la Administración, si la Factura imputada apareciere en forma solitaria, casual y desintegrada de la generalidad de la documentación contable. Cabe también manifestar, que como Contribuyente la firma Luis Cassanello S.A.E.C.A., desde su creación ha tenido una intachable conducta impositiva, tributando lo justo y priorizando el ingreso de todos los tributos en los plazos y formas establecidos. Tal es así, que en cumplimiento de la Auditoría fiscal ha facilitado a los auditores la totalidad de sus libros, registros y comprobantes contables conforme inclusive se deja de resalto en el Acta de inicio de la fiscalización y cuyos recaudos forman ya parte de estos autos. En los mismos se comprueba que la firma contribuyente se encuentra, y en su caso se encontraba totalmente actualizada, en sus DDJJs de obligaciones impositivas y mucho más aún en los asientos, registros y demás documentaciones contables”.*

Que, con respecto a la Técnica Contable utilizada por la administración, apunta: *“Mala Técnica Contable: Que de la lectura de las normas precitadas y de las formulaciones hechas por la Fiscalización, se desprende una desafortuna-*

da apreciación de las técnicas contables y del marco conceptual estudiado por los funcionarios. En primer lugar, resulta totalmente erróneo la acerción de que la Cuenta Isat no ha sido declarada. Nada más alejada de la realidad, ya que la misma claramente se individualiza, tanto en las operaciones del Asiento Diario, tal como consta en los antecedentes y copias agregados a instancia de la misma Fiscalización y que obran en estos mismos autos, por tomar el caso a fojas 68, 94, 97, 105 y otros, como también se encuentra perfectamente declarado e individualizado este proveedor en el Balance General de Inventario en el capítulo de Proveedores Locales. (fs. 87). E igualmente en el Libro Iva Compra (fs. 44), y finalmente debe señalarse que dicha cuenta se identifica bajo el N° 2102130 en todas las registraciones de los Asientos Diarios; resultando por todo esto, una equivocada y hasta mal intencionada formulación, de que dicha cuenta no se encuentra registrada e individualizada expresamente. Que en otro orden, resalta claramente que la intención de la Fiscalización ha sido el de imputar en forma indiscriminada toda operación relacionada con la intervenida firma Isat S.A.; hasta el punto de acometer contra toda técnica contable y de alzarse contra las mismas constancias de las documentaciones facilitadas y agregadas a su propia iniciativa”.

Que, en cuanto a los fundamentos del acto recurrido, formula: “**RESOLUCIÓN NO FUNDADA:** Cabe igualmente apuntar que la Resolución 26 atacada, carece de hasta de fundamentación al limitarse a expresar: ‘Que, así mismo cabe puntualizar que a más de lo señalado precedentemente en autos, se ha evidenciado incongruencias no solo desde el punto de vista formal, sino también incluye a la cuestión sustancial, independientemente que existiere o no las obras señaladas por la firma contribuyente’. Esto es así, desde el momento que dicha resolución expresa alegremente una suerte de imputación sin especificar cuáles elementos o valores contables adolecen de ‘Incongruencia sustancial y formal’; pues con este criterio, resultaría sumamente fácil e informal a la vez que la Administración atacara o alegara contra la estructura contable de los Administrados o Contribuyentes sin demostrar o puntualizar el hecho que configura la denunciada incongruencia.- Que igualmente, en cuanto a que los AUMENTOS PATRIMONIALES NO JUSTIFICADOS ocurre lo mismo. La Administración reza la norma invocada sin especificar el Aumento Patrimonial no respaldado bajo documentación, resultando esta circunstancia también incongruente entre lo que ataca y lo que debe acreditarse en autos. Que también la Administración

adolece de una cuestión fundamental en el caso. La misma presenta como un hecho cierto las alegaciones formuladas contra la firma ISAT, como el de supuestamente la falta de operaciones desde un determinado tiempo y algunos demás aspectos, todos los cuales no pueden tenerse como cierto, mientras no exista una Sentencia firme y ejecutoriada sobre el caso. La Administración no puede convertir un deseo o una suerte de Imputación a una Sentencia firme válida para cualquier otra cuestión relacionada al punto. En resumen, las alegaciones contra la firma ISAT no pueden ser usadas por la Administración contra terceros u otros contribuyentes, mientras sus imputaciones no tengan elnblindaje de sentencias firmes en el fuero recurrido”.

Que, termina solicitando que oportunamente se dicte Resolución, haciendo lugar a la presente demanda. Protesta Costas.

Que, en fecha 23 de agosto de 2010 (fs. 26/41), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el abogado fiscal del Ministerio de Hacienda Hugo A. Campos Lozano, bajo patrocinio del abogado del Tesoro Abog. Raúl F. Sapena Giménez, a contestar la demanda contencioso-administrativo; luego de realizar una negativa de carácter general de los hechos y el derecho en el que se funda la actora, recrear los antecedentes administrativos que lo motivan y sustentar la legalidad del Informe Denuncia y el Sumario Administrativo, lo hace en los siguientes términos:

Que, principia exponiendo los antecedentes administrativos que motivaron el dictado del acto recurrido: “a) *La fiscalización puntual realizada por funcionarios dependientes del Departamento de Auditoría de Gestión e Inteligencia Fiscal de la Subsecretaría de Estado de Tributación, en los términos de la Nota SET N° 12 de fecha 02 de enero de 2006, iniciada en fecha 02 de enero de 2006 y que finalizó en fecha 17 de febrero de 2006 (según Actas Inicial y Final, respectivamente, obrantes en autos). Se aclara que el plazo de fiscalización fue ampliado en fecha 02 de febrero de 2006, en los términos de la Resolución SET N° 379/06. b) El Informe presentado en fecha 19 de enero de 2007 (según Entrada de Recepción de Secretaría General) elevado por los auditores designados. c) El Sumario Administrativo Tributario iniciado según J.I. N° 22/07 en fecha 16 de febrero de 2007 y culminado conforme J.I. N° 1/08, así como el Escrito de Conclusión N° 04/08 de fecha 30 de mayo de 2008. d) Resolución RP N° 381 de fecha 28 de noviembre de 2008, “Por la cual se hace lugar al informe denuncia de fecha 14 de diciembre de 2006 del Departamento de Auditoría de Gestión e*

Inteligencia Fiscal, actualmente denominado Departamento de Investigación Tributaria y Detección del Fraude de la Subsecretaría de Estado de Tributación y se procede a determinar el ajuste fiscal complementario en concepto impuesto y multas a la firma Luis Casanello S.A.I.C. emisora de capital abierto, con ruc N° 80013853-8, conforme a las resultas del Sumario Administrativo". e) Escrito de reconsideración presentado por la contribuyente en fecha 19 de diciembre de 2008 y el consecuente dictamen emitido por el dictamen N° 31 de fecha 30 de abril de 2009 y la Nota D.P.T.T./C.T. N° 190 de fecha 11 de septiembre de 2009, ambas de la Dirección de Planificación y Técnica Tributaria de la Subsecretaría de Estado de Tributación. f) La Resolución RP N° 26 de fecha 09 de febrero de 2010 "Por la cual se hace lugar parcialmente al recurso administrativo de reconsideración interpuesto por la firma Luis Casanello S.A.I.C.E.C.A., con identificador RUC 80013853-8, contra la Resolución RP N° 381 de fecha 28 de diciembre de 2008".

Que, a los efectos de señalar la validez del Informe Denuncia de los auditores, el Abogado fiscal transcribe los artículos 196, 212 y 225 de la Ley 125/91, de éstos dos últimos sus numerales 1) y 2); luego refiere: *"Específicamente, la denuncia formulada por los funcionarios auditores de la Subsecretaría de Estado de Tributación deberá limitarse, a más de los datos identificatorios pertinentes (nombres, apellidos, domicilios, etc., tanto de los denunciantes como los denunciados), a realizar una descripción de los hechos y documentos en que se basa la denuncia, pero en ningún caso se hallan facultados a calificar las infracciones o sugerir las pertinentes sanciones en caso de constatarse la veracidad de las mismas, dado que es a la Administración Tributaria, a través de sus órganos idóneos, la que corresponde el proceso de Instrucción del Sumario respectivo y eventualmente, el de determinación de las obligaciones, accesorios legales y/o sanciones respectivas".*

Que, a manera de justificar la legalidad del Sumario Administrativo incoado y las resoluciones dictadas en consecuencia, procede a transcribir los artículos 225 numerales 3) a 8) y 234; posteriormente, afirma: *"En tal sentido, habida cuenta la calidad de instrumento público (que goza de plena fe en juicio) de que están investidos los informes elevados por los funcionarios de la Subsecretaría de Estado de Tributación (conforme se ha expuesto más arriba), la carga de la prueba incumbe al administrado, el cual deberá acreditar la falsedad de las imputaciones realizadas y/o documentar sus argumentaciones, a fin de modificar o extinguir sus efectos".*

Que, luego de transcribir casi íntegramente el contenido del escrito de promoción de la demanda, prosigue reseñando: *“Tal y como puede observarse, la parte actora funda el primer punto de su demanda en una supuesta “caducidad del proceso administrativo”, basado en los términos de la resolución N° 648/00 y la Ley N° 2421/04, reputando de nulas las actuaciones realizadas en consecuencia... de esta manera, y a modo de primera aclaración, debemos resaltar que la vigencia del art. 31 DE LA LEY N° 2421/04, dispuesta por el Decreto N° 2.339/04, ha quedado supeditada a la emisión de la reglamentación general de aplicación pertinente, que a la fecha aún no ha sido dictada, y por tanto no es una norma operativa ni aplicable al caso que nos ocupa... Como puede verse, la norma citada es de carácter interno y disciplinario, orientada a reglar las actuaciones de los fiscalizadores de la Subsecretaría de Estado de Tributación, a fin de afectar las relaciones laborales existentes entre estos y el Ministerio de Hacienda, con la imposición de sanciones a los mismos en caso de incumplimiento. De ninguna manera modifica o afecta la relación jurídico-tributaria existente entre el contribuyente y el Estado, ya sea en sentido negativo ni positivo (por reglar otra materia), y no tiene incidencias procesales con relación al sumario administrativo tributario, cuyas reglas de aplicación se hallan insertas en el Libro V de la Ley N° 125/91 «Que establece el nuevo régimen tributario», cuyas etapas y procesos han sido respetados en el caso de marras, conforme hemos expuesto más arriba. En este punto, debemos dejar precisado que LA LEY N° 125/91 NO ESTABLECE NINGÚN PLAZO PARA QUE SE OPERE LA CADUCIDAD. Por tanto, al tratarse la caducidad de una sanción legal procesal aplicada por inactividad de las partes –durante cierto transcurso del tiempo–, su previsión debe ser expresa, concreta y categórica, siendo manifiestamente improcedente la aplicación de sanciones legales por simple analogía. Ello es evidente”*.

Que, con respecto al segundo punto esgrimido por la actora, señala: *“COMO SEGUNDO PUNTO, ARGUYE EN LO SUBSTANCIAL, LA ERRADA REALIZACIÓN DE LAS IMPUTACIONES DE LA FISCALIZACIÓN, POR UNA ‘PRESUNCIÓN EXTENSIVA’ Y LA MALA TÉCNICA CONTABLE UTILIZADA. Al respecto, debemos mencionar que la Resolución impugnada tiene y reconoce su génesis en el informe de los auditores del Departamento de Investigación Tributaria, presentado en fecha 19 de enero de 2007, en el cual se consigna que: “...Según los antecedentes descriptos y otras obrantes en los autos caratulados “MARÍA ELSA VILLALBA Y OTROS S/EVASIÓN DE IMPUESTOS Y OTROS”*

del año 2002. se evidencia que no se ha materializado el supuesto servicio prestado por ISAT S.A., según los comprobantes emitidos a favor de la firma LUIS CASANELLO S.A.I.C.E.C.A. en concepto de prestación de servicios. En consecuencia, corresponde la impugnación de la factura emitida a favor de LUIS CASANELLO S.A.I.C.E.C.A. y, en consecuencia, del crédito fiscal del IVA generado a favor de la firma LUIS CASANELLO S.A.I.C.E.C.A. en la documentación protestada, en el periodo fiscal correspondiente, así como también corresponde la impugnación por su efecto como gastos deducibles del Impuesto a la Renta. Bajo estas circunstancias se tiene que el contribuyente fiscalizado no ha ingresado al Fisco sumas legalmente adeudadas, al no configurarse reales y tangibles contraprestaciones (Bienes y Servicios) sobre la base de la factura emitida por la firma ISAT S.A., hipótesis esta que se encuentra en concordancia con el Art. 172 de la Ley N° 125/91... En consecuencia, corresponde la reliquidación del Impuesto al Valor Agregado e Impuesto a la Renta, por la supuesta infracción al art. 172" de la Ley N° 125/91 y concordantes" (subrayado es nuestro); y, continúa transcribiendo varios párrafos del dictamen conclusivo que forman parte de la Resolución RP N° 381.

Que, como sostén a las irregularidades sancionadas, refiere: "Así pues, en el caso de autos, surge claramente que LA DETERMINACIÓN SE REALIZÓ ENBASEA UNA FISCALIZACIÓN Y LLAMÓ PODEROSAMENTE LA ATENCIÓN A LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS QUE LA EFECTIVA REALIZACIÓN DE DETERMINADAS OPERACIONES COMERCIALES (ADQUISICIÓN DE BIENES Y/O SERVICIOS), QUE CONSTITUYEN HECHO GENERADOR DE IMPUESTOS, AUN CUANDO CUENTEN CON DOCUMENTACIÓN RESPALDATORIA AL EFECTO (FACTURAS DE COMPRAVENTA), NO PUEDA SER DEMOSTRADA. A ello debe agregarse el hecho que según el informe de los auditores designados –y del Ministerio Público– para la realización de trabajos de verificación, la firma ISAT S.A., proveedora de las facturas impugnadas, no ha podido ser ubicada en el domicilio fiscal declarado, ni cuenta con personal vinculado a la misma, como tampoco se ha acreditado la tercerización para la prestación de los servicios contratados con la firma LUIS CASANELLO S.A.I.C.E.C.A. Dicho de una manera más simple, la firma ISAT S.A. supuestamente ha proveído a la firma LUIS CASANELLO S.A.I.C.E.C.A. B servicios publicitarios, expidiéndole la factura correspondiente (Factura N° 601, por un valor de Gs. 312.000.000, expedida en fecha 20 de septiembre de 2002).

Sin embargo, ni ISAT S.A. se hallaba operando al momento de la operación (según informe del Ministerio Público), ni Luis Casanello S.A.I.C.E.C.A. ha podido demostrar qué servicios ha recibido, a pesar de haber sido citada por la Administración Tributaria a dicho efecto, dentro del sumario abierto en su oportunidad”.

Que, termina solicitando se dicte oportunamente Acuerdo y Sentencia, rechazando la demanda promovida en contra de la Resolución SSET N° 26 de fecha 09 de febrero de 2010, de la Subsecretaría de Estado de Tributación, confirmándolas en todas sus partes. Protesta Costas.

Que, a fs. 42, consta el A.I. N° 430 de fecha 23 de agosto de 2010, donde se declara la competencia de este Tribunal para entender en el presente juicio y existiendo hechos que probar se recibe la causa a prueba por todo el término de Ley.

Que, en fecha 06 de diciembre de 2010 (fs. 45) se presenta ante este Tribunal el representante de la firma actora, ofreciendo las pruebas que hacen al derecho de su mandante, que se resumen en instrumentales.

Que, en fecha 16 de noviembre de 2010 (fs. 44) se presenta ante este Tribunal, el Abogado Fiscal del Ministerio de Hacienda ofreciendo las pruebas que hacen a los hechos alegados por su parte, que se resumen en instrumentales, prueba de informes, y presuncionales.

Que, a fs. 46 Vltto., conforme providencia de fecha 18 de mayo de 2011, consta el Informe del Actuario respecto del vencimiento del plazo probatorio y el diligenciamiento de las pruebas de las partes; a continuación, se llama AUTOS PARA SENTENCIA.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA DR. RODRIGO ESCOBAR, PROSIGUIÓ DICHIENDO: Que, conforme las constancias de autos, el Agente Fiscal de la Unidad Especializada de Hechos Punibles contra el Orden Económico, abogado René M. Fernández Bobadilla, remite a la Subsecretaría de Estado de Tributación en Oficio N° 313 de fecha 15 de octubre de 2005, cuya copia no obra en autos, solicitando informes referentes a la existencia de investigación abierta al contribuyente ISAT S.A. dentro de la causa “María Elsa Villalba y otros sobre evasión de impuestos y otros – CAUSAN° 01-01-02-00001-2002-7015. La anterior referencia es tomada de la primera página del Informe Denuncia presentada por los funcionarios del Departamento de Investigación Tributaria obrante a fs. 125/129 (antecedentes administrativos).

Que, conforme a la denuncia de los auditores del Departamento de Investigación Tributaria, éstos han tenido acceso a la Carpeta Fiscal de la causa antes citada, la cual tampoco se encuentra agregada a los antecedentes administrativos, ni existe constancia de su traslado a la actora; del estudio de estas constancias inexistentes en el expediente sumarial, los auditores infieren: *“Proveídas las copias autenticadas de la carpeta fiscal de referencia resultan de las mismas constancias y documentales que acreditan con grado de certeza que la relación comercial de prestación de servicios entre ISAT S.A. y el contribuyente LUIS CASSANELLO S.A.I.C.E.C.A., FUE INEXISTENTE, al prurito efecto de crear facturas apócrifas para la generación de ‘créditos fiscales’ que reducen el costo final del Impuesto al Valor Agregado e Impuesto a la Renta...”*; de donde se desprende que los auditores adquieren “certeza” de los hechos que denuncian, en base a documentos inexistentes en el expediente sumarial y que no fueron confeccionados por los mismos.

Que, la repercusión ante el Oficio N° 313 en sede administrativa, se vio reflejada por medio de la programación de una serie de verificaciones impositivas a varios de los contribuyentes consignatarios de Facturas de la Firma ISAT S.A.; en el caso de la firma actora, el viceministro de Tributación dispone por medio de la Nota SET N° 2282 de fecha 14 de octubre de 2005 (antecedentes administrativos fs. 14), la fiscalización puntual de la empresa con el objeto de verificar las operaciones de compras de bienes y/o servicios realizados con la empresa ISAT S.A. con RUC ISAA9559002, correspondientes a los periodos fiscales comprendidos entre enero del 2000 y setiembre del 2005.

Que, conforme al Acta Final de fiscalización, confeccionada en fecha 17 de febrero de 2006; y, obrante a fs. 22/26 (antecedentes administrativos); los auditores designados mediante Nota S.E.T. N° 2282, efectúan las siguientes observaciones a modo de denuncia: *“DETALLES DE LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN EL PROCESO DE FISCALIZACIÓN PUNTUAL. En base a las documentaciones contables proveídas por la firma: Libro Diario, Libro IVA Compras, Libro Inventario, Declaraciones Juradas del Impuesto al Valor Agregado y la documentación expedida por la firma ISAT S.A. obrante en los archivos de la empresa, se pudo constatar lo siguiente: En el periodo fiscal 2002 se ha visualizado la existencia de un comprobante emitido por la firma ISAT S.A. en los archivos de la empresa. El mismo fue registrado en el Libro Diario, Libro Compras y declarado en la DD.JJ. del IVA en el mes correspondiente. Analizado*

el contenido de la factura, se deduce que la misma fue emitida en concepto de prestación de servicios relacionados con construcciones, así consta en el cuerpo del comprobante. Se pudo constatar que los números de los cheques que figuran al dorso de los recibos de dinero con los cuales se canceló la Factura Crédito N° 601 de fecha 20/09/02 no coinciden con los registros asentados en el libro Diario, en el siguiente sentido: en el asiento N° 1293 se registran bajo la cuenta acreedora 'cheques diferidos' los cheques con los cuales se han cancelado la factura, pero lo que llama la atención es que entre las cuentas deudoras no figura la cuenta 'ISAT S.A.', que es la cuenta utilizada por la firma para registrar la deuda. Verificada la documentación expedida por la firma ISAT S.A. obrante en los archivos de la empresa, se constató que la misma fue declarada en la DD.JJ. del IVA en el mes correspondiente y utilizado el crédito fiscal respectivo. Detallamos el comprobante emitido por ISAT S.A. a LUIS CASSANELLO S.A.I.C.E.C.A. ”.

<i>Periodo Fiscal</i>	<i>Comprobante N°</i>	<i>Monto Imponible</i>	<i>Impuesto</i>
<i>Setiembre 2002</i>	<i>Fact. Créd. N° 0601</i>	<i>312.000.000</i>	<i>31.200.000</i>
TOTALES		312.000.000	31.200.000

RESUMEN Y CONCLUSIONES.

LEY 125/91-LIBRO III - IMPUESTO AL VALOR AGREGADO USO INDEBIDO DEL CRÉDITO FISCAL

<i>Periodo Fiscal</i>	<i>Comprobante N°</i>	<i>Monto Imponible</i>	<i>Impuesto</i>	<i>Multa</i>
<i>Setiembre 2002</i>	<i>Fact. Créd. N° 0601</i>	<i>312.000.000</i>	<i>31.200.000</i>	<i>31.200.000</i>
TOTALES		312.000.000	31.200.000	31.200.000

LEY 125/91-LIBRO I - TÍTULO PRIMERO - IMPUESTO A LA RENTA GASTOS NO DEDUCIBLES

<i>Ejercicio Fiscal</i>	<i>Monto Imponible</i>	<i>Impuesto</i>	<i>Multa</i>
<i>2002</i>	<i>312.000.000</i>	<i>93.600.000</i>	<i>93.600.000</i>
TOTALES	312.000.000	93.600.000	93.600.000

Que, los funcionarios practicantes de la fiscalización, dependientes del Departamento de Investigación Tributaria, efectúan las siguientes conclusiones: *“Según los antecedentes descriptos y otros obrantes en los autos Caratulado ‘MARÍA ELSA VILLALVA Y OTROS S/ EVASIÓN DE IMPUESTOS Y OTROS’ del año 2002, se evidencia que no se ha materializado el supuesto servicio prestado por ISAT S.A., según el comprobante emitido a favor de la firma LUIS CASSANALLO S.A.I.C.E.C.A. en concepto de prestación de servicios. En consecuencia, corresponde la impugnación de la factura emitida a favor de LUIS CASSANALLO S.A.I.C.E.C.A. y, en consecuencia, del crédito fiscal del IVA generado a favor de LUIS CASSANALLO S.A.I.C.E.C.A. en la documentación protestada, en el periodo fiscal correspondiente, así como también corresponde la impugnación por su efecto como gasto deducible del Impuesto a la Renta.- Bajo estas circunstancias se tiene que el contribuyente fiscalizado no ha ingresado al Fisco sumas legalmente adeudadas... En consecuencia, corresponde la reliquidación del Impuesto al Valor Agregado e Impuesto a la Renta, por la supuesta infracción al Art. 172 de la Ley 125/91 y concordantes...”*

Que, en el informe del Departamento Revisor de fecha 09 de febrero de 2006 (antecedentes administrativos fs. 19/20), al analizar la actuación de los funcionarios auditores, expresa que en la auditoría *“Se ha tomado como punto de partida los autos Caratulados ‘MARÍA ELSA VILLALVA Y OTROS S/ EVASIÓN DE IMPUESTOS Y OTRO’, en la cual obran las constancias y documentales que acreditan con grado de certeza que la relación comercial de prestación de servicios entre ISAT S.A. y LUIS CASSANALLO SAICECA fue inexistente...”*; en cuanto al alcance de la auditoría practicada, considera que ésta *“expone adecuadamente las irregularidades observadas...”*; una vez más, se puede apreciar la invocación como sustento a la denuncia, la referencia a la Carpeta Fiscal ausente.

Que, los funcionarios actuantes en la Fiscalización Puntual practicada a la firma actora, mediante el Informe Denuncia, elevan al Viceministro de Tributación el resultado de su gestión, que no es otra cosa que la reproducción de las constancias del Acta Final labrada (fs. 22/26).

Que, ante lo desfavorable del sumario administrativo la firma *LUIS CASSANELLO S.A.E.C.A.*, presenta en sede administrativa Recurso de Reconsideración que tiene como corolario a la Resolución RP N° 26 de fecha 09 de febrero de 2010, *“Por la cual se hace lugar parcialmente al recurso administrativo de*

Reconsideración interpuesto por la firma Luis Casanello S.A.I.C.E.C.A., con identificador RUC 80013853-8, contra la Resolución RP N° 381 de fecha 28 de diciembre de 2.008”.

Que, las facturas y recibos objetados, agregadas a fs. 39/46 (antecedentes administrativos), reúnen todos los requisitos externos de impresión y llenado; no siendo obligación de la compradora, la firma LUIS CASANELLO S.A.I.C.E.-C.A., en este caso, pedir algún tipo de informe a la Subsecretaría de Estado de Tributación a los efectos de la contabilización de la misma. La obligación de la compradora se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos formales visibles a simple vista, en concordancia con los formatos que la propia administración tributaria ha lanzado en el mercado, no existiendo responsabilidad solidaria de los adquirientes en caso de que la emisora no cumpla con sus obligaciones tributarias.

Que, en el Acuerdo y Sentencia N° 117 de fecha 13 de agosto de 2009, en el juicio: “MADERERA OVETENSE S.A. c/ RES. N° 425, DE FECHA 13/06/2005, Y LA RESOLUCIÓN FICTA DENEGATORIA DIC. POR LA SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN”, al hacer referencia a la falta de participación del contribuyente que recibió la factura, por las irregularidades imputables al emisor, se señaló: *“Tampoco se demostró colusión entre los proveedores de materia prima y la actora en la omisión y aceptación de las facturas emitidas por los primeros, la omisión en la determinación de quienes cometieron el ilícito al emitir facturas falsas debió ser denunciada e investigada mediante denuncia de la administración tributaria al fuero penal, actividad de exclusiva responsabilidad de la administración”*.

Que, la confirmatoria de la sentencia referida en el párrafo anterior por la Corte Suprema de Justicia, dictada en el Acuerdo y Sentencia N° 184 de fecha 03 de mayo de 2011, la Dra. Alicia Pucheta de Correa, precisa: *“La documentación objetada reunía todos los requisitos externos de impresión y llenado por lo que se procedió a registrar contablemente, no siendo tarea de la compradora, en nuestro caso la firma ‘Maderera Ovetense S.A.’, pedir informe a la Subsecretaría de Estado de Tributación acerca de la situación legal de las empresas vendedoras; la obligación de la empresa compradora se limita a verificar el cumplimiento de las obligaciones formales visibles a simple vista, en concordancia con los formatos que la propia administración tributaria ha lanzado en el mercado. Son las firmas proveedoras objetadas, quienes resultan responsables tanto de las*

documentaciones que expiden, como de su situación legal, sin embargo, ni siquiera fueron objeto de sumario por parte de la Administración, a fin de determinar la veracidad o falsedad de los documentos que emitieron. Y no se les puede cargar al contribuyente el deber de demostrar el origen de dichos comprobantes, cuando es obligación de la Administración esclarecer tal situación, así como demostrar que hubo una intención dolosa de los representantes legales de la firma actora para perjudicar al fisco"; con esta cita jurisprudencial, quiero señalar que la legislación tributaria no establece ningún tipo de responsabilidad, por parte del comprador, al recibir una Factura, de verificar su veracidad.

Que, por su parte, en el Acuerdo y Sentencia N° 11 de fecha 30 de diciembre de 2011, juicio: "SAVERIO S.R.L. c/ RES. N° 274 DE FECHA 16/10/2007, Y LA RES. N° 49 DE FECHA 18/02/2008, DIC. POR LA SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN", he considerado que: *"El fundamento de las actuaciones administrativas hoy impugnadas radican en el hecho de que las supuestas obligaciones tributarias determinadas en contra de la empresa Saveiro S.R.L., fueron por hechos que no son imputables al contribuyente... si los recaudos de las Facturas no son suficientes en sentido de carecer de requisitos formales, es una obligación de la Administración Tributaria el control de la impresión de los talonarios de facturas.."*; en el sentido del caso de marras, corresponde a la Administración el control y percepción de los tributos a su cargo; tal es así, que el artículo 189 de la Ley 125/91 le otorga las más amplias facultades de administración y control, no quedando a cargo de los contribuyentes ejercer algún tipo de control sobre los comprobantes que le emitan sus proveedores, ni controlar que éstos paguen sus impuestos. Asimismo, en el expediente que sustenta este Acuerdo y Sentencia, se han agregado instrumentales que certifican que la firma ISAT S.A. continuaba ACTIVA en los registros de la SET mucho después del año 2006; al respecto he apuntado: *"Ahora bien para realizar el correcto análisis debemos mencionar: Primero: Que, la firma ISAT S.A. es una empresa constituida y que figura en los registros de la SET conforme se desprende de los documentos obrantes a fojas 136 de autos, el cual no fue redargüido de falsedad y genera estado de prueba"*.

Que, a través de la Resolución recurrida y con absoluta comodidad procesal, la Administración Tributaria pretende, sin ninguna investigación y delegando toda la responsabilidad en manos de los contribuyentes, proceder a tachar de inexistente la operación comercial basándose en actuaciones ajenas al procedimiento tributario.

Que, por las consideraciones que anteceden, voto por la negativa a la cuestión planteada, correspondiendo HACER LUGAR a la presente demanda, y en consecuencia la REVOCACIÓN de los actos administrativos impugnados, Resolución RP N° 26 de fecha 09 de febrero de 2010 “POR LA CUAL SE HACE LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO ADMINISTRATIVO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR LA FIRMA LUIS CASANELLO S.A.I.C.E.C.A., CON IDENTIFICADOR RUC 80013853-8, CONTRA LA RESOLUCIÓN RP N° 381 DE FECHA 28 DE DICIEMBRE DE 2008”, emitida por la Subsecretaría de Estado de Tributación; dejando sin efecto la determinación tributaria y la aplicación de sanciones efectuadas en contra de la firma LUIS CASANELLO S.A.I.C.E.C.A.; con imposición de costas del juicio a la demandada, de conformidad con la norma contenida en el Artículo 192 del CPC. Es mi voto.

A SU TURNO, LOS EXCELENTÍSIMOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, MARTÍN AVALOS VALDEZ y MARIO MAIDANA GRIFFITH, manifiestan adherirse al voto del Miembro Preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura ratificación del mismo firman los Excelentísimos Señores Miembros del tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mí el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos
EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA

RESUELVE:

1. HACER LUGAR a la presente Demanda Contencioso-Administrativa promovida por la firma Luis Casanello S.A.I.C.E.C.A. contra la Subsecretaría de Estado de Tributación; y en consecuencia

2. REVOCAR los actos administrativos atacados, Resolución RP N° 26 de fecha 09 de febrero de 2010 “POR LA CUAL SE HACE LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO ADMINISTRATIVO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR LA FIRMA LUIS CASANELLO S.A.I.C.E.C.A., CON IDENTIFICADOR RUC 80013853-8, CONTRA LA RESOLUCIÓN RP N° 381 DE FECHA 28 DE DICIEMBRE DE 2008”, dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación.

3. IMPONER las costas a la perdidosa.

4. NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Martín Avalos, Mario Maidana Griffith, Rodrigo Escobar.
Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 378

Cuestión debatida: *El demandante fue funcionario de una Cartera de Estado UPI, y se desempeñaba como Jefe de la Sección Combustible del Distrito N° 15, con asiento en la localidad de Pozo Colorado y presentó voluntariamente renuncia al cargo que ocupaba, luego de una intervención realizada por funcionarios de la Unidad de Asuntos Internos (UDAI), sobre un supuesto robo de combustible, conforme consta en el Acta de Procedimientos labrada en dicha ocasión por responsables de la UDAI”.*

La parte actora promueve demanda Contencioso-Administrativa contra la Resolución mencionada, alegando que en ningún momento ha renunciado al cargo, lo que realmente ocurrió fue que en la oportunidad de la intervención que se había realizado en la dependencia donde prestaba servicios el mismo ha puesto a disposición su cargo, por la irregularidad que se dio en ese momento por los faltantes de combustible, cosa que para él no implicó la renuncia a su cargo, que si realmente quería renunciar lo haría mediante una nota dirigida al Ministro firmada por su puño y letra. Afirmando que su puesta a disposición del cargo que ocupaba, fue interpretada maliciosamente como una renuncia por el inter-ventor del M.O.P.C.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Renuncia.

Al momento de la intervención realizada por la Administración, no pueden ser interpretadas en forma deliberada por el administrador, ni siquiera si hay una manifestación verbal expresa de renuncia por parte del funcionario, puesto que éste es un derecho exclusivo del funcionario y no un derecho de la Administración que en este caso solo tiene la facultad de aceptar la renuncia, realizando la liquidación correspondiente.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Renuncia. Derechos del funcionario público.

Una renuncia es válida, cuando la misma se realiza por medio escrito, firmado por el titular del derecho (el funcionario), en donde el mismo manifieste expresamente a la autoridad correspondiente su voluntad de renunciar.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Renuncia. Derechos del funcionario público.

La renuncia presentada por el funcionario público se considerara aceptada si la autoridad competente no se pronuncia dentro de los diez días hábiles, a partir de su presentación, el citado artículo habla de la “renuncia presentada” y también de que existe un plazo 10 días para que se dé la aceptación tácita de la renuncia por de la administración cuando no lo haya aceptado por resolución contados “a partir de su presentación”, o sea a partir de la presentación de la renuncia por parte del funcionario, eso significa que la renuncia debe ser presentada en forma escrita.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Renuncia. Derechos del funcionario público.

La reposición del demandante, en el cargo que ocupaba o en otro de similar categoría y el pago de los salarios caídos ,o en caso contrario el pago de la indemnización correspondiente por el despido injustificado.

T. de Ctas. Primera Sala. 09/07/12. Juan Portillo c/RESOLUCIÓN N° 285 DEL 24 DE FEBRERO DEL 2011 DICTADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y COMUNICACIONES. M.O.P.C. (Ac. y Sent. N° 378)

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden votación, dio el siguiente resultado: RODRIGO A. ESCOBAR, MARTÍN AVALOS VALDEZ Y MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITHS.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA DR. RODRIGO A. ESCOBAR, DIJO: Que, en fecha 14 de marzo de 2011 a fojas 09 a 11 de autos se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el Señor JUAN ALBERTO PORTILLO, bajo patrocinio del abogado FROILÁN DELVALLE RÍOS, a promover demanda contencioso-administrativa contra la RESOLUCIÓN N° 285 DEL 24 DE FEBRERO DEL 2011 DICTADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y COMUNICACIONES, fundada la demanda en los siguientes términos: “*Que, he sido funcionario del M.O.P.C. con más de 20 años de antigüedad, y repentinamente, he sido desvinculado de mis función laboral, por supuesta renuncia de parte mía, en ocasión de un control rutinario en mi lugar de trabajo*”.

Que, en cuanto a la reconsideración presentada por el demandante ante la administración manifiesta que: *“En su oportunidad, he presentado al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones la pertinente aclaración y reconsideración de su Resolución por el cual me desvincula, aclarándole que jamás he presentado renuncia alguna a mi cargo como funcionario público, sino lo que hice en el acto de control fue poner mi cargo de Expendedor de Combustible y afines, resolviéndome como respuesta el rechazo a mi pedido de reconsideración”*.

Que, respecto a la resolución recurrida manifiesta: *“Véase, Señores Jueces, que la Resolución que impugno dice como acápite ‘POR LA CUAL SE ACEPTA LA RENUNCIA PRESENTADA...’, luego en la parte del Visto dice: ‘El acta de procedimiento de la Unidad de Asuntos Internos (UDAI), de fecha 18 de agosto del 2010, en donde el señor Juan Alberto Portillo, presenta su renuncia como funcionarlo de este Ministerio...’. Además en la parte de Resuelve dice: ‘Aceptar la renuncia presentada por el señor Juan Alberto Portillo’ ”*.

Que, respecto a su supuesta renuncia la actora dice: *“Nunca he tenido problema en este campo, y nunca he presentado renuncia como funcionario de dicho Ministerio, o como funcionario del Estado, ni siquiera estuvo en mis ánimos hacerlo, si lo quisiese hacer; lo realizaría en la forma correcta, mediante nota firmada con mi puño y letra dirigida al Señor Ministro y no por dicho de una tercera persona, como es en el presente caso. Lo que aconteció fue que conforme al Acta de Procedimiento, base de la dicha Resolución, maliciosamente fue mal Interpretada por alguna autoridad, para determinar que yo renunciaba como funcionario”*.

Que, sigue diciendo el demandante: *“Sin embargo, valga este medio para aclarar absolutamente que lo que dije al Dr. Nissen, quien fungió de interventor en ese momento que PONÍA A DISPOSICIÓN MI CARGO DE ENCARGADO DE COMBUSTIBLE, lo que por su parte, el mencionado interventor inscribió como ‘Renuncia al Cargo’, que por la presión del momento, la amenaza de encarcelarme y mi inexperiencia en este tipo de actos, no llegué a percibir las diferencias de alcances de uno u otro término”*.

Que, sobre su continuidad en la institución a pesar de haber supuestamente renunciado manifiesta el accionante lo siguiente: *“Desde aquella fecha de la intervención, yo seguí trabajando normalmente a cargo del Ministerio, percibiendo mis haberes de salarios correspondientes, lo que significa que nunca estuvo en mi idea ni en mi espíritu, renunciar como funcionario público. Asimismo,*

mo, realicé el pago al contado por el supuesto faltante de combustible, que luego se detectó que en realidad no existió ni un faltante, sino un error aritmético en el cálculo, en base a la planilla, que obra en los archivos del M.O.P.C. que también solicito se requiera su copia, lo que también demuestra mi buena predisposición sobre mi función”.

Que, continúa diciendo el actor: *“Y como corolario, solicité la apertura de un Sumario Administrativo, que se encuentra en el expediente principal a cargo de la Dirección Jurídica, a fin de deslindar responsabilidad, contratando inclusive para estos menesteres a un Asesor Jurídico. Tampoco este último se compagina con la idea de una renuncia como funcionario del M.O.P.C.”*

Que, termina expresando el accionante: *“Previo trámites de rigor, se sirva hacer lugar a la presente demanda, ordenando mi reposición a mi anterior situación laboral, como funcionario del M.O.P.C., con el pago de todos los salarios y demás beneficios sociales caídos”.*

Que, en fecha 19 de mayo de 2011, a fojas 26 a 32 de autos, se presentan los abogados MIRIAN RODAS DE GODOY y ROQUE FLEITAS RODAS, en nombre y representación del MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES, a contestar la demanda incoada, expresando: *“El Señor JUAN ALBERTO PORTILLO fue funcionario de esta Cartera de Estado, y se desempeñaba como Jefe de la Sección Combustible del Distrito N° 15, con asiento en la localidad de Pozo Colorado y presentó voluntariamente renuncia al cargo que ocupaba, luego de una intervención realizada por funcionarios de la Unidad de Asuntos Internos (UDAI), sobre un supuesto robo de combustible, conforme consta en el Acta de Procedimientos labrada en dicha ocasión por responsables de la UDAI”.*

Que, sobre el acta de procedimiento realizado por funcionarios de la accionada, manifiestan los representantes legales: *“El Acta de Procedimiento labrado por los responsables de la Unidad de Asuntos Internos (UDAI) del MOPC, en fecha 16 de agosto de 2010, siendo las ocho y quince, horas aproximadamente, en presencia del abogado ALEJANDRO NISSENPESSOLANI, coordinador de la Unidad de Asuntos Internos, según Resoluciones Ministeriales N° 1.012/08 y 1.033/08, abogado Rodrigo Monges Luces, abogado investigador de la misma Unidad y Joel Mongelós Prats, Jefe de la División de Materiales dependiente del Dpto. de Equipos y Materiales, Teófilo Mendieta, Jorge Acosta, Jorge Bogarín y el Ing. Duilio Pereira, Jefe del Distrito N° 15 de la localidad de Pozo Colorado,*

en su parte pertinente dice: “luego de haberse obtenido los resultados finales con resultado en contra del patrimonio de la Institución de 324 litros equivalente a la suma de Gs. 1.383.480, el encargado del surtidor Juan Alberto Portillo manifiesta su intención de reparar dicho daño en un plazo no mayor de una semana y la presentación en acto de la renuncia al cargo”.

QUE, los representantes de la accionada seguían transcribiendo el acta que contenía lo siguiente: *“En este estado y la propuesta conciliadora de la persona afectada a criterio de ésta Unidad de investigación la conducta del funcionario estaría incurso dentro de lo previsto en los Arts. 160, 161, 192 y 246 del C.P. además de lo previsto en la Ley 1626 de la Función Pública, y fundamentalmente en conocimiento de lo previsto en el Artículo 25 inc. 10 del C.P.P. y 301 inc. 5 y 311 del mismo cuerpo legal, la situación así fincada no ameritaría la formulación de denuncia alguna ante el Ministerio Público. Acto seguido y en consideración a la solicitud mencionada precedentemente consistente en la renuncia al cargo y el pago del perjuicio patrimonial, se comunica al proponente de que deberá constituirse en la Dirección de Finanzas del MOPC a cargo del Lic. Roberto Paredes a fin de regularizar el pago correspondiente en una cuenta especial abierta en el BCP que le será informada por el citado director; como también el mismo deberá constituirse en la Dirección de Recursos Humanos con el mismo propósito. Se deja constancia que además de los mencionados se encontraban presentes los funcionarios Jorge Acosta y Jorge Bogarín”.*

Que, hacen alusión al acta transcrito en lo párrafos que anteceden y dicen: *“Conforme se puede apreciar en el acta de procedimiento que obra como antecedente de las resoluciones cuestionadas, el señor Juan Alberto Portillo, como reparación del daño patrimonial causado a la Institución, libre y voluntariamente presentó renuncia al cargo que ocupaba. De esta manera se comprueba que renunció al cargo que ocupaba y no es verdad que en el momento del control rutinario, haya puesto a disposición su cargo de expendedor de combustibles”.*

Que, respecto al obrar del ministro del M.O.P.C. manifiestan: *“El acta de procedimiento labrado en dicha ocasión, no puede ser ‘maliciosamente mal interpretada por el señor Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones’. Lo que hizo el señor Ministro fue plasmar la intención del señor Juan Alberto Portillo en una resolución administrativa que ponía fin al relacionamiento con el funcionario por expreso pedido escrito del mismo”.*

Que, respecto lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 1626/00 de la Función Pública, dicen: *“El Art. 400 de la Ley N° 1626/2000 “De la Función Pública”*

prevé con respecto a la terminación de la relación jurídica entre el Estado y sus funcionarios y dispone lo siguiente: *“La relación jurídica entre un organismo o entidad del Estado y sus funcionarios termina por: a) Renuncia”*.

Que, terminan su presentación solicitando: *“Dictar Acuerdo y Sentencia rechazando la demanda presentada por la parte actora por su notoria improcedencia”*.

Que, a fojas 33 de autos, por A.I. N° 418 de fecha 31 de mayo de 2011 donde se declara la competencia de este Tribunal para entender en el presente juicio y existiendo hechos que probar se recibe la causa a prueba por todo el término de Ley.

Que, a fojas 39 vuelto de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 07 de noviembre de 2011; a continuación, se llama AUTOS PARA SENTENCIA.

ANALIZADAS las constancias de autos, escrito de demanda, contestación y los antecedentes administrativos agregados a los autos, habiendo quedado trabada la relación procesal en la forma descripta más arriba, y estando firme la providencia de fecha 07 de noviembre de 2009, por la cual se llamó Autos para Sentencia, corresponde entrar a examinar el fondo de la cuestión y resolver según lo alegado y probado por las partes conforme los fundamentos que siguen.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DOCTOR RODRIGO A. ESCOBAR, PROSIGUIÓ DICIENDO:

Que, del análisis de estos autos, surgen los siguientes elementos de convicción:

Que, por Resolución N° 2789 de fecha 27 de diciembre 2010, dictada por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, M.O.P.C, se resuelve: *“Artículo 1º. Aceptar la renuncia presentada por el señor Juan Alberto Portillo... Artículo 2º. Dar las gracias al señor Juan Alberto Portillo, por los servicios prestados a esa Secretaría de Estado”*.

Que, la parte actora promueve demanda contencioso-administrativa contra la Resolución mencionada, alegando que en ningún momento ha renunciado al cargo, lo que realmente ocurrió fue que en la oportunidad de la intervención que se había realizado en la dependencia donde prestaba servicios el mismo ha puesto a disposición su cargo, por las irregularidad que se dio en ese momento por los faltantes de combustible, cosa que para él no implicó la renuncia a su cargo, que si realmente quería renunciar lo haría mediante una nota dirigida al Ministro firmada por su puño y letra. Afirmando que su puesta a disposición del

cargo que ocupaba, fue interpretada maliciosamente como una renuncia por el interventor del M.O.P.C.

Que, los representantes legales de la demandada al contestar la demanda manifestaron que una de las formas de terminar la relación jurídica entre un funcionario y el Estado de conformidad al artículo 40 de la ley 1626, es la renuncia y que en oportunidad de realizarse la intervención, según acta labrada en aquella oportunidad consta que el señor JUAN ALBERTO PORTILLO manifestó su voluntad de reparar el daño, o sea, el faltante de combustibles, en un plazo no mayor de una semana y acto seguido ha manifestado su voluntad de renunciar al cargo. Justificándose por lo expuesto el obrar de la administración al momento de dictar la resolución, que está siendo objeto de estudio por este Tribunal.

Que, la función de la Administración de juzgar y sancionar, en este caso el Acto Administrativo, acepta la renuncia de un funcionario del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, no tiene fuerza de verdad legal, justamente por eso la decisión del órgano administrativo es revisable en sede judicial, y en nuestro proceso legal administrativo el juez natural, que está dotado de independencia e imparcialidad, es el Tribunal de Cuentas (artículo 265 de la Constitución Nacional, artículo 30 del Código de Organización Judicial) que tiene a su cargo el control judicial de las decisiones administrativas.

Que, el artículo 40 de la Ley 1626/00, de la Función Pública, en lo pertinente a la renuncia establece en su inciso a): *“La relación jurídica entre un organismo o entidad del Estado y sus funcionarios terminara por: a) renuncia”*.

Que, respecto al artículo transcrito en el párrafo que antecede, queda claro que la renuncia es una forma de extinguirse la relación jurídica entre el Estado y sus funcionarios, pero la misma es un derecho cuyo único titular en este caso es el funcionario, encontrándose regulado así en el artículo 49 “inciso h)” de la Ley 1626/00 que establece: *“Los funcionarios públicos tendrán derecho a:... inciso h) renunciar al cargo”*.

Que, la manifestaciones realizadas por el señor Juan Alberto Portillo al momento de la intervención realizada por la administración, no pueden ser interpretadas en forma deliberada por el administrador, ni siquiera si hay una manifestación verbal expresa de renuncia por parte del funcionario, puesto que éste es un derecho exclusivo del funcionario y no un derecho de la Administración que en este caso solo tiene la facultad de aceptar la renuncia, realizando la liquidación correspondiente.

Que, es el criterio de esta Magistratura, que una renuncia es válida cuando la misma se realiza por medio escrito, firmado por el titular del derecho (el funcionario), en donde el mismo manifieste expresamente a la autoridad correspondiente su voluntad de renunciar.

Que, el Artículo 52 de la Ley 1626/00 establece: *“La renuncia presentada por el funcionario público se considerará aceptada si la autoridad competente no se pronuncia dentro de los diez días hábiles, a partir de su presentación”*, el citado artículo habla de la *“renuncia presentada”* y también de que existe un plazo 10 días para que se dé la aceptación tácita de la renuncia por de la administración cuando no lo haya aceptado por resolución contados *“a partir de su presentación”*, o sea a partir de la presentación de la renuncia por parte del funcionario, eso significa que la renuncia debe ser presentada en forma escrita.

Que, la Ley 1626/00 en su Artículo 146 referente a los derechos establecidos y su renuncia establece: *“Los derechos establecidos en esta ley, no podrán ser objeto de renuncia, transacción o limitación convencional. Será nulo todo pacto en contrario”*.

Que, por otra parte, pasamos a considerar igualmente de otra óptica que la resolución recurrida no se ajusta a derecho y por lo cual esta Magistratura cree conveniente que la Resolución 285 del 24 de febrero del 2011 dictada por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, sea confirmada

Por tanto, VOTO POR LA NEGATIVA DE LA CUESTIÓN, y en consecuencia para este Tribunal proceda a HACER LUGAR la presente demanda Contencioso-Administrativa promovida por el señor JUAN ALBERTO PORTILLO contra la RESOLUCION N° 285 DEL 24 DE FEBRERO DEL 2011 DICTADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES M.O.P.C.; en consecuencia, REVOCAR el Acto Administrativo recurrido, y; ORDENAR, la reposición del señor JUAN ALBERTO PORTILLO en el cargo que ocupaba o en otro de similar categoría y el pago de los salarios caídos, o en caso contrario el pago de la indemnización correspondiente por el despido injustificado. Bajo apercibimiento de Ley, de conformidad a los fundamentos expresados en el exordio de la presente resolución y conforme a lo dispuesto en los Artículos 44 y 45 de la Ley 1626/00. En cuanto a las costas de la instancia, ellas deberán ser soportadas por la parte perdedora del juicio, de conformidad con la norma contenida en el Artículo 192 del C.P.C. ES MI VOTO.

A SU TURNO LOS SEÑORES MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, MARIO YGNACIO MAIDANA y ALEJANDRO MAR-

TÍN AVALOS VALDEZ, manifiestan que se adhieren al voto que antecede del Excelentísimo Conjuez RODRIGO A. ESCOBAR, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previo lectura ratificación del mismo firman los Excelentísimos Señores Miembros del tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mí el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,
RESUELVE:

1. HACER LUGAR a la presente Demanda Contencioso-Administrativa promovida por el señor JUAN ALBERTO PORTILLO contra la RESOLUCIÓN N° 285 del 24 DE FEBRERO DEL 2011 DICTADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES M.O.P.C; de conformidad a lo expresado en el considerando de la presente Resolución.

2. REVOCAR la RESOLUCIÓN N° 285 DEL 24 DE FEBRERO DEL 2011 DICTADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES.

3. ORDENAR, la reposición del señor JUAN ALBERTO PORTILLO, de conformidad a los dispuesto en los Artículos 44 y 45 de la Ley 1626/00.

4. IMPONER LAS COSTAS, a la perdidosa.

5. NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia de la Excma. Corte Suprema de Justicia. (verificar que tenga estos puntos en la resolución original).

Magistrados: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Rodrigo Escobar, Martín Avalos.

Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 711

Cuestión debatida: *Se busca revocar los Actos Administrativos que resolvieron el rechazo de la oposición de inscripción de marca presentada por el señor Carlos Luis Insfrán Micossi y, en consecuencia, la prosecución del trámite de registro de la Marca "El Café Francés y Etiqueta", en la clase 43, y para esa finalidad se debe valorar el alegato de las partes respecto de que pueda o no ser considerada confundibles la marca solicitada y la marca ya registrada.*

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

Entre las marcas en conflicto existen diferencias de orden visual, gráfico, ortográfico y fonético, además difieren en la terminación la marca solicitada termina en A y la marca registrada en S, por lo tanto poseen distintividad y especialidad de manera que el público consumidor no las podrá confundir, además pertenecen a diferente género la solicitada al género femenino (francesa) y la registrada al género masculino (francés) el adjetivo café en la solicitada y confitería en la registrada la hace diferentes sin posibilidad alguna de confusión entre las marcas, Las palabras francés y francesa que es de uso común no podrían registrarse solas por carecer de novedad, pero combinándolas con otras letras como café (solicitada) o confitería (registrada) producen denominaciones características de fantasía, por lo que se tornan disímiles y podrán coexistir pacíficamente en el mercado local, por último el cotejo debe analizarse en su conjunto por lo que analizando café francés con confitería francesa no existen similitudes entre sí que puedan generar confusión o riesgo de asociación indeseables entre los signos en controversia, son claramente distinguibles entre sí, haciendo desaparecer cualquier posibilidad de confusión en el consumidor.

COSTAS. Costas al vencido.

En cuanto a las costas, soy de opinión que en virtud de la teoría del riesgo objetivo asumido en el evento, las mismas sean impuestas a la parte perdedora, de conformidad con las normas contenidas en el Art. 192 del C.P.C.

T. de Ctas. Primera Sala. 01/08/12 “María Angela Delgado Tagmanini de Noel c/ Resolución N° 417 de fecha 14 de setiembre del 2007 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 711).

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: RODRIGO A. ESCOBAR, MARIO IGNACIO MAIDANA GRIFFITH Y MARTÍN AVALOS VALDEZ.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBAR, DIJO:

Que se presentó ante este Tribunal la abogada ELBA ROSA BRÍTEZ DE ORIZ P., en nombre y representación de la SEÑORA MARÍAANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL 417 DE FECHA 14 DE SETIEMBRE DEL 2007 DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL fundando la pretensión en las siguientes consideraciones.

Que, expresa el demandante: “*En fecha 09 de marzo del 2005 mi representada la señora MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL solicitó a su nombre el registro de la marca EL CAFÉ FRANCÉS Y ETIQUETA, para distinguir servicios de la clase 43 (servicios de restauración alimentación). La oposición fue contestada en termino hábil ofreciéndose al mismo tiempo limitar la marca solicitada por mi mandante, excluyendo expresamente los servicios de confitería, panadería y afines clase 43 que son los servicios distinguidos por la marca de la oponente. La resolución del director de la Propiedad Industrial en su análisis parte de una premisa falsa que lo induce al error; pues son marcas denominativamente diferentes las marcas en litigio gramatical y fonéticamente, no tienen un solo vocablo en común tomando como base únicamente los vocablos FRANCÉS Y FRANCESA, prescindió absolutamente del estudio de que la marca oponente se encuentra por su propia denominación limitada a los servicios de confitería, servicios estos que fueron excluidos de la solicitud de mi mandante*”.

Que, prosigue el demandante: “*Es verdad que las marcas son compuestas, de dos vocablos, y ambas llevan vocablos evocativos que son FRANCÉS Y FRANCESA, que son diferentes gramatical y fonéticamente. Cuando la marca es compuesta debe ser analizada en su conjunto, entonces no puede existir un elemento protagónico sino que todos los vocablos que la componen revisten igual importancia, mas aún en el caso de marcas que designan lugares, cuyo fin principal es la provisión de alimentos, FRANCÉS Y FRANCESA no pueden ser confundible, pues ambas palabras van parecidas de otro vocablo indicativo del servicio a ser prestado, además vocablos similares a estos, forman parte de numerosas marcas registradas como EL FRANCESITO clase 42, que protege servicios de importación, exportación, fabricación, comercialización, de productos lácteos, EL FRANCESITO clase 29, RINCÓN FRANCÉS clase 42, que cubren servicios de comercialización y promoción de artículos de perfumería, cosmética, regalos y similares, RINCÓN FRANCÉS clase 35, servicios de asesoramiento en la explotación de negocios dedicados a la venta de perfumerías, cosmética, regalos y similares, si todas estas marcas contienen el vocablo FRANCÉS coexisten con la marca oponente, en la clase 43, 29, es lógico pensar que no hubo confusión, que por ese motivo la marca del hoy oponente fue concedida. Por tanto, por todo lo dicho precedentemente a VV.SS. Pido oportunamente previo los trámites de rigor dictar sentencia haciendo lugar a esta demanda y en consecuencia revocar en todas sus partes la resolución impugnada por medio de esta acción*”.

Que, en fecha 26 de febrero del 2008 a fojas (79,83) de autos, se presentó ante este Tribunal el abogado RAMÓN RODRÍGUEZ, en nombre y representación del Ministerio de Industria y Comercio a contestar la demanda Contencioso-Administrativa en los autos caratulados: “MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL C/ RESOLUCION N° 417 DE FECHA 14 DE SEPTIEMBRE DEL 2007 DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL”, promovida por la señora MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE en los siguientes términos:

Que, dice el representante del M.I.C.: “*El litigio se plantea cuando la señora MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL, solicita a su nombre el registro de la marca ‘EL CAFÉ FRANCÉS Y ETIQUETA’ en la clase 43, el señor CARLOS LUIS INSFRÁN MICOSSI se presenta y plantea oposición en virtud de su marca registrada ‘CONFITERÍA FRANCESA’, en la misma Clase 43, que analizadas las constancias de autos se advierte que entre las marcas en litigio existen posibilidades de confusión. Las marcas en pugna comparten la expresión ‘FRANCÉS’ y es la que más resalta sobre el resto y por lo que en base a esta se juzga la posibilidad de confundibilidad o no entre las marcas en pugna, por otro lado las expresiones CAFÉ y CONFITERÍA, cumplen un rol meramente secundario en el conjunto. Además no cabe duda que si las mismas coexistieran en el mismo mercado se producirá lo que en doctrina se denomina confusión auditiva, pues la pronunciación de las palabras tienen una fonética similar, y que si verdaderamente las marcas en pugna no fuesen confundibles, como lo sostiene la adversa, el propio Director de la Propiedad Industrial, hubiese admitido la marca solicitada en virtud de la ley vigente y no lo hizo.*”

Que, sigue expresando el representante del M.I.C.: “*Que realizado el análisis sobre la viabilidad o no del registro de la marca ‘EL CAFE FRANCÉS Y ETIQUETA’, ante la oposición deducida en base al registro de la marca ‘CONFITERÍA FRANCESA’ del que se deduce que el recurso surge inmediatamente procedente, pues se trata básicamente del mismo, por lo que la posibilidad de confusión es directa o inmediata. Esto sostiene que existe, la manifiesta y clara semejanza de las dos marcas en pugna, y que la mayoría de las letras de las que están compuestas ambas marcas son claramente confundibles, diferenciándose estas por tan solo dos letras, por lo que esta representación solicita a SS.EE. el correspondiente rechazo de la presente demanda en razón de que la adversa ha fundamentado sus extremos en forma inverosímiles y que no ha pretendido otra*”

cosa sino distorsionar la verdad objetiva que trasluce el contenido de la resolución hoy recurrida”.

Que, concluye el representante del M.I.C.: *“Entre las marcas en litigio existen más semejanzas que diferencias que las hacen confundibles y en consecuencia no pueden coexistir pacíficamente, y que, para no alargar este escrito y evitando así detallar jurisprudencias en donde han sido rechazados casos similares por SS.EE., me remito íntegramente a la resolución recurrida ya que en la misma se encuentran la verdad objetiva del hecho planteado. Por tanto, y por lo brevemente expuesto a SS.EE. respetuosamente solicito, tener por contestada la demanda caratulada: ‘MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL C/ RESOLUCIÓN N° 417 DE FECHA 14 DE SETIEMBRE DEL 2007 DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL’, en los términos del escrito que antecede y luego de los trámites de rigor; dictar resolución rechazando la presente demanda, confirmando consecuentemente la disposición Ministerial”.*

Que, en fecha 04 de marzo del 2008 a fojas 89/93 de autos se presentó la abogada MARTA BERKEMEYER, en su carácter de coadyuvante, en nombre y representación del señor “CARLOS LUIS INSFRAN MICCOSI”, en los autos caratulados: “MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL C/ RESOLUCIÓN N° 417 DE FECHA 14 DE SETIEMBRE DEL 2007 DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL”. Funda la demanda en los siguientes términos.

Que, sostiene el coadyuvante: *“En primer lugar niego todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por la contraparte en su escrito de demanda, que no sean expresamente reconocidos por mi parte en el presente escrito. La señora MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL solicitó el registro de la marca ‘EL CAFÉ FRANCÉS Y ETIQUETA’ en la clase 43 contra dicha solicitud mi mandante promueve oposición en base a su marca ‘CONFITERÍA FRANCESA’ en la clase 43. El CAFÉ FRANCÉS y CONFITERÍA FRANCESA son confundibles especialmente tratándose de productos idénticos de la clase 43, no es cierto que la marca de mi mandante está limitada a los servicios de confitería, panadería y afines de la clase 43, incluidos en la solicitud presentada. No se puede hablar de ligereza, cuando se procedió a revocar una resolución anterior (de la jefa) fundamentado debidamente en la falta de requisitos fundamentales como la NOVEDAD, evocando ambas marcas la misma idea y para los mismos productos”.*

Que, sigue diciendo el coadyuvante: *“La solicitante se ampara en el hecho de que los vocablos CONFITERÍA y EL CAFÉ son diferentes, ya que FRANCÉS y FRANCESA son idénticos (uno masculino y otro femenino). Todos sabemos que en las confiterías se sirve café y que en los cafés se sirven productos de confitería. Es decir, los productos son los mismos, ambos utilizan la idea de FRANCIA y por lo tanto son confundibles”.*

Y EL EXCELENTÍSIMO MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DOCTOR RODRIGO A. ESCOBAR prosiguió diciendo: Que, una vez determinada la pretensión de la acción contenciosa, esta Magistratura pasa al estudio de la cuestión planteada, que busca revocar los Actos Administrativos que resolvieron el rechazo de la oposición presentada por el señor CARLOS LUIS INSFRÁN MICOSSI y, en consecuencia, la prosecución del trámite de registro de la marca “EL CAFÉ FRANCÉS Y ETIQUETA”, en la clase 43, y para esa finalidad se debe valorar el alegato de las partes respecto de que pueda o no ser considerada confundibles la marca solicitada y la marca ya registrada.

Que, en ese orden de ideas, se inicia el estudio cotejando en primer lugar que entre las marcas en conflicto existen diferencias de orden visual, gráfico, ortográfico y fonético, además difieren en la terminación, la marca solicitada termina en A y la marca registrada en S, por lo tanto poseen distintividad y especialidad de manera que el público consumidor no las podrá confundir, además pertenecen a diferente género, la solicitada al género femenino (francesa) y la registrada al género masculino (francés), el adjetivo café en la solicitada y confitería en la registrada las hace diferentes, sin posibilidad alguna de confusión entre las marcas, Las palabras francés y francesa que es de uso común no podrían registrarse solas por carecer de novedad, pero combinándolas con otras letras como café (solicitada) o confitería (registrada) producen denominaciones características de fantasía, por lo que se tornan disímiles y podrán coexistir pacíficamente en el mercado local, por último el cotejo debe analizarse en su conjunto, por lo que analizando café francés con confitería francesa no existen similitudes entre sí que puedan generar confusión o riesgo de asociación indeseables entre los signos en controversia, son claramente distinguibles entre sí, haciendo desaparecer cualquier posibilidad de confusión en el consumidor. En segundo lugar debemos mencionar que ya existen otras marcas como EL FRANCÉSITO clase 42, EL FRANCÉSITO clase 29, RINCÓN FRANCÉS clase 42, RINCÓN FRANCÉS clase 35, si todas estas marcas que poseen la palabra

francés coexisten en la clase 42 y 29 con la oponente también puede coexistir con la marca solicitada “EL CAFÉ FRANCÉS” clase 43, sin posibilidad de confusión en el público consumidor.

Que, esta Magistratura no tiene otro camino que concluir que el registro de la marca “EL CAFÉ FRANCÉS Y ETIQUETA”, en clase 43, a favor de la señora MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL, no ocasionaría posibilidad alguna de confusión al consumidor en relación a la marca “CONFITERÍA FRANCESA” en la clase 43, propiedad del señor CARLOS LUIS INSFRÁN MICOSSI, en consecuencia, VOTO POR LA NEGATIVA A LA CUESTIÓN PLANTEADA, correspondiendo HACER LUGAR a la presente demanda contencioso-administrativa subexámine, REVOCANDO la RESOLUCIÓN N° 417 DE FECHA 14 DE SETIEMBRE DEL 2007 DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. ES MI VOTO.

Que, en cuanto a las costas, soy de opinión que en virtud de la teoría del riesgo objetivo asumido en el evento, las mismas sean impuestas a la parte perdedora, de conformidad con las normas contenidas en el Art. 192 del C.P.C.

A SU TURNO, LOS EXCELENTÍSIMOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, MARIO MAIDANA GRIFFITH, Y MARTÍN AVALOS VALDEZ manifiestan adherirse al voto del Miembro Preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excelentísimos Señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mí el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1. HACER LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, deducida por la señora MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL contra la RESOLUCIÓN N° 417 DE FECHA 14 DE SETIEMBRE DEL 2007 DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

2. REVOCAR EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO, conforme a los fundamentos desarrollados en este Acuerdo y Sentencia.

3. EJECUTORIADA que fuere este fallo, oficiar a la autoridad administrativa marcaria para que prosiga con los trámites de registro de la marca “EL CAFÉ FRANCÉS Y ETIQUETA”, en clase 43 a favor de la señora MARÍA ANGELA DELGADO TAGMANINI DE NOEL, por los fundamentos enunciados precedentemente.

4. IMPONER, las costas de la instancia a la perdidosa.

5. NOTIFICAR DE OFICIO, registrar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rodrigo Escobar, Mario Ygnacio Maidana Griffith, Martín Avalos.

Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 712

Cuestión debatida: *Se analiza una posible confusión de marcas de fábrica, la firma TROVATO C.I.S.A., solicitó a su nombre el registro de la marca “VIDRIOBRIL” para distinguir productos de la clase 3 (TRES). Contra esta solicitud de registro, dedujo oposición la firma BOMBRIL S.A., de São Paulo, Brasil, fundada en los registros de las marcas “BOMBRIL” y diseño, clases 3 y 21, “BOMBRIL”, clase 5 y “BUENOBRIL”, clases 3 y 21. En fecha 7 de Diciembre de 2000, la jefa de Asuntos Litigiosos, por Resolución Nº 1268, declaró improcedente la oposición deducida, y a estos, efectos se pronuncia este Tribunal.*

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

No hay reglas establecidas respecto de la cantidad de marcas registradas que deben incluir una determinada partícula, para que ésta sea considerada de uso común. Aunque así se la ha calificado por estar incluida en seis registros de distintos titulares. Digo de distintos titulares porque si esas marcas pertenecen a uno o a unos pocos, no habría ese uso generalizado... Una partícula de uso común, no puede ser monopolizada por persona alguna, es de libre empleo y no puede invocarse privilegio sobre ella. El titular de una marca que contenga una partícula de uso común no puede impedir su inclusión en marcas de terceros, y fundar en esa sola circunstancia la existencia de confundibilidad, ya que entonces se estaría otorgando al oponente un privilegio inusitado sobre una raíz de uso general o necesario.

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

Si ya hay más de una marca, de propietarios distintos, muy similares en la misma clase, por lo general una nueva puede coexistir con todas ellas. No es solo por una cuestión de equidad, sino también porque la marca ha perdido ya identidad propia, dado a que la emplean distintos titulares

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. CONVENIO DE PARÍS.

La inscripción de la marca “VIDRIOBRIL” de este modo se ve amparada también en el Art. 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial que se refiere a la competencia desleal, diciendo: 1) los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la unión una protección eficaz contra la competencia desleal; 2) constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial; debiendo evitar de esta forma el monopolio de mercados y productos

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. Oposición al registro de una marca. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

El criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia es que las marcas en pugna deben ser claramente distinguibles la una de la otra, y el criterio que debe tenerse en cuenta para la decisión en el cotejo entre las marcas que presentan elementos de semejanza, según Acuerdo y Sentencia N° 210, de fecha 28 de julio de 1998, de la Sala Penal. Dicho Acuerdo y Sentencia estableció que “...El espíritu de la legislación marcaria, conforme a la doctrina imperante, es el de evitar la confusión. Tanto es así que ya no se habla de que las marcas deben ser claramente inconfundibles, sino que deben ser claramente distinguibles. Se pone acento así en la necesidad de una clara diferenciación de las marcas en pugna”. Situación que ocurre en el caso de marras evitando a la confusión directa entre las marcas en litigio.

MARCA DE FÁBRICA. Principios generales.

La marca se identifica con el producto que distingue y, desde luego, cuanto mayor es la difusión y aceptación de ese producto, mayor valor adquiere aquella para su titular. Simultáneamente, la marca sirve para propender a esa difusión, pues que es fácilmente recordada por la clientela. Objeto. Por lo dicho puede apreciarse la importancia y el valor que la marca puede adquirir para el titular, y justamente se ha señalado que ella puede constituir el principal activo de un

negocio. Indirectamente, y aunque no es su fin inmediato, la marca desempeña otra función: sirve al público de garantía sobre la proveniencia u origen de los productos que consume”. Esta doble función de la marca ha sido reconocida por la jurisprudencia.

T. de Ctas. Primera Sala. 01/08/12. “Trovato C.I.S.A. contra Resolución N° 27, de fecha 20 de enero de 2.004, dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 712).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, A. MARTÍN AVALOS VALDEZ y RODRIGO A. ESCOBAR ESPÍNOLA.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, dijo: Que en fecha 27 de mayo del año 2004, (fojas 6/10 de autos), se presenta ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, la Abog. ELBAROSA ORTIZ DE PIERPAOLI, en representación de la firma TROVATO C.I.S.A., a iniciar demanda contencioso administrativa, contra la Resolución N° 27, de fecha 20 de enero de 2004, dictada por la DIRECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. Funda la demanda en los siguientes términos: “Que en cumplimiento de instrucciones recibidas de mi nombrada representada, vengo a iniciar la presente demanda contencioso administrativa, contra la Resolución N°: 27 de fecha 20 de enero de 2004, dictada por el señor Director de la Propiedad Industrial, fundada en las siguientes consideraciones: I. HECHOS: En fecha 23 de Diciembre de 1999, bajo entrada N° 28.956, mi representada, la firma TROVATO C.I.S.A., solicitó a su nombre el registro de la marca “VIDRIOBRIL” para distinguir productos de la clase 3 (TRES). Contra esta solicitud de registro, dedujo oposición, la firma BOMBRIL S.A., de Sao Paulo, Brasil, fundada en los registros de las marcas “BOMBRIL” y diseño, clases 3 y 21, “BOMBRIL”, clase 5 y “BUENOBRIIL”, clases 3 y 21. En fecha 7 de Diciembre de 2000, la Jefa de Asuntos Litigiosos, por Resolución N° 1268, declaró improcedente la oposición deducida, fundándose el citado pronunciamiento en las diferencias gramaticales de las marcas en cuestión, y en el hecho de que la desinencia BRIL es de uso común para productos de la clase 3 (tres).

La oponente, apeló esta Resolución ante el director de la Propiedad Industrial, y éste en fecha 20 de enero de 2002, dictó la Resolución N° 27 REVOCANDO en todas sus partes la resolución de la jefa de Asuntos Litigiosos. PRUEBA: Acompañó y ofreció como prueba copia de las dos resoluciones administrativas. Esta última resolución administrativa debe ser revocada por no haberse tomado en consideración, las diferencias existentes entre las marcas en cuestión así como que el único elemento común en ambas, la desinencia BRIL es de uso común en productos de la clase 3 y que por tal motivo las marcas oponentes coexisten con otras marcas que llevan idéntica desinencia, y finalmente por la presunción equivocada de que mi representada asumía “un tácito reconocimiento a los derechos de la oponente”, circunstancias todas muy subjetivas, por lo que podemos afirmar que la resolución se ha apartado ostensiblemente de la doctrina y jurisprudencia invariablemente sustentadas en materia marcaría. LA RESOLUCIÓN N° 27 DE FECHA 20 DE ENERO DE 2004, DEL DIRECTOR DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL DEBE SER REVOCADA Esta Resolución dice en el Considerando: “Que realizado el estudio correspondiente, se concluye que entre las marcas en pugna, son confundibles desde el orden gráfico, fonético, visual y de la comparación gráfica realizada se observa claramente que entre las mismas existen más semejanzas que diferencias, siendo la desinencia “BRIL” la parte principal y resaltante”. El frío cotejo realizado por el señor Director, según el Considerando transcrito, es limitado y no ha tomado en cuenta que las marcas son diferentes gráfica y fonéticamente, ya que la marca solicitada: VIDRIOBRIL se escribe y suena en forma totalmente diferente a BOMBRIL, así como a BUENOBRIIL marcas de la firma oponente, hoy demandada. Además, el Director no tomó en consideración que la marca VIDRIOBRIL, es conceptualmente diferente a BOMBRIL y a BUENOBRIIL, pues el vocablo BRIL está precedido por el vocablo VIDRIO, que es un objeto transparente, por todos conocidos, mientras que BOM y BUENO que preceden a BRIL en las marcas registradas son adjetivos calificativos que también tienen un significado propio. Además es totalmente arbitraria la conclusión de que la desinencia “BRIL” es la parte principal y resaltante de las marcas. ¿Cómo entonces se explica la coexistencia pacífica en la clase 3 de otras tantas marcas con dicha desinencia, a nombre de diferentes titulares? Sólo a modo de ejemplo cito algunas de ellas:

GOMABRIL	Registro N° 262.910	Roberto Bertolio Ferrado.
COCINABRIL	Registro N° 243.386	Raúl Armando Doutreleau
BRILLANSILK	Registro N° 240.727	Silkey S.A.
SANIBRIL	Registro N° 206.649	Iris S.A.I.C.
INCABRIL	Registro N° 207.575	Inca S.A.I.C.
LARIBRIL	Registro N° 219.429	Oscar Pont
SUIZABRIL	Registro N° 221.654	Villard & Louis S.A.

Todas estas marcas coexisten con las marcas de la oponente por lo que perfectamente pueden coexistir también con la marca “VIDRIOBRIL” solicitada por mi representada en la clase 3 (tres). PRUEBA: en la estación procesal oportuna, mi parte solicitará la respectiva prueba de INFORMES a la Dirección de la Propiedad Industrial, acerca de la coexistencia de estas marcas en la clase 3 (tres). Los ejemplos más arriba citados, son muy claros, por lo que no puede negarse, si no es con una apreciación muy arbitraria, que la desinencia BRIL es de uso genérico en la clase 3 (tres).

El Dr. Jorge Otamendi nos dice al respecto: “...No hay reglas establecidas respecto de la cantidad de marcas registradas que deben incluir una determinada partícula, para que ésta sea considerada de uso común. Aunque así se la ha calificado por estar incluida en seis registros de distintos titulares. Digo de distintos titulares porque si esas marcas pertenecen a uno o a unos pocos, no habría ese uso generalizado... Una partícula de uso común, no puede ser monopolizada por persona alguna, es de libre empleo y no puede invocarse privilegio sobre ella. El titular de una marca que contenga una partícula de uso común no puede impedir su inclusión en marcas de terceros, y fundar en esa sola circunstancia la existencia de confundibilidad, ya que entonces se estaría otorgando al oponente, un privilegio inusitado sobre una raíz de uso general o necesario”... “El elemento de uso común, por todo lo dicho pierde relevancia a los efectos del cotejo...”. La cita doctrinaria no hace más que confirmar la inconsistencia de la Resolución, al decir que BRIL es la parte principal y resaltante de las marcas. No es así, además, por ser genérica no puede ser materia de cotejo. También dice la Resolución que entre las marcas “existen más semejanzas que diferencias”. Realmente no encontramos qué semejanza existe entre VIDRIO y BOM o BUENO, aún incluyendo o agregando a las mismas la sílaba GENÉRICA, o de uso general: BRIL. Y prosigue diciendo la Resolución del señor Director: “Que, en

efecto en el caso de autos existe de parte de la solicitante un tácito reconocimiento a los derechos de la oponente, razón por la cual corresponde hacer lugar a la oposición interpuesta”. Esta presunción es una suposición totalmente absurda, considerando que mi representada ha salido gananciosa en la instancia administrativa precedente y ha sido siempre de su interés mantener la solicitud de registro de su marca VIDRIOBRIL, amén de tener conocimiento de la existencia de otras marcas con la desinencia BRIL, pero ninguna precedida de VIDRIO. ¿Cómo puede hablarse de un tácito reconocimiento, cuando no existió un desistimiento de la solicitud de registro de la marca? Y menos tal hecho puede constituir suficientemente motivo para “hacer lugar a la oposición interpuesta”, cuando la Ley N° 1294/98, a la cual debe ceñirse el juzgador, establece claramente en qué caso una oposición es procedente, cual es: la existencia de confundibilidad. Si existe confundibilidad se hace lugar a la oposición si no existe, la oposición es desestimada. Además tanto las marcas registradas por la demandada “BOMBRIL” y “BUENOBRIIL”, como la solicitada por mi representada “VIDRIOBRIL”, en la clase 3, aluden al brillo, propiedad característica de los artículos de limpieza, comprendidos en dicha clase y es conocido también que tanto la firma hoy demandada como mi representada, son afamadas productoras de dichos artículos. II. DERECHO: Invoco como fundamento de derecho de esta demanda, los artículos 129 y 135 de la Ley 1294/98 y el art. 249 del Código Procesal Civil”.

Termina solicitando que, previo los tramites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que, en fecha 14 de julio del año 2004 (fojas 65/67 de autos), se presenta ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el Abog. RAMÓN RODRÍGUEZ, bajo patrocinio de Abogado, en representación del MINISTERIO DE INDUSTRIAY COMERCIO, a contestar la presente demanda contencioso-administrativa. Funda la contestación en los siguientes términos: “Que, vengo a solicitar intervención en los autos caratulados: “Trovato C.LS.AC/RESOLUCIÓN N° 27 DE FECHA 20 DE ENERO DE 2004 DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL”, la constitución de mi domicilio en el lugar señalado junto con mi Abog. patrocinante y en consecuencia se me dé la intervención legal correspondiente. Que, en primer lugar niego cada uno de los términos esgrimidos por la adversa en su escrito de demanda, salvo aquellas que

sean expresamente reconocidas por mi parte. El litigio se plantea cuando la Firma TROVATO CISA, solicita el registro de la marca “VIDRIOBRIL” clase 03, contra dicha solicitud las firmas, BOMBRIL S.A plantea oposición, en base a sus marcas BOMBRIL Y DISEÑO clase 3 y 21, BOMBRIL clase 5 y BUENOBRIL clase 3 y 21 para alegar cuanto sigue: Esta última Resolución administrativa debe ser revocada por no haberse tomado en consideración, las diferencias existentes entre las marcas en cuestión, así como que el único elemento común en ambas, en este caso la desinencia BRIL es de uso común en productos de la clase 3 y que por tal motivo las marcas oponentes coexisten con otras marcas que llevan idéntica desinencia, y finalmente por la presunción equivocada de que mi representada asumía un tácito reconocimiento a los derechos de la oponente, circunstancias todas muy subjetivas por lo que podemos afirmar que la resolución se ha apartado ostensiblemente de la doctrina y jurisprudencia invariablemente sustentadas en materia marcaria. Que esta representación debe afirmar sin equívoco que entre las mismas existen similitudes capaces de provocar confusión en el público consumidor. Que en la mencionada Resolución el a-quo consideró que: las dos denominaciones guardan total parecido gráfico y visual que puede llevar a confusión y que se trata de nombres totalmente iguales y parecidos como son “VIDRIOBRIL”, “BOMBRIL” Y “BUENOBRIL”, es decir, que todo el conjunto nos lleva a sostener que más bien se tratan de nombres afines y derivados uno del otro, lo que fatalmente llevará a la confusión de los consumidores sobre la procedencia de los mismos. Que luego del exhaustivo análisis del problema planteado, esta representación manifiesta cuanto sigue: Que realizado el estudio correspondiente sobre la viabilidad de la solicitud del registro de la marca “VIDRIOBRIL” de la misma se desprende que se resalta que existen suficientes elementos confundibles que impedirían la pacífica coexistencia y que la solicitud de registro de la marca “VIDRIOBRIL” no reúne los requisitos básicos de especialidad y novedad que hacen al signo, por lo que en el plano de la denominación se puede afirmar sin equívoco que son totalmente confundibles y, por ende, no podrán coexistir pacíficamente en el mercado. Que esta representación manifiesta que las marcas en pugnas presentan semejanza en su conjunto, es otro motivo suficiente que nos permite afirmar sin equívoco que las marcas en litigios no pueden coexistir pacíficamente. Por lo expuesto además, esta representación es de criterio se confirme la Resolución cuestionada y como VV.EE. podrá apreciar la Resolución recurrida no adolece de ninguna

incoherencia, muy por el contrario la misma trasluce un contenido consistente y prácticamente irrefutable, desde el punto de vista marcario. Que, esta representación conforme a lo expuesto más arriba, debe coincidir totalmente con la Resolución recurrida, ya que las marcas en litigio aportan semejanzas suficientes para que no puedan coexistir pacíficamente, pues fácilmente puede ocasionar confusión al público, situación esta que amerita el rechazo de la presente demanda, por ser totalmente improcedente. Que, esta representación niega todo y cada uno de las alusiones hechas por la accionante, porque las mismas, además exponer extremos inverosímiles que no pretende otra cosa que distorsionar la verdad objetiva que traslucen el contenido de la Resolución hoy recurrida. Que como V.E. podrá notar la accionante pareciere que con la presente demanda querría registrar la marca, “VIDRIOBRIL”, pero con el objetivo principal registro de truncar la libre competencia, ya que a criterio de esta representación existe mérito suficiente para la inviolabilidad del registro de la marca citada, ya que los argumentos utilizados en la Resolución recurrida trasluce un profundo conocimiento en temas marcarios, por lo que al contrario de la posición de la adversa si la misma estuviere correcta, en el mercado comercial nacional actualmente debería imperar el caos, por inmensa cantidad de litigios judiciales y que acapararía los medios de comunicación en masa, situación esta que no se registra en la realidad, por lo que esta representación cree acertada la posición asumida por el Ministerio de Industria y Comercio en la política aplicada de las leyes marcarías, y que consecuentemente en el caso que nos ocupa mal la misma estaría errada y mucho menos injusta. Que esta representación debe manifestar por último que entre las marcas “VIDRIOBRIL” clase 3 e “BOMBRIL Y BUENOBRIIL”, existen posibilidades de confusión gráfica, ortográfica y fonéticamente, la impresión que dejan las denominaciones en pugna son las mismas, como así también desde el punto de vista visual, es decir y VV.EE. podrá notar que la demanda deviene totalmente improcedente y se deberá rechazar sin mas trámites”.

Termina solicitando que, previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que, en fecha 15 de julio del año 2004 (fojas 70/75 de autos), se presenta ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, la Abog. MARTA BERKEMEYER, en nombre y representación de la firma CLOROX – BOMBRIL S.A., a

contestar la presente demanda contencioso-administrativa como parte coadyuvante. Funda la contestación, en los siguientes términos: “Que, en tiempo y forma, y cumpliendo expresas instrucciones de mi mandante, vengo a contestar la presente demanda promovida por la firma TROVATO C.I.S.A., en mi carácter de coadyuvante, en los siguientes términos: Que, niego categóricamente cada una de las afirmaciones de la actora, salvo las expresamente reconocidas por mi parte. Que, acepto lo manifestado por la actora en cuanto a los primeros tres párrafos de los HECHOS del escrito de demanda, ahora bien, en cuanto al párrafo quinto es falso que la Resolución Administrativa del señor Director de la Propiedad Industrial deba ser revocada por no haberse tomado en consideración las diferencias existentes entre las marcas en cuestión. Por el contrario, esta Resolución debe ser confirmada ya que se ha ajustado en plenitud a derecho, al analizar correctamente el grado de confundibilidad de las marcas en pugna, teniendo en cuenta las similitudes gráficas, fonéticas y visuales y que, como resultado de la comparación gráfica realizada, se observa claramente que entre las mismas existen más semejanzas que diferencias, por lo que el señor Director ha valorado en debida medida y reconocido el derecho que las leyes le otorgan a mi mandante a oponerse al registro de la marca “VIDRIOBRIL” en la clase 3. Que, no es cierto que las marcas en pugna “VIDRIOBRIL” y “BOMBRIL” sean conceptualmente diferentes, con significados propios y diferentes, ya que ambas son nombres de fantasía, y no evocan concepto alguno en la mente del consumidor. Es claro que la desinencia “BRIL” es la parte principal y resalante, y es lo que permanece en la mente del consumidor. La doctrina especializada en la material sostiene que la similitud general entre las marcas no depende de los elementos distintos que aparezcan en ellas, sino de los elementos semejantes o de la semejante disposición de esos elementos. En el caso de autos encontramos que existen más semejanzas que diferencias entre las marcas en conflicto, lo que conduce a afirmar que las mismas no son distinguibles entre sí y por lo tanto no pueden coexistir pacíficamente. En materia marcaria existe un límite en tolerar o permitir un registro basado en una anterior coexistencia con otra marca, que en el momento de analizarlas se consideró que eran diferentes y por lo tanto se permitió ese registro. La naturaleza proteccionista de la Ley de Marcas nos obliga a ser sumamente cautelosos en el análisis de marcas en conflicto y no por el hecho de que estén coexistiendo ciertas marcas implique que sé dará rienda suelta a cualquier marca que solicite el registro cuya semejanza

en todos los planos es evidente. Resulta evidente que la marca solicitada no cuenta con los elementos exigidos a las marcas nuevas como la ESPECIALIDAD y NOVEDAD. La solicitud de registro de la marca “VIDRIOBRIL” en la clase 3 debe ser rechazada, dado que se trata de un intento de apropiación de una marca ajena y debidamente registrada a nombre de su legítimo propietario para los mismos productos amparados por el registro legítimo. Es obvio que la adversa ha obrado de mala fe. Que es totalmente falso que la desinencia “BRIL” sea una partícula de uso común, o un término genérico. No tiene una significación propia y constituye una denominación completamente de fantasía. La palabra BRIL no figura en el Diccionario de la Lengua Castellana. Si es la parte principal y resaltante de la marca de mi mandante, es la parte que permanece en la mente del consumidor, y es lo que hace que ambas marcas cuenten con mas semejanzas que diferencias. Existe confundibilidad por lo que se hizo lugar a la oposición conforme a derecho. Que, la adversa ha reconocido expresamente en su escrito de demanda, que ambas marcas aluden al brillo, propiedad característica de los artículos de limpieza, comprendidos en dicha clase, lo que equivale a reconocer la confundibilidad de ambas marcas. Que, el permitir registrar dos marcas tan parecidas provocaría una confusión en el público consumidor, en cuanto a la procedencia, / calidad y origen del producto, lo que contradice los principios, la legislación internacional y nacional en la materia, en cuanto a la protección que otorgan al titular de una marca. La marca “VIDRIOBRIL” alude directamente y está inspirada en la marca “BOMBRIL”. El público consumidor creerá que se trata de una nueva línea de artículos producidos por mi mandante, agravado por el hecho que la marca solicitada fue depositada para amparar los mismos “ productos comprendidos en la clase 3, productos que se hallarían expuestos y a la venta en los mismos lugares de expendio y la mayoría de las veces, unos a lado de los otros. La marca solicitada VIDRIOBRIL es evocadora a la conocida marca BOMBRIL, con la misma expectativa de calidad que caracterizan los productos de la marca líder en el mercado. Que, de concederse el registro de la marca solicitada, los productos amparados por la contraria serán considerados como fabricados por mi mandante, lo cual causaría el error respecto de la procedencia. Por lo demás, el comprador pensará que los mismos tienen la excelente calidad y prestigio que los fabricados por mi mandante, lo cual es un hecho que causará graves perjuicios tanto a mi representada como al público consumidor. Por lo demás cabe resaltar que la marca BOMBRIL y diseño, BOM

BRIL, son notorias y famosas no sólo en su país de origen, sino también en Paraguay. Tanto la doctrina como la jurisprudencia marcarías otorgan una protección especial a las marcas que revisten dichos caracteres. Mi parte se reserva el derecho de presentar en la etapa procesal respectiva material publicitario y otras informaciones que acrediten este hecho. Que, el Convenio de París en su art. 6º –al cual nuestro país está adherido– garantiza que una marca regularmente registrada en su país de origen será protegida tal cual es en los demás países de la Unión estableciendo en el citado artículo 6 Bis: “Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio, que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio...”. Y con relación a la protección el Artículo 10 Bis del mencionado Convenio establece además que: “Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal”, “Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial y en particular cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor”. Por tanto, corresponde en derecho que la Resolución Nº 27 de fecha 20 de enero de 2004 dictada por el Señor Director de la Propiedad Industrial sea confirmada por hallarse sus fundamentos ajustados a derecho”.

Termina solicitando, que previo los tramites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que a fojas 80 de autos, consta el A.I. Nº 558 de fecha 31 de agosto de 2004, del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, que en su parte resolutive dice: “*DECLARAR LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL, para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar; RECIBIR LA CAUSA A PRUEBAS, por todo el término de ley...*”.

Que a fojas 140 vuelto de autos consta el Informe del Actuario de fecha 10 de diciembre de 2004, donde el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, llama AUTOS PARA SENTENCIA.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, Prosiguió diciendo: Que a fojas 80 de autos, consta el A.I. N° 558 de fecha 31 de agosto de 2004, del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, que resuelve: “1) Declarar la competencia del tribunal, para entender en el presente juicio y existiendo hechos que probar; 2) Recibir la causa a pruebas por todo el término de ley”.

Que a fojas 140 vlto. de autos, consta el informe del actuario de fecha 10 de diciembre de 2004, mediante el cual el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, llama AUTOS PARA SENTENCIA.

Que la cuestión, controvertida en estos autos versa sobre la confundibilidad o no de las marcas “BOMBRIL Y DISEÑO” clases 3 y 21; “BOMBRIL” clase 5; “BUENOBRIIL” clases 3 y 21 propiedad de la firma BOMBRIL S.A. y la marca “VIDRIOBRIL” solicitada para la clase 3, por de la firma TROVATO C.I.S.A.

Que, la Secretaría de Asuntos Litigiosos funda su resolución en que: “...Que la marca solicitada está compuesta por tres sílabas, en tanto la marca oponente está compuesta de dos, que entre dichas sílabas existen notorias diferencias gráficas, ortográficas y fonéticas emergentes de las palabras que componen el radical de ambas denominaciones. Que la terminación “BRIL”, no puede ser considerado en esta oposición como el elemento determinante debido a que es de uso común, como bien lo señala la solicitante en estos autos, por lo que no existe posibilidad de confusión. De todo lo expuesto sostenemos que ambas marcas podrán coexistir pacíficamente sin causar confusión en el público consumidor. Por tanto es el criterio de esta Secretaría rechazar la oposición deducida”.

Que la Dirección de la Propiedad Industrial funda su resolución en que: “... que realizando el estudio correspondiente, se concluye que entre las marcas en pugna, son confundibles desde el orden gráfico, fonético, visual y de la comparación gráfica realizada se observa claramente que entre las mismas existen más semejanzas que diferencias, siendo la desinencia “BRIL” la parte principal y resaltante”.

Que, este Tribunal debe delinear la legislación aplicable al caso en concreto, y en primer lugar debemos tomar como principio rector la Ley 1294/98, Ley de Marcas, el Art. 2° de la Ley 1294/98 que dice: “No podrán registrarse como marcas: f) los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o

de asociación con esa marca; g) los signos que constituyan una reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial de un signo distintivo, idéntico o similar, notoriamente conocido en el sector pertinente del público, que pertenece a un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se apliquen el signo, cuando su uso y registro fuesen susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con ese tercero, o signifiquen un aprovechamiento de la notoriedad del signo o la dilución de su fuerza distintiva, cualquiera sea la manera o medio por el cual se hubiese hecho conocido el signo”.

Que ante lo sostenido por la administración y analizados los escritos de demanda y sus contestaciones, así como las pruebas ofrecidas en autos, esta Magistratura se permite disentir con lo expuesto por la Dirección de la Propiedad Industrial, agregando que, haciendo un análisis separando en sílabas las marcas en cuestión obtenemos que la marca solicitada “VIDRIOBRIL” posee tres sílabas “VI-DRIO-BRIL” y “BOMBRIL” posee solo dos sílabas “BOM-BRIL”, que de dicho desglose se percibe que en las dos marcas el único vocablo similar es “BRIL”, y que los primeros vocablos no son repetidos en ninguna de las marcas. Que por otro lado las marcas “VIDRIOBRIL” y “BUENOBRIIL” coinciden en cantidad de sílabas, pues ambas tienen tres, pero aun en ese caso las dos primeras sílabas de ambas marcas citadas carecen de similitudes.

Dentro de la similitud mencionada podemos decir que la doctrina ha elaborado diversos criterios de evaluación acerca de cuál debe ser el elemento preponderante al momento de dejar una impresión en el público consumidor, uno de ellos es aquella que considera que la raíz de las marcas denominativas es la que marca la referencia para saber si las marcas son o no parecidas, la otra dice que son las desinencias las que otorgan mayor distintividad a las denominaciones, en este caso constatamos que las raíces son distintas siendo las desinencias las que presentan semejanza, pero como la desinencia “BRIL” ya se encuentra siendo utilizada por dos firmas distintas en sus marcas independientes, ya registradas en la misma clase 3 que la solicitada, por lo que la comparación entre las desinencias carece de valor en el caso en particular.

Si ya hay más de una marca, de propietarios distintos, muy similares en la misma clase, por lo general una nueva puede coexistir con todas ellas. No es solo por una cuestión de equidad, sino también porque la marca ha perdido ya identidad propia, dado a que la emplean distintos titulares.

La inscripción de la marca “VIDRIOBRIL” de este modo se ve amparada también en el Art. 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propie-

dad Industrial que se refiere a la competencia desleal, diciendo: 1) los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal; 2) constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial; debiendo evitar de esta forma el monopolio de mercados y productos”.

Que en sí misma y tomada en conjunto la denominación está conformada por elementos que dotan distinción, diferencia, y particularidad a la marca solicitada, hecho relevante a la hora de hacer la comparación entre las marcas en pugna.

El criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia es que las marcas en pugna deben ser claramente distinguibles la una de la otra, y el criterio que debe tenerse en cuenta para la decisión en el cotejo entre las marcas que presentan elementos de semejanza, según Acuerdo y Sentencia N° 210, de fecha 28 de julio de 1998, de la Sala Penal. Dicho Acuerdo y Sentencia estableció que “...El espíritu de la legislación marcaria, conforme a la doctrina imperante, es el de evitar la confusión. Tanto es así que ya no se habla de que las marcas deben ser claramente inconfundibles, sino que deben ser claramente distinguibles. Se pone acento así en la necesidad de una clara diferenciación de las marcas en pugna”. Situación que ocurre en el caso de marras evitando a la confusión directa entre las marcas en litigio.

Se debe destacar que la función esencial de las marcas es la de garantizar la identidad de origen del producto al consumidor, permitiéndole, sin ninguna posibilidad de confusión, distinguir un producto de otros que tienen otro origen. En palabras del autor Pedro C. Breuer Moreno, en su obra “Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio”, páginas 31/32, define a la marca “...como el signo característico con que el industrial, comerciante o agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación. La marca se identifica con el producto que distingue y, desde luego, cuanto mayor es la difusión y aceptación de ese producto, mayor valor adquiere aquella para su titular. Simultáneamente, la marca sirve para propender a esa difusión, pues que es fácilmente recordada por la clientela. Objeto. Por lo dicho puede apreciarse la importancia y el valor que la marca puede adquirir para el titular, y justamente se ha señalado que ella puede constituir el principal activo de un negocio. Indirectamente, y aunque no es su fin inmediato, la marca desempeña otra función: sirve al públi-

co de garantía sobre la proveniencia u origen de los productos que consume”. Esta doble función de la marca ha sido reconocida por la jurisprudencia.

La posibilidad de confusión debe ser apreciada globalmente, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes. Esto implica una interdependencia entre todos los factores relevantes, en particular la similitud entre las marcas en cuestión y entre los productos. Dicha apreciación global de las similitudes, visuales, orales, ortográficas y conceptuales o ideológicas deben ser evaluadas en mérito a la impresión total causada por la marca en cuestión en la percepción del consumidor, teniendo en cuenta sus componentes distintivos y dominantes. Si bien es posible realizar un análisis por separado de cada uno de los elementos que forman parte de las marcas, la evaluación final debe hacerse en mérito a si las marcas en cuestión, tomadas en forma entera y en su conjunto, en la impresión total causada por ellas, para juzgar si las mismas presentan características muy semejantes que las hacen confundibles o no.

Que el rechazo de esta demanda viola el principio constitucional contenido en el Art. 107 DE LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA: “Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal”.

Por lo tanto, se puede finalizar este análisis apreciando una notoria distinción entre la marca pretendida y las marcas prioritarias, más aún cuando en la posición del consumidor final, cotejando ambas marcas al momento de adquirirlas en el mercado no existe posibilidad de que las confunda una por otra, suponiendo que el servicio de gestión de negocios o de publicidad de una, abarca los productos registrados por la otra o presumiendo cierta relación entre ambas, por lo tanto ya que el punto clave de la cuestión para decidir semejanza o no, riesgo de confusión o no, es la posición del consumidor final, y atendiendo a lo establecido por el Art. 2º de la Ley 1294/98 esta judicatura debe concluir dando su voto HACIENDO LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, debiendo revocarse la Resolución N° 27 de fecha 20 de enero de 2004, dictada por el director de la Propiedad Industrial. Las costas deben imponerse a la perdedora fundada en disposición expresa del Art. 192 del C.P.C. ES MI VOTO.

JURISPRUDENCIA

A SU TURNO LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, A. MARTÍN AVALOS VALDEZ y RODRIGO A. ESCOBAR, manifiestan que, se adhieren in totum al voto del distinguido conjuer, MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, que antecede, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mi el Secretario autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue.

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1) HACER LUGAR a la presente acción contencioso-administrativa, planteada por la firma TROVATO C.I.S.A., contra Resolución N° 27, de fecha 20 de enero de 2004, dictada por la DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD y, en consecuencia,

2) REVOCAR la Resolución N° 27, de fecha 20 de enero de 2004, dictada por la DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

3) IMPONER LAS COSTAS, a la perdidosa, la parte demandada.

4) NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Rodrigo Escobar, Martín Avalos.

Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 884

Cuestión debatida: *Se intenta registrar una marca para un producto determinado, y se opone al registro una Empresa con el mismo nombre pero en distinta clasificación. Para lo cual resulta importante determinar la procedencia o no del registro de la marca "QUEEN Y ETIQUETA" solicitada por para la clase 11 y la registrada de la firma COMPAÑÍA PARAGUAYA DE LEVADURAS S.A. (COPALSA) "QUEEN" en las clases 29 y 30.*

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

La comparación en conjunto entre marcas enfrentadas ha de hacerse matizando, con dos criterios correctores: prescindir en la comparación del conjunto de los elementos genéricos carentes de distintividad, y tener en cuenta el vocablo de mayor fuerza distintiva, por ser éste el principal determinante de la distinción o confusión, para que se produzca la prohibición general de acceso al Registro de una marca, la concurrencia de las siguientes circunstancias resulta indispensable: a) que exista identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca o nombre comercial anteriormente solicitado o registrado, y b) que tenga por finalidad designar productos o servicios idénticos o similares a los que ampara la marca precedente, o guarden relación con la actividad amparada por el nombre comercial ya registrado o solicitado.

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

La solicitud de la marca “QUEEN” para la clase 11, no está incurso dentro de las prohibiciones establecidas en el Art. 2º de la ley 1294/98, De Marcas, porque del análisis se desprenden que las marcas enfrentadas son lo suficientemente distintas una de la otra, protegen productos y servicios totalmente diferentes.

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

Por todo lo manifestado, podemos sostener que entre las mismas no existe posibilidad de confusión alguna o que el público consumidor pueda adquirir un aparato creyendo que adquiere un producto y que los mismos tengan el mismo origen, pues los mismos no se encuentran relacionados entre sí. Del análisis comparativo entre las marcas en pugna, se concluye que siendo mayores las diferencias entre ellos antes que las semejanzas no son similares al grado de producir confusión directa o inducir a error al público consumidor respecto al origen de los aparatos y productos a distinguir, ya que ambas marcas protegen aparatos y productos en clases totalmente diferentes, que les permitirá su pacífica coexistencia en el mercado, todo ello no deja lugar a dudas en cuanto al concepto que transmiten y menos aún a los aparatos y productos que una ofrece al público consumidor.

T. de Ctas. Primera Sala. 24/08/12. “Compañía Paraguaya de Levaduras S.A. c/ Res. N° 52 del 06 de febrero del 2009, dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos y la Res. N° 208 de fecha 17 de setiembre del 2010. Dict. por la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 884)

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de la ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: MARTÍN AVALOS VALDEZ, RODRIGO A. ESCOBAR E., Y MARIO MAIDANA GRIFFITH.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, A. MARTÍN AVALOS VALDEZ, DIJO: Que, en fecha 03 de noviembre de 2010 (fs. 10/18 de autos) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, el abogado HUGO T. BERKEMEYER, en nombre y representación de la COMPAÑÍA PARAGUAYA DE LEVADURAS SOCIEDAD ANÓNIMA a instaurar demanda contencioso-administrativa contra la Res. N° 52 del 06 de febrero del 2009, dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos y la Res. N° 208 de fecha 17 de setiembre del 2010, dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial. Funda la demanda en los siguientes términos: “Que, vengo por el presente escrito a promover demanda contencioso-administrativa contra la RESOLUCIÓN N° 52 DE FECHA 6 DE FEBRERO DE 2009 dictada por LA SECCIÓN DE ASUNTOS ITIGIOSOS y la RESOLUCIÓN 208 DE FECHA 17 DE NOVIEMBRE DE 2010 dictada por el director de la Propiedad Industrial, conforme a las consideraciones de hecho y de derecho que seguidamente paso a exponer. HECHOS: En fecha 24 de noviembre de 2006 según Acta N° 36839 el señor ISACIO MARTÍNEZ ZORRILLA, con domicilio en Paraguay, solicitó a su nombre el registro de la marca “QUEEN Y ETIQUETA” para distinguir los productos de la clase 11. Mi mandante es propietaria de la marca “QUEEN” concedidas en las clases 29 y 30, en fecha 2 de agosto de 2000, bajo los Registros N° 227.350 y N° 227.351 (renovaciones de los Registros N° 139.210 y 139.211) respectivamente. La oposición se dedujo en base a los mencionados registros y al artículo 15 de la Ley 1294/98, De Marcas, que faculta a todo aquel quien tenga inscripta una marca a su nombre a oponerse al registro y al uso de cualquier otro signo que pueda inducir directa o indirectamente a confusión o asociación entre los productos oÉ servicios cualquiera sea la clase en que figuren, siempre que exista relación entre ellos, dado que la marca solicitada es bastante confundible con la marca de mi mandante. La jefa de Asuntos Litigiosos competente para resolver las oposiciones dicta la Resolución N° 52 de fecha 6 de febrero de 2009 no haciendo lugar a la oposición

planteada por la firma COMPAÑÍA PARAGUAYA DE LEVADURAS S.A. (CO-PALSA). Mi parte apela ante el director de la Propiedad Industrial, quien dicta en fecha 17 de septiembre de 2010 la Resolución N° 208 confirmando la resolución anterior. RESOLUCIÓN N° 52 DE FECHA 6 DE FEBRERO DE 2009 DICTADA POR LA JEFA DE ASUNTOS LITIGIOSOS. En el considerando de la mencionada resolución se manifiesta: “Que entre la marca QUEEN y ETIQUETA (solicitada) y “QUEEN” (oponente) encontramos que, si bien es cierto las marca enfrentadas son idénticas en el plano denominativo, ello resulta totalmente irrelevante, puesto que la marca peticionada ha sido depositada para cubrir servicios comprendidos en la clase 11, mientras que la marca oponente ha sido registrada para cubrir productos de clase 29 y 30, motivo por el cual una probable confusión entre las marcas en pugna deviene absolutamente imposible e improbable”. No estamos de acuerdo con este fundamento erróneo, debido a que el hecho que las marcas sean IDÉNTICAS basta para declarar de oficio la irregistrabilidad de la marca solicitada QUEEN y ETIQUETA. El artículo 2° inciso f) de la Ley de Marcas que dispone que no podrán ser registrados los signos idénticos o similares a una marca registrada para los mismos productos o servicios o para productos y servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o asociación con esa marca. La marca QUEEN y ETIQUETA, cuyo registro se pide, es IDÉNTICA a la marca registrada de la Compañía Paraguaya de Levadura S.A. , por lo que las semejanzas son ortográficas, fonéticas e ideológicas. El Dr. Carmelo Módica en su obra “Derecho Paraguayo de Marcas” sostiene acertadamente: *“Si la marca ya está registrada o solicitada para proteger los mismos productos o servicios u otros relacionados con ellos o sea de uso común, no podrá resultar novedosa.. Cabe destacar que la novedad de una marca no está solo dada por la inexistencia del registro –o de una solicitud previa– de otra exactamente igual, sino también de alguna con la cual tenga estrechas semejanzas que puedan provocar confusión”*. La identidad ortográfica entre las marcas en pugna es evidente, QUEEN (solicitada) y QUEEN (registrada mi mandante), esto implica la identidad auditiva y ideológica, ya que la similitud conceptual de palabras es la que deriva del mismo o parecido conceptual de las marcas. Es la representación o evocación a una misma cosa, característica o idea la que impide al consumidor distinguir una de otra, resultado que se da en el presente caso. Los doctrinarios en materia marcaria Gabriel Martínez Medrano y Gabriela Soucasse sostienen: “En el cotejo marcario, el

campo de mayor importancia es el IDEOLÓGICO”. Ambas marcas (solicitada y las registradas de COPALSA) parecen designar a un mismo producto, el consumidor paraguayo fácilmente podrá tomar una marca por otra. Negamos categóricamente las afirmaciones realizadas por la Sra. Jefa, pues el público consumidor no dudará en creer que se trata de un producto fabricado por COPALSA, mi representada. RESOLUCIÓN N° 208 DE FECHA 17 DE SETIEMBRE DE 2010 DEL DIRECTOR DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. El director repite los argumentos de la jefa de Asuntos Litigiosos y ni siquiera analiza las marcas en pugna, dice: “Que realizado el análisis sobre la viabilidad o no del registro de la marca QUEEN ante al oposición deducida en base al registro QUEEN, esta dirección comparte el criterio del A-QUO que si bien las marcas en pugna son idénticas en el plano denominativo, la marca solicitante ha sido peticionada para cubrir productos en clase diferente a la oponente”. Negamos categóricamente este argumento que no se ajusta al a las practicas jurídicas del Paraguay y a las normas jurídicas nacionales. Sostenemos que en el caso que nos ocupa se dará una confusión directa e indirecta. En el libro “Derecho de Marcas” de autoría de Jorge Otamendi, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, nos dice: “La confusión indirecta, es decir, la que se da cuando el consumidor cree que los servicios tienen un origen común puede darse también entre marcas que no cubren los mismos servicios. La confusión no se limita entorno a los servicios cubiertos por la marca, o dicho en otras palabras, el derecho de excluir a otros en el uso de una marca no se termina con los productos o servicios para los cuales se concedió la marca. Cuando hay confusión, se ha reconocido una extensión del Derecho para evitarla”. La Directora de la Propiedad Industrial ha ignorado el principio general y reconocido en materia marcaría que al momento de juzgar la posibilidad de confusión, se debe estar más a las semejanzas que a las diferencias existentes entre ellos, en caso específico que nos ocupa son MARCAS IDÉNTICAS. La marca solicitada por el señor ISACIO MARTÍNEZ ORR.ILLA es idéntica a la marca registrada de mi mandante hace varios años, lo cual ocasionaría graves perjuicios que se traducirán en a) Deterioro de la capacidad distintiva de la marca; b) Perjuicio por descrédito. La Ley de Marcas pretende evitar que el consumidor se vea obligado a realizar un detenido y prolijo examen entre las marcas, exigiendo que las marcas en las mismas clases sean bien distinguibles, para evitar riesgos de confusión y/o asociación indeseable. En el caso que nos ocupa, la marca solicitada por Sr. Martínez Zorrilla de ser concedida crearía

la misma impresión en la mente del consumidor que la marca de mi mandante QUEEN. Por ende, el único perjudicado sería el consumidor paraguayo, quien no podrá distinguir con facilidad el producto que desea adquirir. El Dr. Jorge Otamendi en su obra “Derecho de Marcas” sostiene que la confusión ideológica es la representación o evocación a una misma cosa, característica o idea la que impide al consumidor distinguir una de otra... cuando el recuerdo es el mismo, por ser el mismo contenido conceptual, siendo por ende la confusión inevitable. El espíritu de la legislación marcaria, conforme a la doctrina imperante, de evitar la confusión, tanto es así que ya no se habla de que las marcas signos que deben ser claramente inconfundibles, sino que deben ser claramente distinguibles. La marca “QUEEN” cuyo registro se solicita, no s que una imitación de la marca de mi representada. Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas expresan: “de la función distintiva que debe cumplir la marca, se requiere que el signo sea claramente distinguible de los que ya están registrados”; en este requisito, en cuya observancia se hallan directamente interesados los fines esenciales de la Ley de Marcas, se basa la exclusión no solo de las marcas idénticas a la anteriormente admitidas, sino también de aquellas que presentan con estas rasgos de “similitud confusionista”. La similitud confusionista puede también vincularse a la prohibición de inscribir una nueva marca cuando ella pudiere provocar directa o indirectamente confusión con otra pre-existente”. 3. Por los motivos precedentemente expuestos y que han sido marginados al momento de dictarse las resoluciones recurridas, a mas de los expuestos en los escritos de oposición y expresión de agravios, obrantes en los antecedentes administrativos, el Excmo. Tribunal de Cuentas, Sala de Turno, debe hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa deducida por la firma COMPAÑÍA PARAGUAYA DE LEVADURAS S.A. contra la RESOLUCIÓN N° 52 DE FECHA 6 DE FEBRERO DE 2009 DICTADA POR LA SECCIÓN DE ASUNTOS LITIGIOSOS Y LA RESOLUCIÓN N° 208 DE FECHA 17 DE SETIEMBRE DE 2010 DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, por carecer sus fundamentos de consistencia jurídica y por la incorrecta e inadecuada aplicación del criterio de confundibilidad.

Termina solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso-administrativa, con costas.

Que, en fecha 14 de febrero de 2011 (fs. 74 a 78 de autos) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, RAMÓN RODRÍGUEZ, en nombre y representación

del Ministerio de Industria y Comercio, a contestar la presente demanda contencioso-administrativa. Funda la contestación en los siguientes términos: “Que, vengo a solicitar intervención en los autos caratulados: ‘Compañía Paraguaya de Levaduras S.A. c/resolución N° 52 del 06 de febrero de 2009, dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos y la Resolución N° 208 de fecha 17 de setiembre de 2010 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial y la constitución de mi domicilio en el lugar señalado y en consecuencia se me dé la intervención legal correspondiente. Que, el litigio se plantea cuando en fecha 24 de noviembre de 2006, según Acta N° 36.844/06 el señor ISACIO MARTÍNEZ ZORRILLA, solicita el registro de la marca “QUEEN Y ETIQUETA “ para distinguir Productos de la Clase (11), en base a dicha Solicitud de Registro se presenta y plantea oposición la firma COMPAÑÍA PARAGUAYA DE LEVADURAS S.A. (COPALSA), en virtud de su marca registrada “QUEEN” Clases (29 y 30). Que, esta Representación niega y rechaza cada uno de los términos esgrimidos por la adversa en su escrito de demanda, salvo aquellas que sean expresamente reconocidas por mi parte, para afirmar *que, analizadas las constancias de autos se advierte que entre las marcas en pugna no existen posibilidades de confusión.* Que, esta Representación al analizar estas marcas en una visión de conjunto considera que entre las marcas “QUEEN Y ETIQUETA” (Solicitada) y “QUEEN “ (Oponente) encontramos que si bien es cierto las marcas enfrentadas son idénticas en el plano denominativo, ello resulta totalmente irrelevante puesto que la marca peticionada ha sido depositada para cubrir Productos comprendidos en la Clase (11), mientras que las marcas de la oponente han sido Registradas para cubrir Productos de las Clases (29 y 30), motivo por el cual una posible confusión entre las marcas en pugna deviene totalmente improcedente e improbable, lo que nos da la pauta de que esta demanda deviene totalmente improcedente y se deberá rechazar sin más trámite. Por lo tanto, en el sistema marcario “una partícula de uso común no puede ser monopolizada por persona alguna, es de libre empleo y no puede invocarse privilegio sobre ella. El titular de una marca que contenga una partícula de uso común no puede impedir su inclusión en marcas de terceros y fundar en esa sola circunstancia la confundibilidad, ya que entonces se estaría otorgando al oponente un privilegio inusitado sobre una raíz de uso general o necesario”. Este extremo ni siquiera ha sido tenido en cuenta por la adversa en la Demanda Contencioso-Administrativo objeto de esta acción. LAS MARCAS QUEEN Y ETIQUETA (CLASE 11) Y QUEEN (CLA-

SES 29 y 30) SON PRODUCTOS DIFERENTES. Debo resaltar que las marcas pueden coexistir pacíficamente en el mercado y entre el público consumidor, puesto que se tratan de productos totalmente diferentes y opuestos como la marca solicitada. “QUEEN Y ETIQUETA” Clase 11 se refiere a productos tales como: aparatos de alumbrado, calefacción, de producción de vapor, de cocción, de refrigeración, de secado, de ventilación, de distribución de agua e instalaciones sanitarias; sin embargo, la marca registrada “QUEEN” en las clase 29 y 30, se refiere a productos alimenticios como: carne, pescados, aves, extracto de carne, frutas y legumbres en conserva, jalea, mermeladas, compotas, huevos, leches y productos lácteos, aceites y grasas comestibles, café, té, cacao, azúcar, arroz, harina, levaduras, miel, sal, mostaza, vinagre, entre otros; lo que representa de que no habrá ninguna posibilidad de confusión por lo expuesto precedentemente y puede ser registrada la marca solicitada por así corresponder en derecho.

La Sección de Asuntos Litigiosos y la directora interina de la Propiedad Industrial han obrado acertadamente al cotejar las marcas en su conjunto no se ha realizado ninguna descomposición artificial en cuanto a sus letras se refiere y tampoco se ha limitado a realizar un mero cómputo de cuantas letras tienen en común las marcas en cuestión. Nuestro país ha ratificado el Convenio de París, que consagra el principio “*telle quelle*” o “*tal cual es*”, por lo cual la Oficina de Marcas debe tener en cuenta el principio citado en el párrafo anterior. Es sabido que como regla general de derecho, al momento de surgir una duda respecto de determinada cuestión, precisamente se debe acudir a los principios que reglan la materia, y en el caso particular, el principio antes señalado bien posibilita, en conjunción con todos los demás elementos señalados, la viabilidad del registro solicitado por mi coadyuvante. Por último debemos resaltar que la marca solicitada “QUEEN Y ETIQUETA”, en la Clase (11), no está incurso dentro de las prohibiciones establecidas en la Ley N° 1294/98, De Marcas.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso administrativa con costas.

Que, a fs. 80 de autos obra el A.I. N° 134 de fecha 14 de marzo de 2010, por el cual se resolvió declarar la competencia del Tribunal para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar se recibió la causa a prueba por todo el término de ley.

Que, por providencia de fecha 29 de junio de 2011, obrante a fs. 93 de autos, se llamó Autos para Sentencia.

Y EL EXCELENTÍSIMO MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DOCTOR MARTÍN AVALOS VALDEZ, prosiguió diciendo: Que, atendiendo al presente caso traído ante este órgano jurisdiccional corresponde el análisis sobre el fondo de la cuestión en estudio, para lo cual resulta importante determinar la procedencia o no del registro de la marca “QUEEN Y ETIQUETA” solicitada por el Sr. Isacio Martínez Zorrilla para la clase 11 y la registrada de la firma COMPAÑÍA PARAGUAYA DE LEVADURAS S.A. (CO-PALSA) “QUEEN” en las clases 29 y 30.

Que, la función principal de la marca es la de distinguir productos y/o servicios. Al respecto, es importante señalar lo establecido por nuestra Corte Suprema de Justicia: *“El espíritu de la legislación marcaria, conforme la doctrina imperante es el de evitar la confusión, tanto es así que, ya no se habla de que las marcas deben ser claramente inconfundibles, sino, deben ser claramente distinguibles. Se pone acento así en la necesidad de una clara diferenciación de las marcas en pugna”* (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Ac. y Sent. N° 822, 19-09-05, “ARCOR S.A.I.C. c/ Res. N° 477 de fecha 25/06/01 de la Secretaría de Asuntos Litigiosos y la Res. N° 294 de fecha 10/07/03 de la Dirección de la Propiedad Industrial”.

Que, corresponde el análisis sobre el fondo de la cuestión en estudio, para lo cual resulta importante tener en cuenta que al juzgador *le concierne valorar el grado de semejanza que se produce entre los diferentes signos, así como si los productos o servicios son similares o están relacionados. En esta labor, es menester aplicar al caso concreto, criterios de experiencia que le permitirán apreciar si se puede producir en el consumidor el error de que está adquiriendo algo que no está amparado por la marca que desea, o asociado con ella. A diferencia de la identidad, que es apreciable a simple vista, los conceptos de semejanza, similitud o relación son indeterminados, y requieren en el juzgador una actividad dirigida a dar claridad al ámbito de incertidumbre del concepto. Se trata de una operación que ha de ejecutar en cada caso concreto, pues difícilmente encontrará precedentes que se ajusten al que tiene entre sus manos, dada la variadísima gama de términos, imágenes y signos que puede concebir el ingenio humano, y de actividades, servicios y productos que existen en el comercio de los hombres.*

Que, la comparación en conjunto entre marcas enfrentadas ha de hacerse matizando, con dos criterios correctores: prescindir en la comparación del con-

junto de los elementos genéricos carentes de distintividad, y tener en cuenta el vocablo de mayor fuerza distintiva, por ser éste el principal determinante de la distinción o confusión, *para que se produzca la prohibición general de acceso al registro de una marca, la concurrencia de las siguientes circunstancias resulta indispensable: a) que exista identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca o nombre comercial anteriormente solicitado o registrado, y b) que tenga por finalidad designar productos o servicios idénticos o similares a los que ampara la marca precedente, o guarden relación con la actividad amparada por el nombre comercial ya registrado o solicitado.*

Que, para determinar la distintividad de una marca, ésta debe ser analizada como un todo y en consecuencia, si bien la denominación puede estar compuesta por algunos elementos no distintivos, ésta como conjunto puede ser perfectamente registrable.

Que, el Art. 7º de la Ley de Marcas establece: *“El registro de una marca se concederá para una sola clase de la nomenclatura oficial. Para registrar una marca en varias clases se requiere una solicitud independiente para cada una de ellas”.*

Que, al momento de realizar el estudio de fondo de las marcas “QUEEN” solicitada para la clase 11 y “QUEEN” registrada en las clases 29 y 30, se puede constatar en primer lugar que dichas marcas se encuentran en clases diferentes, protegen productos diferentes, los cuales serán comercializados en lugares diferentes, por ejemplo la clase 11 se relaciona con los siguientes productos: *“Aparatos de alumbrado, de calefacción, de producción de vapor, de cocción, de refrigeración, de secado, de ventilación, de distribución de agua e instalaciones Sanitarias”* y la clase 29 y 30 se relaciona con: *“carne, pescado, ave, huevo leche, aceite etc.”* y *“café, te, cacao, azúcar, arroz, pan, etc.”.*

Que, *la clase 11 protege principalmente aparatos de aire acondicionado, hervidores eléctricos, utensilios de cocina eléctricos etc., la clase 29 comprende esencialmente los productos alimenticios de origen animal, así como las legumbres y otros productos hortícolas comestibles preparados para el consumo a la conservación etc. y la clase 30 comprende esencialmente los productos alimenticios de origen vegetal preparados para el consumo o la conserva, así como los coadyuvantes destinados a mejorar el gusto de los alimentos.*

Que, la solicitud de la marca “QUEEN” para la clase 11, no está incurso dentro de las prohibiciones establecidas en el Art. 2 de la Ley 1294/98, De

Marcas, porque del análisis se desprenden que las marcas enfrentadas son lo suficientemente distintas una de la otra, protegen productos y servicios totalmente diferentes.

Que, por todo lo manifestado, podemos sostener que entre las mismas no existe posibilidad de confusión alguna o que el público consumidor pueda adquirir un aparato creyendo que adquiere un producto y que los mismos tengan el mismo origen, pues los mismos no se encuentran relacionados entre sí. Del análisis comparativo entre las marcas en pugna, se concluye que siendo mayores las diferencias entre ellos antes que las semejanzas no son similares al grado de producir confusión directa o inducir a error al público consumidor respecto al origen de los aparatos y productos a distinguir, ya que ambas marcas protegen aparatos y productos en clases totalmente diferentes, que les permitirá su pacífica coexistencia en el mercado, todo ello no deja lugar a dudas en cuanto al concepto que transmiten y menos aún a los aparatos y productos que una ofrece al público consumidor.

Que, la marca solicitada para la clase 11 “QUEEN” PROTEGE APARATOS Y NO PRODUCTOS COMO LO HACE LA MARCA REGISTRADA “QUEEN” para la clase 29 y 30, los cuales serán comercializados en lugares diferentes y el público al momento de consumirlos no correrá el riesgo de confusión con relación a la marca registrada, asimismo la marca solicitada es claramente distinguible de la registrada, se encuentran en clases diferentes, amparan productos diferentes, por ello no existe posibilidad de confusión en la mente del público consumidor, reuniendo de esta manera los requisitos indispensables para la procedencia de su registro.

Que, por todo lo expuesto precedentemente considero que el registro de la marca “QUEEN” (solicitada) en la clase 11, a favor del Sr. Isacio Martínez Zorrilla, no afectará a la marca “QUEEN” registrada en la clase 29 y 30, propiedad de la Firma “Compañía Paraguaya de Levaduras Sociedad Anónima”, pues los mismos podrán coexistir en forma pacífica en nuestro mercado, sin posibilidad de confusión alguna para el público consumidor. Por tanto soy del criterio de no hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa. Es mi voto.

Que, en cuanto a las costas, las mismas la debe cargar la parte perdidosa, de conformidad con las normas contenidas en el Art. 192 del C.P.C.

POR TANTO, en mérito a las constancias de autos y fundado en las consideraciones de hecho y derecho anteriormente desarrolladas.

A SU TURNO LOS MIEMBROS MAGISTRADOS RODRIGO A. ESCOBAR Y MARIO MAIDANA GRIFFITH DIJERON: Que se adhieren al voto del miembro preopinante por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas Primera Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos,
EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,
RESUELVE:

1. NO HACER LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, deducida por el Abog. Hugo T. Berkemeyer, representante convencional de la firma COMPAÑÍA PARAGUAYA DE LEVADURAS S.A. (COPALSA), de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

2. CONFIRMAR, las resoluciones recurridas en autos N°52 del 06 de febrero del 2009, dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos y la Res. N° 208 de fecha 17 de setiembre del 2010. Dict. por la Dirección de la Propiedad Industrial, conforme a los términos expuestos en el considerando de la presente resolución.

3. IMPONER, las costas de la instancia a la perdidosa.

4. ANOTAR, registrar, notificar y remitir ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rodrigo Escobar, Mario Ygnacio Maidana Griffith, Martín Avalos.

Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 960

Cuestión debatida: *Se analiza si fueron agotadas las instancias administrativas, los plazos para que la ANDE pueda presentar demanda ante el Tribunal de Cuentas, y este proceda a estudiar las cuestiones de fondo.*

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Agotamiento de vías administrativas.

Surge evidente que para habilitar la jurisdicción contencioso-administrativa, la ANDE, debió no sólo haber agotado las instancias administrativas con resultado adverso, sino que también someterse al procedimiento establecido para pasar a la instancia jurisdiccional; al respecto, Dromi reconoce: “La forma procesal de obtener el agotamiento de la vía administrativa puede ser, como dijimos, por reclamo administrativo previo o por recurso de revocatoria o reconsideración. El empleo de uno u otro depende de la particularidad reglamentaria del trámite administrativo e incluso de la diversa legislación en el orden nacional y provincial. Lo cierto es que siempre como recaudo formal previo a la interposición de la acción, se exige la solicitud de revocación o modificación del acto respecto del cual se agravia. La reclamación debe ser hecha por el interesado de manera formal, directa y concreta. Es una reclamación prejudicial, similar al recurso de revocación, que suele completarse con el urgimiento, idéntico al pronto despacho”.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Agotamiento de vías administrativas.

El quebrantamiento de la exigencia de la interposición de la demanda contencioso administrativa dentro de su plazo estipulado, resulta en un impedimento fatal para habilitar la instancia contencioso administrativa (artículo 3º, inciso a), Ley 1462/35); siguiendo la doctrina de Dromi: “*La razón jurídico-política que justifica la exigencia de un acto administrativo previo que cause estado o, por lo menos, una reclamación previa, está dada por la conveniencia de filtrar las contiendas que lleguen a pleito, sea provocando una especie de conciliación administrativa, sea dando la oportunidad al Estado de reconsiderar el asunto*”; en el caso de autos, la actora con su falta de diligencia, ha consentido el acto, incluso a sabiendas del vencimiento del plazo.

T. de Ctas. Primera Sala. 19/09/12. “Administración Nacional de Electricidad (Ande) c/ Nota Set N° 23 Del 21/01/2010; y la Nota Cgd /Set

N° 2152 del 21/05/2010 y la Cgd/Set N° 2511 del 02/06/2010, del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 960).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Están ajustados a derecho los actos administrativos impugnados?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: RODRIGO A. ESCOBAR, MARIO MAIDANA GRIFFITH y MARTÍN AVALOS VALDEZ .

Y EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBAR, DIJO:

Que, en fecha 28 de junio de 2010 (fs. 63/73) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el Abog. Carlos Nelson Medina, en representación de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) y bajo patrocinio del Abog. Richard Manuel Benítez Antola, a promover demanda contencioso-administrativa en contra de “*Nota SET N° 23 de fecha 21 de enero de 2010, de la Subsecretaría de Estado de Tributación, del Ministerio de Hacienda, con domicilio en Chile esq. Palma de esta ciudad y por la que le comunica a la ANDE, que debe liquidar el IVA teniendo en cuenta el nacimiento de la obligación tributaria y reliquidar el IVA de acuerdo al criterio de lo devengado a partir del periodo fiscal enero de 2006; Nota CGD/SET/N° 2152 de fecha 21 de mayo de 2010, de la Dirección General de Grandes Contribuyentes, que denegó el Recurso de Reconsideración planteado por nuestra representada, confirmando en todos los términos la Nota SET N° 23 de fecha 21 de enero de 2010; y Nota CGD/SET N° 2511 del 02 de junio de 2010, en la que reitera el Dictamen CT/DTJ N° 152/2010 de la Dirección de Planificación y Técnica Tributaria y Providencia de la Subsecretaría de Estado de Tributación por la que se ratifican y confirman en todo sus términos, siendo la ANDE notificada en fecha 03 de junio de 2010*”.

Que, como antecedentes del caso, expresa: “*Como antecedente se menciona la revisión de las siguientes documentaciones, relacionadas al sistema de Liquidación del IVA, que contienen las acciones que fueran realizadas: La Nota P. 79051/1992 de fecha 25 de noviembre de 1992, por la cual la ANDE solicita al Ministerio de Hacienda, en base a consideraciones de los sistemas de facturación y cobranza, seguir con el procedimiento actual de facturación y control de cobranzas a través del principio de lo percibido (recaudado). La Nota SSETCC N°*

620 de fecha 31 de diciembre de 1992, por medio de la cual la Subsecretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda, en respuesta a lo solicitado precedentemente, autoriza a la ANDE a utilizar el principio de lo percibido (recaudado) para la conformación del débito fiscal conforme al procedimiento de facturación y control de cobranzas.- La Nota SET N° 23 de fecha 21 de enero de 2010 (Expediente SG/DSME/743/2010), por la cual la Subsecretaría de Estado de Tributación en referencia a la Nota S.S.E.T./C.C N° 620 de fecha 31 de diciembre de 1992 (de hace 18 años), concluye que la ANDE debe liquidar el IVA teniendo en cuenta el nacimiento de la obligación tributaria y re-liquidar el IVA de acuerdo al criterio de lo devengado (es decir al momento del vencimiento de la factura, se haya percibido o no el pago del mismo) a partir del periodo fiscal enero de 2006.- La Nota P. 652/2010 de fecha 5 de febrero de 2010, por la cual la ANDE interpone Recurso Administrativo de Reconsideración en contra de la Nota SET N° 23, de conformidad al Art. 234 de la Ley N° 125/91 modificada por la Ley N° 2421/04. Argumentando que: La Nota SSET/CC N° 620/92 no se halla expresamente revocada, a pesar de la derogación del art. 90 de la Ley 125/91 establecido en la Ley 2421/04 pues en el art. N° 40 de la Ley 2421/04 se incluye de nuevo dicha posibilidad, por lo que en realidad sustituye la anterior redacción, hecho que implica un cambio formal no sustancial dentro de la Ley, es decir, el art. 90 de la Ley 125/91 fue suplido por el art. 40j de la Ley 2421/04 "De Reordenamiento y Adecuación Fiscal". La Nota CGD/SET/N° 2152 de fecha 21 de mayo de 2010 (Expediente SG/DSME/6368/10), por medio de la cual la Dirección General de Grandes Contribuyentes deniega el recurso de reconsideración interpuesto por la ANDE, acotamos que esto es siempre dentro del ámbito unilateral del Ministerio de Hacienda.- La Nota CGD/SET N° 2511 de fecha 02 de junio de 2010 (ingresada en la ANDE como Expediente SG/DSME/6950 en fecha 3 de junio de 2010), por medio de la cual Subsecretaría de Estado de Tributación se ratifica y confirma en todos los términos del Dictamen CT/DTJ N° 152/2010 de la Dirección de Planificación y Técnica Tributaria denegando el recurso de reconsideración planteado por la ANDE".

QUE, inicia la descripción de su problemática, exponiendo: "Al respecto, se señala que la ANDE cuenta con una autorización específica de la SET mediante la Nota S.S.E.T.C.C. N° 620 del 31 de diciembre de 1992, para que la conformación del débito fiscal se efectúe a partir de los ingresos recaudados entre el primero y el último día de cada mes, es decir, utilización del Principio de lo Percibido

para la determinación del IVA, principio que ha venido utilizando hasta la fecha. El pedido de la ANDE, realizado por Nota P. 9051/1992 de fecha 25 de noviembre de 1992, que dio origen a la Nota mencionada precedentemente, no fue formulado como consulta vinculante y tampoco la SET le ha dado dicho tratamiento, teniendo en cuenta que la SET dio respuesta a la misma con una Nota de autorización específica, en base a las argumentaciones realizadas por la ANDE sobre la base de los procedimientos utilizados en los sistemas de facturación y cobranza. Posteriormente, ¡luego de dieciocho años!, la SET comunica a la ANDE que ha re-analizado el contenido de la Nota S.S.E.T.C.C. N° 620 en virtud del proceso de reordenamiento jurídico en virtud de las reformas introducidas en la legislación tributaria –Ley N° 125/1991– por la Ley N° 2121/2004 «De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal», concluyendo que la ANDE debe liquidar el IVA teniendo en cuenta el nacimiento de la obligación tributaria y re-liquidar el IVA de acuerdo al criterio de lo devengado a partir del periodo fiscal enero de 2006”.

Que, considera fundamentos válidos para mantener la liquidación por el sistema de la percibido, los siguientes: “Que la Nota S.S.E.T.C.C. N° 620, no se halla expresamente revocada, a pesar de la derogación del Art. 90 de la Ley 125/91 y además este mismo Art. 90 fue reemplazado por el Art. 40 de la Ley N° 2421/04, respecto a la concesión a la Administración Tributaria para establecer regímenes especiales de aplicación del IVA. Que la ANDE en ningún momento recibió notificación que revoque el régimen de liquidación de impuestos, autorizado por la Nota S.S.E.T.C.C. N° 620, ya que esta no reviste las características de consulta vinculante.- Que por la Nota SET N° 23, la SET no resuelve revocar la autorización otorgada expresamente por la Nota .S.E.T.C.C. N° 620. Que la aplicación de la autorización otorgada por la Nota S.E.T.C.C. N° 620 es simplemente diferir el ingreso del impuesto a una etapa posterior, sin que ello implique ningún tipo de dispensa fiscal. Que el Art. 181 de la Constitución Nacional dispone que: “Ningún impuesto tendrá carácter confiscatorio. Su creación y su vigencia atenderán a la capacidad contributiva de los habitantes y a las condiciones generales de la economía del país”, por tanto el criterio de lo devengado no condice con su real capacidad contributiva.- Imponer el pago sobre ingresos no percibidos, además de ser, oneroso para la ANDE, es basarse en circunstancia que no reflejan auténticamente la capacidad contributiva. Esto supera la razonable manifestación de riqueza, atentando contra la misma, lo que no significa

otra cosa que su confiscación o su despojo. No puede hacerse pagar a quien no puede, y no puede quien todavía no ha percibido su retribución.- Insistir sobre un ingreso sólo estimativo pero no percibido, convertiría a la ANDE en mero financiador del tributo en cuestión, existiendo claramente un despojo al patrimonio sin causa (capacidad contributiva).- Siendo el mayor deudor el propio estado, que nunca paga su deuda al vencimiento de su factura, y en algunos casos no existe pago alguno, no puede obligarle a que la ANDE deba de pagar el IVA, por cada factura emitida mes a mes sin haberlo percibido previamente”.

Que, prosigue su presentación exponiendo la problemática financiera de la ANDE, así como la alta morosidad existente; asimismo, refiera la irretroactividad del criterio asumido por la SET. Termina solicitando “*ORDENAR que la ANDE siga con el procedimiento actual para la conformación del débito fiscal, a partir de los ingresos recaudados entre el primero y el último día de cada mes, es decir, la utilización del Principio de lo Percibido para la determinación del IVA, principio este que ordena la dórica fiscal actual*”. Protesta costas.

Que, a fs. 139, el representante de la actora solicita el acuse de rebeldía en contra del Ministerio de Hacienda al no haber contestado el traslado de la demanda dentro del plazo legal.

Que, conforme proveído de fecha 19 de octubre de 2010, obrante a fs. 139 vlto., se tiene por decaído el derecho que tenía el Ministerio de Hacienda para contestar la demanda.

Que, a fs. 143/154, se aprecia fotocopia simple de un escrito de contestación de demanda presentado ante la Secretaría de la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas.

Que, conforme escrito glosado a fs. 158/159, se presenta el abogado fiscal Hugo A. Campos Lozano, bajo patrocinio del abogado del Tesoro Raúl F. Sapena Giménez; y, manifiestan: “*...notando que en autos no se halla glosado nuestro escrito de contestación de demanda, venimos a manifestar cuanto sigue: Que, por un excusable error material deslizado en la presentación de nuestro escrito de contestación de demanda, el mismo fue entregado en el Tribunal de Cuentas, pero de una Sala distinta (Segunda), según puede notarse de la copia que se adjunta (en la cual puede notarse su presentación dentro del plazo establecido al efecto), firmada por el Actuario Judicial Abog. Diego Mayor Gamell, quien evidentemente tampoco se percató de que dicho expediente no radica en esa Secretaría.- En ese sentido, solicito se traiga a la vista el original del referido escrito,*

ordenándose su agregación a estos autos, y teniendo por contestada la demanda en los términos del mismo". A continuación, ofrece las pruebas de sus derechos.

Que, por providencia de fecha 10 de febrero de 2011 (fs. 159 vlto.), con noticia contraria a la adversa, se admiten las pruebas ofrecidas por la demandante y se agregan las instrumentales mencionadas; esto es, la fotocopia simple del escrito de contestación presentado en la Secretaría de la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas.

Que, conforme a su presentación de fs. 160/161, el representante de la entidad actora, ofrece las pruebas que hacen a los derechos de su parte. Luego, conforme a su escrito de fs. 162, solicita el desglose de las fotocopias simples agregadas por la demandada a fs. 143/154; pero, sin que la peticionante haya instado su diligenciamiento. En definitiva, la presente demanda, no ha sido tenida por contestada.

Que, a fs. 140, por A.I. N° 493 de fecha 21 de octubre de 2010, se declara la competencia de este Tribunal para entender en el presente juicio y se recibe la cusa a prueba.

Que, a fs. 163 vlto., conforme providencia de fecha 15 de junio de 2011, el Actuario Informa respecto del vencimiento del plazo probatorio y el diligenciamiento de las pruebas de las partes; a continuación, se llama AUTOS PARA SENTENCIA.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA DR. RODRIGO ESCOBAR, PROSIGUIÓ DICIENDO:

Que, la ANDE, mediante Nota S.S.E.T.C.C. N° 620 de fecha 31 de diciembre de 1992 (fs. 15), ha obtenido la venia correspondiente por parte de la SET, para la aplicación de un sistema especial de liquidación del IVA; dicha autorización consiste en un sistema de facturación y cobranzas que efectúa la conformación del crédito fiscal con los ingresos recaudados entre el primero y último día de cada mes, a partir de enero de 1993; esta autorización implica la liquidación del IVA conforme al principio de lo percibido.

Que, por medio de la Nota SET N° 23 de fecha 21 de enero de 2010 (fs. 92/93), dicha autorización es revocada; la cual se fundamenta en la derogación de la norma en base a la cual se había otorgado el beneficio; esto es el artículo 90 de la Ley 125/91, derogado por el artículo 35 numeral 1) inciso b) de la Ley 2421/04. Dicha revocación implica que la administración tributaria deje de considerar la liquidación de las facturaciones de la ANDE siguiendo el principio de lo

percibido, pasando a requerir su liquidación por el sistema de lo devengado. Asimismo, se requiere la reliquidación retroactiva desde la fecha de la derogación de la norma señalada; o sea, desde enero de 2006.

Que, la ANDE interpone recurso de reconsideración (fs. 96/100) en contra de la Nota SET N° 23, formándose el expediente administrativo 20103003046 de fecha 08/02/2010 (fs. 91); que luego de sus sustanciación es denegado, remitiéndose a la ANDE la Nota CGD/SET N° 2152 de fecha 21 de mayo de 2010 (fs. 112/117), en la cual se transcribe el Dictamen CT/DTJ N° 152/2010 de la Dirección de planificación y Técnica Tributaria y la Providencia de la Subsecretaría de Estado de Tributación, la misma fue notificada en fecha 24 de mayo de 2010, conforme cargo Mesa de Entrada de la ANDE N° 6368/10 (fs. 117).

Que, posteriormente, mediante Nota CGD/SET N° 2511 de fecha 02 de junio de 2010 (fs.123/128, se REITERA el Dictamen CT/DTJ N° 152/2010 de la Dirección de planificación y Técnica Tributaria y la Providencia de la Subsecretaría de Estado de Tributación, los cuales ya habían sido notificados denegando el recurso de reconsideración planteado por la ANDE en contra de la Nota SET N° 23; la Nota CGD/SET N° 2511 fue notificada a la ANDE en fecha 03 de junio de 2010, conforme cargo Mesa de Entrada ANDE N° 6950/10 (fs. 128).

Que, así como ha sido precedentemente descripto, surgen tres (03) actos administrativos impugnados por la ANDE y que fueran dictados por la SET, a saber: 1) la Nota SET N° 23, por la que se revoca la autorización para la liquidación del IVA por un sistema especial que tomaba en cuenta el principio de lo percibido y lo sustituye por la aplicación del principio de lo devengado, 2) la Nota CGD/SET N° 2152, por medio de la cual se deniega el recurso de reconsideración planteado por la ANDE en contra de la Nota SET N° 23; y, finalmente, 3) la Nota CGD/SET N° 2511, por la cual la SET reitera a la ANDE el Dictamen que denegara el recurso de reconsideración. A lo anteriormente puntualizado, hay que añadirle el hecho de que la presente demanda ha sido incoada en fecha 28 de junio de 2010, con lo cual se llega a la conclusión de que la misma ha sido presentada de manera extemporánea.

Que, luego de resumida la cuestión; corresponde fundamentar el por qué no se encuentran reunidos los presupuestos procesales enunciados en la Ley 1462/35, que regula el procedimiento en lo contencioso administrativo, que en su artículo 3° expresa: *“La demanda contencioso-administrativa podrá deducirse por un particular o por una autoridad administrativa, contra las resoluciones*

administrativas que reúnen los requisitos siguientes: a) Que acusen estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ellas; b) Que la resolución de la administración proceda del uso de sus facultades regladas; c) Que no exista otro juicio pendiente sobre el mismo asunto; d) Que la resolución vulnere un derecho administrativo pre-establecido a favor del demandante; y e) Que se halle abonada la cuantía del impuesto u otra liquidación de cuentas ordenada por el Tribunal de Cuentas”.

Que, al respecto de lo anterior Roberto Dormí en su obra Derecho Administrativo, enseña: “V. Presupuestos.- Antes de iniciar las acciones procesales administrativas los interesados deben cumplimentar ciertos recaudos procesales. 1. Concepto y clases. Trátase de circunstancias anteriores a la decisión del juez sin las cuales éste no puede dar curso a la demanda ni acoger la pretensión o la defensa. Operan como condiciones de procedibilidad o procesabilidad. Son los presupuestos previos que permiten habilitar la instancia procesal administrativa, es decir, explican la admisión del proceso. Los presupuestos de admisibilidad de la demanda son procesales y extrínsecos, por oposición a los presupuestos sustanciales e intrínsecos de admisibilidad de la acción. Los presupuestos procesales de admisibilidad de la demanda que se verifican con la admisión del proceso o la habilitación de la instancia son: a) agotamiento de la vía administrativa; b) denegación expresa o tácita; c) pago previo; d) interposición de la demanda dentro del plazo legal, y e) ausencia de recurso paralelo.- Los presupuestos sustanciales de admisibilidad de la pretensión que se verifican con la sentencia son: a) legitimación, y b) formulación administrativa previa de la pretensión”.

Que, en lo que concierne al agotamiento de la instancia administrativa, el mismo autor, sostiene: “2. Agotamiento de la vía administrativa. Como recaudo formal previo a la interposición de la acción, se exige el agotamiento de la vía administrativa que se produce cuando sobre la pretensión del administrado recae una decisión administrativa definitiva que causa estado. Tal agotamiento de la vía administrativa se puede obtener, según la legislación procesal de que se trate, por medio de la reclamación administrativa previa, del recurso de reconsideración o de revocatoria o de la verificación previa del control de legitimidad.- La resolución administrativa, además de definitiva y denegatoria, debe presentar el carácter de irrevisible, irrecurrible e irreclamable y final dentro de las instancias administrativas. La exigencia del acto que cause estado es una

carga procesal, que condice con el principio de que sólo se puede llevar a la justicia aquello planteado en sede administrativa. La decisión impugnada debe ser definitiva y causar estado. No debe ser un acto firme, que es consecuencia de su consentimiento o de la caducidad de la acción por expiración del plazo. Debe tratarse de una resolución sobre el fondo de la petición”.

Que, analizando la disposición legal apuntada y sumado a las citas doctrinales transcriptas, surge evidente que para habilitar la jurisdicción contencioso administrativa, la ANDE, debió no sólo haber agotado las instancias administrativas con resultado adverso, sino que también someterse al procedimiento establecido para pasar a la instancia jurisdiccional; al respecto, Dromi reconoce: “La forma procesal de obtener el agotamiento de la vía administrativa puede ser, como dijimos, por reclamo administrativo previo o por recurso de revocatoria o reconsideración. El empleo de uno u otro depende de la particularidad reglamentaria del trámite administrativo e incluso de la diversa legislación en el orden nacional y provincial. Lo cierto es que siempre como recaudo formal previo a la interposición de la acción, se exige la solicitud de revocación o modificación del acto respecto del cual se agravia. La reclamación debe ser hecha por el interesado de manera formal, directa y concreta. Es una reclamación prejudicial, similar al recurso de revocación, que suele completarse con el urgimiento, idéntico al pronto despacho”.

Que, surge de autos (fs. 117), que la actora se notifica de la denegación de su recurso de reconsideración en fecha 24 de mayo de 2010, a partir de lo cual, comienza a computarse el plazo para la presentación de la demanda contencioso administrativa, el cual culminaba el 18 de junio a las 09:00 Hs.; de hecho, la actora se encontraba en pleno conocimiento de dicha situación, incluso siendo advertida por partes de sus agentes, conforme se puede apreciar de las instrumentales aportadas por la misma a fs. 29, 38 y 40, en las que se resalta la exhortación del Departamento Tributario, de que “el plazo para la promoción de la demanda contenciosos administrativa es de dieciocho días (18) hábiles, el cual estaría feneciendo el próximo viernes 18 de junio de 2010”.

Que, luego, ya notificada de la denegatoria de su recurso de reconsideración, la ANDE vuelve a recibir una notificación de la SET, esta vez reiterando lo ya resuelto, la misma fue recepcionada por la ANDE en fecha 03 de junio de 2010 (fs. 128); pero, el plazo para la promoción de la demanda contencioso se computa desde la notificación del 24 de mayo, no desde la fecha de la notificación

de la REITERACIÓN, la cual estimo fue realizada de manera a intimar la reliquidación del IVA.

Que, el quebrantamiento de la exigencia de la interposición de la demanda contencioso administrativa dentro de su plazo estipulado, resulta en un impedimento fatal para habilitar la instancia contencioso administrativa (artículo 3º, inciso a), Ley 1462/35); siguiendo la doctrina de Dromi: “La razón jurídico-política que justifica la exigencia de un acto administrativo previo que cause estado o, por lo menos, una reclamación previa, está dada por la conveniencia de filtrar las contiendas que lleguen a pleito, sea provocando una especie de conciliación administrativa, sea dando la oportunidad al Estado de reconsiderar el asunto”; en el caso de autos, la actora con su falta de diligencia, ha consentido el acto, incluso a sabiendas del vencimiento del plazo.

Que, aun decidida la cuestión, quiero referirme a la irracional, injustificable y grosera impericia demostrada por los representantes del Ministerio de Hacienda; es decir, por la Abogacía del Tesoro, quienes con una actitud hasta desvergonzada pretendieron que este Tribunal subsanara su grotesco descuido que se tradujo en la presentación de la contestación de la demanda que le fuera corrido traslado, en una secretaría distinta a la cual se encontraba entendiendo en el litigio. Esta impericia amerita una profunda investigación, no sólo para aplicar las sanciones a los responsables de tamaña equivocación, sino para la aplicación de los sistemas correctivos que fueran necesarios.

Que, evidentemente el actor ha incurrido en errores procesales, ya en instancia administrativa al no recurrir en tiempo y forma el acto agravante a sus intereses, siendo que en esta instancia pudo haberse resuelto de una manera conveniente a su pretensión, cuyo valor intrínseco no es permitido valorar, sino resolver conforme a la Ley (artículo 15, inciso c) del CPC). En conclusión, sobre la base de los principios de economía procesal y de razonabilidad, así como de la alta doctrina expuesta precedentemente, corresponde RECHAZAR la presente demanda, con imposición de costas en el orden causado por resultar inoficiosa e inepta la intervención profesional de las partes respecto al resultado de la decisión. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LOS EXCELENTÍSIMOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, MARIO MAIDANA GRIFFITH, y MARTIN AVALOS VALDEZ manifiestan adherirse al voto del Miembro Preopinante por los mismos fundamentos.

JURISPRUDENCIA

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura ratificación del mismo firman los Excelentísimos Señores Miembros del tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mí el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA

RESUELVE:

1. RECHAZAR la presente Demanda Contencioso-Administrativa promovida por la entidad contribuyente ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD (ANDE), contra el Ministerio de Hacienda; y en consecuencia,

2. MANTENER VIGENTES los actos administrativos recurridos, Nota SET N° 23 de fecha 21 de enero de 2010, de la Subsecretaría de Estado de Tributación, del Ministerio de Hacienda; Nota CGD/SET/N° 2152 de fecha 21 de mayo de 2010, de la Dirección General de Grandes Contribuyentes; y Nota CGD/SET N° 2511 del 02 de junio de 2010, en la que se reitera el Dictamen CT/DTJ N° 152/2010 de la Dirección de Planificación y Técnica Tributaria y la Providencia de la Subsecretaría de Estado de Tributación.

3. IMPONER LAS COSTAS, en el orden causado.

4. OFICIAR al Ministerio de Hacienda, a la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) y a la Abogacía del Tesoro, a los efectos de que las máximas autoridades de cada institución tomen conocimiento de la incompetencia en su actuación profesional por parte de los profesionales que los representaran en la presente causa; la cual, por un lado, fue presentada de manera extemporánea; y, por el otro, fuera tenida por no contestada.

5. NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rodrigo Escobar, Mario Ygnacio Maidana Griffith, Martín Avalos

Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 20

Cuestión debatida: *Haciendo un estudio de fondo de la cuestión planteada en autos, tenemos que el recurrente cumplía funciones como Guardia cárcel en la Penitenciaría Nacional de Tacumbú, dependiente del Ministerio de Justicia y Trabajo.*

Por resolución dictada por el Ministerio de Justicia y Trabajo, se dispone la instrucción de sumario administrativo contra el funcionario citado por la comisión de faltas graves en el cumplimiento de sus funciones, sancionadas por la Ley 1.626/00 de la Función Pública. Y posteriormente por Decreto se le destituye del cargo, siendo este último el objeto de esta demanda.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Confirmación Tácita de Actuaciones viciadas de Nulidad. Incidente de Nulidad.

En reiterada jurisprudencia ha sido ya establecido que los vicios procesales que pudieron haberse dado en la instancia administrativa debieron haberse impugnado con el respectivo incidente de nulidad en dicha Instancia. No habiéndolo hecho así, los vicios procesales –aún de haber existido– han sido consentidos al haber precluido la etapa y oportunidad procesal para reclamarlos, en todo caso la parte actora debió, si se considera agraviada, de haber producido prueba suficiente durante el periodo de prueba del presente proceso, que le permita deslindar responsabilidades, lo cual no ocurrió en nuestro caso. Por otro lado, cabe destacar que el Sumario Administrativo no es objeto de la presente de la presente demanda, ya que lo que realmente se impugna es la Resolución N° 6.294 del 17/MAR/11, por la cual se resuelve la destitución e inhabilitación del funcionario en cuestión, por lo que mal se podría resolver sobre una cuestión que no es objeto de la presente acción contencioso-administrativa

PROCESO. Debido proceso.

Podemos concluir, sin temor a equívocos, que la Resolución impugnada carece de vicios que la tornen anulable, ya que se han respetado los principios de Defensa en Juicio, Legalidad y Debido Proceso, como así también, fue dictada por el órgano competente, conforme a la legislación vigente en la materia.

T. de Ctas. Primera Sala. 26/02/13. “Victor H. Insaurralde Cabrera c/ DTO. PSIAL N° 6294 DEL 17/03/2011, DICT. POR EL PODER EJECUTIVO” (Ac. y Sent. N° 20).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Están ajustados a derecho los actos administrativos impugnados?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: RODRIGO A. ESCOBAR, MARTÍN AVALOS VALDEZ Y MARIO MAIDANA GRIFFITH.

Y EL MIEMBRO MAGISTRADO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBAR, DIJO: Que, en fecha 25 de abril de 2011, se presenta el señor Víctor Hugo Insaurrealde Cabrera, a promover demanda contencioso-administrativa. Funda la demanda en los siguientes términos: *“HECHOS: Que por Decreto Presidencial -Nº 6.294 de fecha 17 de marzo de 2011, el señor Presidente en ejercicio de- la República del Paraguay, Dr. Federico Franco, resolvió destituirme de mi cargo de funcionario del Ministerio de Justicia y Trabajo e inhabilitarme para ocupar cargos públicos por el término de dos años, de conformidad a lo estatuido por el artículo 69 inciso c) de la Ley 1626/00 de la Función Pública. Este decreto tuvo como antecedente remoto un sumario administrativo que me fuera instruido por el Ministerio de Justicia y trabajo, cuando me desempeñaba como funcionario de la Penitenciaría Nacional de Tacumbú, a raíz de la fuga del reo Marcos Antonio Ramírez Bogado, hecho ocurrido el 17 de enero de 2010. Las irregularidades del Sumario Administrativo: a) La nulidad de la suspensión sin goce de sueldo antes de concluir el sumario. Ya ab initio el sumario estuvo viciado de irregularidades, en claro abuso de poder del señor Ministro de Justicia y Trabajo, en su afán de destituirme, cualquier precio, por haberme atrevido a denunciar hechos de corrupción durante la administración del otrora director del Penal de Tacumbú, señor Julio Acevedo. Por Resolución Nº 511/10, al ordenar la instrucción del sumario en mi contra, el señor ministro dispone: ‘Art. 2º. Decretar como medida cautelar la suspensión en el ejercicio de sus funciones del señor Víctor Hugo Insaurrealde Cabrera, con retención de sus haberes salariales, durante la sustanciación del sumario administrativo, debiendo comunicar la presente disposición a la Dirección General de Recursos Humanos y a la Dirección Central de la Administración y Finanzas, para su cumplimiento’ (sic.) Esta resolución fue dictada el 22 de julio de 2013. Demás está decir que entre esta fecha y la comunicación electiva de mi destitución, según cédula de notificación que me fuera cursada el 23 de marzo transcurrieron ocho meses desde que fui cesado en mi cargo de forma arbitraria e ilegal, y para colmo de males, privado de mi salario, única fuente de mis*

ingresos y sustento de mi familia, compuesta por mi señora y dos hijos menores en edad escolar; quienes dependen económicamente de mí. VV.EE., claramente esta resolución fue una condena anticipada contra mi persona. Ni la Ley 1626/00 'De la Función Pública', ni el Decreto N° 17.781/02 por el cual se reglamenta el procedimiento del sumario administrativo, autorizan la suspensión en el cargo mientras dure el sumario administrativo, salvo que se impute al funcionario su participación en un hecho punible, situación que no se dio en mi caso, ya que en ningún momento me atribuyeron la comisión de algún delito tipificado en el Código Penal. Sin embargo, antijurídica y arbitrariamente, el ministro de Justicia y Trabajo resolvió aplicarme una suspensión en el cargo con retención de haberes salariales por todo lo que dure el sumario administrativo. Es sabido que en Derecho Administrativo rige el principio de legalidad en cuya virtud todos los actos de la Administración deben estar expresamente o implícitamente autorizados por la ley, so pena de nulidad. En ese contexto, una sanción disciplinaria aplicada sin que ley la autorice, es absolutamente nula e insanable. Cabe mencionar que esta irregularidad ya le fue señalada al Ministerio de Justicia y Trabajo tanto por la Secretaría de la Función Pública, según Dictamen N° 694 de fecha 29 de octubre de 2010, como por el propio juez instructor del sumario administrativo, Abog. Héctor Fernández Candia, quien en el apartado 4o de su Resolución Conclusiva N° 1 de fecha 11 de febrero de 2011, recomienda se dé cumplimiento a lo dictaminado por la Secretaría de la Función Pública. Esta última institución había señalado que la normativa vigente no establece el bloqueo de salarios del funcionario sumariado al momento de resolverse la instrucción del sumario ni durante la tramitación del mismo, por el hecho de que no existe imputación en una investigación penal contra el señor Víctor Hugo Insaurralde Cabrera. Estas recomendaciones recibieron como respuesta el silencio indiferente del Ministerio de Justicia y Trabajo. Dije que mi suspensión sin goce de sueldo fue una condena anticipada porque esa sanción solo puede ser aplicada como consecuencia de un sumario previo, en el que se ha haya determinado mi participación y responsabilidad en el hecho y otorgado la oportunidad de ejercer mi derecho constitucional de defensa en juicio. Eso es lo que establecen los artículos 69 y 71 de la Ley 1626/00, al disponer que las sanciones correspondientes a las faltas graves serán aplicadas por la máxima autoridad del organismo o entidad del Estado en que el afectado preste sus servicios, previo sumario administrativo. Es dable mencionar; solo para dimensionar el grado de arbitra-

riedad y temeridad con la que actuó el Ministerio de Justicia y Trabajo, que la máxima pena para la suspensión sin goce de sueldo prevista en la Ley de la Función Pública es de treinta días (artículo 69 inc. b), sin embargo, yo fui suspendido sin derecho a salario por espacio de ocho meses. La misma Carta Magna, al consagrar los derechos procesales, establece en su artículo 17 inciso 3) que toda persona sujeta a un proceso del cual pudiera derivarse una pena o sanción, tiene derecho a que no se le condene sin juicio previo, y en su artículo 137, al establecer la supremacía de la Constitución Nacional, dispone: 'Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución'. Como vemos, la nulidad de esta suspensión dispuesta por el Ministerio de Justicia y Trabajo está conminada por la propia Constitución Nacional, por lo que corresponde que así sea declarada por ese Excelentísimo Tribunal, ordenando el inmediato pago de mis salarios caídos y demás beneficios sociales, por así corresponder en Derecho. La nulidad y arbitrariedad del despido. a) La nulidad por doble condena (nom bis in ídem). Por Decreto N° 6294 de fecha 17 de marzo de 2011, a solicitud del Ministerio de Justicia y Trabajo, el Presidente en ejercicio de la República del Paraguay, Dr. Federico Franco, ordenó mi destitución e inhabilitación para ocupar cargos públicos por el término de dos (2) años, de conformidad a lo estatuido en el artículo 69 inciso c) de la Ley N° 1626/00 'De la Función Pública'. Este Decreto tuvo como antecedente inmediato, la Resolución N° 154 de fecha 23 de febrero de 2011 emanada del ministro de Justicia y Trabajo Humberto Blasco Gavilán, por el que resuelve aplicarme la sanción de despido. Tanto el Decreto del Poder Ejecutivo como la Resolución del Ministerio de Justicia y Trabajo son nulos porque nadie puede ser condenado dos veces por la misma causa (principio non bis in ídem). En efecto, desde el momento en que el Ministerio de Justicia y Trabajo ordenó mi suspensión sin goce de salarios ínterin se substanciaba el sumario administrativo, lapso durante el cual estuve suspendido por espacio de ocho largos meses, con esta resolución, bien o mal por el mismo hecho. El artículo 69 de la Ley 1626/00 prevé tres tipos de sanciones para las faltas calificadas de graves, a saber: a) la suspensión del derecho a promoción por el período de un año; b) la suspensión en el cargo sin goce de sueldo hasta treinta días; y c) la destitución o despido, con inhabilitación para ocupar cargos públicos por dos a cinco años. Es ilógico suponer que las sanciones de suspensión y de destitución puedan ser aplicadas acumulativamente O te suspenden, o te destituyen, así de simple. Ergo, si te

suspenden es porque la autoridad decidió aplicarte una sanción menos gravosa que el despido. Pero contrariando toda lógica y sin darse por satisfecho con los ocho meses de suspensión sin goce de salario que sufrí injusta e ilegalmente, el Presidente en ejercicio de la República, por recomendación del Ministro de Justicia y Trabajo, resuelve destituirme, y para colmo de males, con inhabilitación para acceder a un cargo público por espacio de dos años. La Constitución Nacional establece que ninguna persona puede ser condenada dos veces por el mismo hecho (artículo 17 inc. 4 C.N.). La violación de esta garantía constitucional conlleva la nulidad insalvable del acto administrativo contraventor, el cual no puede ser confirmado ni subsanado, ya que no se trata de un acto anulable sino nulo. b) La nulidad por actuación contra legem. Y si por el principio de legalidad es nulo un acto administrativo que no esté autorizado expresa o implícitamente en la ley, ¿cuánto más si ha sido dictado contrariando el texto expreso de la ley? En efecto, en la Resolución N° 154 dictada por el ministro de Justicia y Trabajo, se ha encuadrado mi conducta dentro de la previsión del artículo 68 inc. e) de la Ley 1626/00, es decir por el incumplimiento de las obligaciones o transgresión de las prohibiciones establecidas en la presente ley, en concordancia con el artículo 57 inc. g) del mismo cuerpo legal, esto es observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta honesta y leal en el desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público por sobre el privado. El Decreto Presidencial N° 6294 no hizo más que reproducir los antecedentes del caso, tipificando igualmente mi conducta como un incumplimiento de mis obligaciones de funcionario público (art. 68 inc. e). Si mi conducta fue catalogada como una infracción al artículo 68 inc. e) de la Ley 1626, entonces mi despido fue ilegal. El texto expreso de la ley reza en su artículo 69 último párrafo: ‘Las faltas establecidas en los incisos h), i), j) y k) del artículo anterior serán sancionadas con la destitución’. Fuera de esos supuestos contemplados en los incisos en los incisos h), i), j) y k) de la ley 1626, no puede aplicarse una sanción tan grave como el despido. La Ley no deja lugar para interpretaciones desviadas y arbitrarias como la que pretende imponer el Ministerio de Justicia y Trabajo y la Presidencia de la República, en clara violación de la ley. La arbitrariedad. a) La desproporción entre la falta y la sanción aplicada Luego de examinar los elementos de prueba obrantes en el expediente sumarial, el juez instructor designado por la Secretaría de la Función Pública, Abog. Héctor-Fernández Candia, recomendó la aplicación de la sanción de suspensión en el cargo sin goce de sueldo por diez

(10) días, de conformidad a lo establecido en el artículo 68 inc. e) de la Ley 1626/00. Pero una vez más, haciendo oídos sordos a las recomendaciones del juez interviniente que ya había hecho mención de la ilegalidad de mi suspensión con retención de haberes salariales, el Ministro de Justicia y Trabajo y posteriormente el Presidente de la República, resuelven aplicarme la sanción de despido e inhabilitación. El despido ha sido concebido siempre como la última ratio del derecho disciplinario. Para el doctrinario Antonio Vázquez Vialard el despido se considera un último remedio 'al que no se puede recurrir sino en casos de verdadera necesidad, pues de lo contrario se lo considera arbitrario'. El principio de proporcionalidad manda que la injuria sea de tal gravedad que haga insostenible el vínculo laboral. Para el autor Luis Ramírez Bosco, 'la idea funciona prácticamente igual que la de necesidad racional del medio empleado para la legítima defensa, que se utiliza en materia penal, y como aquella, requiere analizar si el juicio de proporción fue razonable en sus propias circunstancias'. El juez sumariante consideró razonable que se me aplique la sanción de suspensión sin goce de sueldo por el término de diez (10) días, pero tanto al Ministro de Justicia y Trabajo como al Presidente de la República les pareció 'conveniente' sancionarme con el despido y la inhabilitación por dos años. Me pregunto: ¿es razonable que el juez sumariante haya estado tan errado en cuanto a la gradación de la sanción con relación al criterio del Ministro de Justicia y Trabajo? Me parece que no, a no ser que este último haya tenido una motivación distinta a la de la ley. Si VV.EE., mi despido no fue sino la culminación de una persecución sistemática contra mi persona luego de que realicé una denuncia por medios de comunicación sobre hechos de corrupción en la administración del Penal de Tacumbú, específicamente de los pagos que se realizaban para la protección y comodidades de los reclusos 'vip' del Penal durante la administración de Julio Acevedo, hecho que es un secreto a voces en nuestro país pero que nunca ha sido investigado en profundidad. Para el autor Salvador Villagra Maffiodo, es evidente que la facultad de elegir la medida a adoptar y/o la oportunidad de obrar, no es concedida porque sí, para que la autoridad obre a su capricho, sino para que ella pueda adoptar las medidas adecuadas para cumplir con los fines que expresa o implícitamente la ley tiene en vista. Por ejemplo, dice, la facultad concedida para imponer multas entre un mínimo y un máximo es sin duda alguna para graduar la sanción conforme a la gravedad de la infracción, aunque la ley no lo diga. Si la autoridad impone la sanción con otra finalidad que la de adecuarla a la

gravedad de la transgresión, incurre en ‘desviación de poder’, o si se quiere, el acto adolece de falta (le causa o de falsa causa). El poder discrecional tiene limitaciones que deben ser necesariamente establecidas por ley al tiempo de conferirle a ciertos órganos administrativos, y aunque la ley no establezca limitaciones expresas, juegan como tales los derechos y garantías consagrados en la Constitución, los que no pueden ser alterados por las leyes, reglamentos y otros actos de autoridad. Es actos discrecionales que exceden de estos límites se tipifican exactamente como extralimitación, exceso o abuso de poder. A mi modo de ver las cosas, mi despido obedeció lisa y llanamente al capricho y abuso de poder del ministro de Justicia y Trabajo Humberto Blasco. Digo, que hubo exceso o abuso de poder porque no puede llamarse de otra forma al despido de un funcionario con nueve años de antigüedad, sin ninguna sanción administrativa en su legajo personal. Me pregunto ¿dónde queda el derecho a la estabilidad laboral garantizado por la Constitución Nacional si los funcionarios públicos pudiéramos ser tan fácilmente avasallados por los jefes de turno cuando por cuestiones de conciencia no nos prestamos a sus triquiñuelas o simplemente porque no les caímos en gracia? Pienso que en un Estado de Derecho como el nuestro, ya no puede darse el caso de que la voluntad de un hombre, por más alto cargo que ocupe, prime por sobre el de la ley. Me reafirmo VV.EE. que jamás he tenido una sanción administrativa en mi haber como funcionario público, y digo esto porque grande fue mi sorpresa al leer la exposición de motivos de la Resolución N° 154 del señor Ministro de Justicia y Trabajo, donde me endilga dos sumarios anteriores al presente por hechos de fuga. ¡Nada más falso! Nunca he recibido sanción alguna derivada de sumarios anteriores. Es notorio que estos ‘antecedentes’ aparecieron con el único propósito de justificar lo injustificable, mi despido. Y si es cierto que fui sancionado, ¿dónde están las resoluciones administrativas?, ¿dónde está la prueba de que fui notificado de ellas? Para no faltar a la verdad VV.EE., debo reconocer que cada vez que en los penales se da una fuga de reos, que no es una novedad en nuestro país dada la fragilidad del sistema de seguridad y el calamitoso estado de los penales, todos los guardias cárceles somos sumariados para deslindar responsabilidades. ¿Pero acaso el hecho de que un funcionario sea incluido en un sumario prueba su culpabilidad?, ¿puede considerarse a esto como un antecedente válido para aplicar una sanción más gravosa posteriormente? Pienso que no. El sumario administrativo concluye con la resolución por la cual el juez sumariante determina la culpabilidad o inocencia del

encausado, no antes, y aun si termina por haber fenecido el plazo de ley para la conclusión del sumario, dispone el artículo 78 de la Ley 1626 que ello no afectará la honorabilidad del funcionario. Sin embargo, el señor ministro ha utilizado argumentos falsos para fundamentar la arbitrariedad que cometió contra mi persona, basado en mis supuestos 'malos antecedentes'. b) Error en la calificación de la conducta del sumariado: En todo momento se calificó mi conducta como inmersa en la disposición del artículo 68 inc. e) de la Ley 1626, es decir el incumplimiento de las obligaciones o transgresión de las prohibiciones establecidas en la ley. Es importante resaltar que no cualquier incumplimiento o transgresión es sinónimo de una falta grave. La Ley de la Función Pública condiciona que el incumplimiento sea de las obligaciones expresamente establecidas en la propia Ley 1626, con exclusión de cualquier otra. Como VV.EE. lo podrán notar; ni en la fundamentación de la resolución conclusiva del juez sumariante ni en el decreto presidencial existe indicación alguna de cuál fue la obligación que incumplí o la prohibición que trasgredí de las establecidas en la Ley 1626. Las obligaciones y las prohibiciones para el funcionario público están expresamente reguladas en los artículos 57 y 60 de la Ley 1626. Solo la Resolución 154 del Ministerio de Justicia y Trabajo hizo una somera mención de que la obligación que incumplí fue la establecida en el artículo 57 inciso g) de la Ley 1626, es decir observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta honesta y leal en el desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado'. En otras palabras, ha calificado mi conducta como deshonesta y desleal para con la institución. VV.EE., jamás se ha probado en el sumario que incurrí en una liberación dolosa del reo Marco Antonio Ramírez ni que haya recibido dinero o favores de aquel para que se ponga en tela de juicio mi honestidad y buen nombre. Es más, fue un hecho notorio, por haber tomado repercusión pública a través de los medios masivos de comunicación, que al día siguiente de la fuga recapturé por mis propios medios al reo Marcos Antonio Ramírez (ver publicaciones periodísticas que se adjuntan). La única prueba relevante en el sumario la constituyó mi propia declaración, en la que, de buena fe, confesé que mientras me encontraba de servicio en el Hospital de Emergencias Médicas donde fui comisionado verbalmente a vigilar al reo Marco Antonio Ramírez, quien se encontraba en cama y conectado a un drenaje en el cuerpo y con suero, se produjo su fuga mientras fui a comprar para mi almuerzo, previo aviso a la enfermería del mencionado nosocomio, siendo las 14:30 horas,

aclarando que regresé luego de ocho (8) minutos, percatándome en ese momento de lo ocurrido. VV.EE., a mí se me imputa el incumplimiento de mis obligaciones de funcionario público, pero esas obligaciones deben estar contempladas en la ley o en el reglamento interno de la institución. No hay ninguna reglamentación que regule la custodia externa de presos ni el mecanismo de control y rotación del personal de guardia que trabaja fuera de los penales. Esta falta de reglamentación da lugar a la barbarie de pretender que un guardiacárcel permanezca petrificado todo un día, sin derecho a almorzar ni oportunidad de ir siquiera al baño para hacer sus necesidades fisiológicas, so pena de ser destituido. ¡Nada más absurdo e inhumano! En un interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la sentencia del Tribunal de Cuentas Primera Sala que revocó el despido de una funcionaria municipal, se dejó sentado el precedente de que ‘la Municipalidad no puede exigir de un funcionario el cumplimiento de sus obligaciones cuando éstas no son claras dentro del mismo régimen administrativo municipal; en caso de ausencia de reglamentación, la culpa, por incumplimiento de sus tareas no puede recaer totalmente sobre la funcionarla, sino también sobre el órgano administrativo que omitió reglamentar’ (Acuerdo y Sentencia N° 164/96 Corte Suprema de Justicia). En el caso particular, sobre el Ministro de Justicia y Trabajo recaía la obligación de reglamentar las funciones y rotaciones de los guardiacárceles cuando prestan servicios fuera de la institución (art. 1o inciso b) del Decreto N° 12.402 que reorganiza la estructura del Ministerio de Justicia y Trabajo). Si ha de imputárseme alguna falta por haber abandonado momentáneamente al recluso que se hallaba bajo mi guarda para ir a comprar mi almuerzo, a lo sumo este hecho puede catalogarse como falta leve, de conformidad a lo establecido en el artículo 66 inciso b) de la Ley 1626, referida que habla de negligencia en el ejercicio de las funciones, que tiene una expectativa de pena que va desde la amonestación verbal hasta la multa, sanciones muy diferentes a las sanciones tan gravosas que me fueron aplicadas arbitrariamente. Cosa Demandada. La declaración de nulidad de la Resolución ministerial N° 511/10 por la cual se ordenó la retención de mis haberes salariales y se disponga el inmediato reembolso a mi favor de mis salarios devengados durante el lapso de mi suspensión ilegal. La declaración de nulidad y/o revocación de la Resolución N° 154/11 del Ministerio de Justicia y Trabajo y el Decreto N° 6294/11 de la Presidencia de la República por la que se ordenó mi despido, ordenando mi reintegro en mi puesto de trabajo y pago de salarios caídos y demás beneficios sociales”.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso-administrativa, con costas.

Que, en fecha 3 de febrero de 2012 se presenta el abogado Víctor Enmanuel Arriola Rojas, procurador delegado, bajo patrocinio del abogado Jorge F. Velazco Rivero, director general jurídico de la Procuraduría General de la República, a contestar la demanda. Funda la contestación de la demanda en los siguientes términos: *“En virtud a lo dispuesto por los Artículos 244 y 246 de la Constitución Nacional, en nombre y representación del Estado Paraguayo vengo a tomar intervención en los autos supra mencionados y al mismo tiempo a contestar la demanda contencioso-administrativa corrió a esta representación haciéndolo en los siguientes términos: En primer lugar, niego todos y cada uno de los extremos alegados en la demanda, con excepción de aquellas que en forma expresa se acepte como verdad en esta contestación. Que, es cierto que el accionante Sr. Víctor Hugo Insaurralde Cabrera fue funcionario del Ministerio de Justicia y Trabajo, quien se desempeñaba como guardiacárcel. Es cierto que en sede Administrativa se le ha instruido sumario por haber permitido la fuga de un recluso, como también es cierto que por Decreto N° 6294, de fecha 17 de marzo de 2011, dictado por el Poder Ejecutivo fue destituido e inhabilitado por dos años para ocupar cargos públicos. Es falso, que el Sumario Administrativo instruido al Sr. Víctor Hugo Insaurralde Cabrera posea irregularidades que pudieran ocasionar la nulidad de dicho acto administrativo, como así también la del Decreto N° 6294, de fecha 17 de marzo de 2011, dictado por el Poder Ejecutivo. El sumario administrativo, como así también las resoluciones recaídas en sede administrativa y el Decreto N° 6294, de fecha 17 de marzo de 2011, dictado por el Poder Ejecutivo se ajustan plenamente a derecho considerando que los mismos se fundamentan en el Derecho Positivo Nacional como así también en la Constitución Nacional. El Decreto N° 6294, de fecha 17 de marzo de 2011, se halla ajustado a estricto derecho, pues no se ha violentado ningún derecho constitucional, por tanto la presente acción contenciosa administrativa deviene improcedente. Dicho Decreto ha sido dictado de conformidad a lo establecido en el Artículo 238, de la Constitución Nacional, que taxativamente dispone: ‘De los deberes y de las atribuciones del Presidente de la República: Son deberes y atribuciones de quien ejerce la presidencia de la República: 6) Nombrar v remover por sí a los ministros del Poder Ejecutivo, al procurador general de la República y a los funcionarios*

de la administración pública, cuya designación y permanencia en los cargos no estén reglados de otro modo por esta constitución o por la ley:...'; dicha atribución es de rango constitucional y en el caso de autos fue dictada conforme a los fundamentos expuestos en dicho decreto supra mencionado. El actor de la demanda, alega erróneamente que ha sido condenado más de una vez por el mismo hecho, acarreando así una supuesta nulidad del sumario administrativo como así también del Decreto atacado en la presente demanda, por el cual se ha dispuesto su destitución como funcionario del Ministerio de Justicia y Trabajo, trayendo a colación la violación de preceptos constitucionales del debido proceso, sin que el mismo haya deducido algún incidente en referencia a dicha supuesta nulidad, reconociendo su competencia. En ese sentido, al haber dejado de promover el incidente correspondiente, el que era imperativo de su propio interés, consintió la prosecución del procedimiento sin reserva alguna, convalidando todo lo actuado a tenor del Artículo 114 del Código Procesal Civil que dice: 'Las nulidades quedan subsanadas: a) por hacer cumplido el acto su finalidad respecto de la parte que puede invocarla; b) por confirmación expresa o tácita del respectivo litigante, sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior. Se entenderá que media confirmación tácita cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los subsiguientes al conocimiento del acto viciado;...'. El acto de que se trata, cumplió integralmente su finalidad y el interesado participó ampliamente en su realización sin haber deducido en forma oportuna el incidente que debió hacerlo o en su caso ya en aquella oportunidad recurrir ante la Autoridad Jurisdiccional. De ese modo, quedó convalidada, firme y ejecutoriada la resolución del sumario. Así también se puede manifestar a VV.EE. que las Resoluciones N° 511, de fecha 22 de julio de 2010, N° 154, de fecha 23 de febrero de 2011 y el N° 1, de 11 de febrero de 2011, como el Decreto del Poder Ejecutivo N° 6294, del 17 de marzo de 2011, se ajustan a derecho y a la fecha se encuentran firmes y ejecutoriadas. Se puede afirmar, que es falso, que el Sr. Víctor Hugo Insaurrealde Cabrera haya sido sometido a un arbitrario e ilegítimo trato por parte de las Autoridades Administrativas. Que conforme a lo preceptuado en nuestra Carta Magna, el actor de la presente demanda tuvo el derecho a la defensa, ya que fue notificado de todas y cada una de las resoluciones desde el inicio del sumario administrativo hasta la sentencia recaída en la misma, sin que se le fuera negado el derecho a la defensa. Cabe mencionar al Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candía en su obra Derecho Administrativo, pág. 516 dice: 'El derecho a la defen-

sa del funcionario se traduce en la facultad conferida a las personas sometidas al proceso administrativo disciplinario para: 1) ser oído en el procedimiento para aceptar u oponerse a la impugnación que se alza en su contra; 2) participar durante el desarrollo del proceso ejerciendo el control para que los diferentes actos sean realizados dentro del marco de la legalidad; 3) ofrecer las pruebas favorables a sus pretensiones defensivas e impugnar las pruebas de cargo que se le oponen; 4) obtener una decisión administrativa motivada; 5) impugnar la decisión administrativa judicial. Concluyendo, se podrá apreciar en lo relativo al Sumario Administrativo instruídole al Sr. Víctor Hugo Insaurrealde Cabrera, se ha permitido a cabalidad el ejercicio pleno de su derecho a la defensa conferido por la Constitución Nacional y leyes que rigen la materia, deviniendo la improcedencia de la presente acción de nulidad de los actos administrativos, ya que no se halla afectado el Orden Jurídico, ni trasgresión a normas algunas, que conlleve la nulidad del pronunciamiento, tanto de las Resoluciones N° 511, de fecha 22 de julio de 2010, N° 154, de fecha 23 de febrero de 2011 y el N° 1, de 11 de febrero de 2011, como la del Decreto del Poder Ejecutivo N° 6294, del 17 de marzo de 2011, por lo que es obvio reconocer sin temor a equívocos que la acción de nulidad de acto administrativo deducida no se ajusta a derecho por lo que debe ser rechazada por su total improcedencia. Por otra parte, V.V.EE., cabe resaltar que el Sr. Víctor Hugo Insaurrealde Cabrera, conforme consta en su legajo, no es el primer sumario administrativo al cual haya enfrentado el recurrente. En el año 2002, se lo instruye sumario administrativo referente a FUGA DE INTERNOS, en el año 2004, se le instruyó el segundo sumario administrativo referente a FUGA DE INTERNOS, se le instruye el tercer sumario administrativo referente a IRREGULARIDADES EN EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES. Y el cuarto y último sumario administrativo en el año 2010. Es claro y contundente que el Sr. Víctor Hugo Insaurrealde Cabrera no se desempeñó correctamente en sus funciones, por lo que en el improbable caso que el Excmo. Tribunal de Cuentas Primera Sala, haga lugar a la presente demanda, estarían premiando a un funcionario ineficiente, claramente demostrado”.

Termina solicitando, que previo los tramites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que a fojas 324 vlto. de autos, consta la providencia de fecha 15 de febrero del 2012, donde se declara la competencia del Tribunal para entender en el

presente juicio y existiendo hechos que probar, recibir la causa a prueba por todo el término de ley.

Que, a fojas 499 de autos, consta el informe del Actuario, de fecha 22 de junio de 2.012, donde el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, llama AUTOS PARA SENTENCIA.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBAR, prosiguió diciendo:

ANALIZADAS las constancias de autos, escrito de demanda, contestación y los antecedentes administrativos agregados a los autos corresponde entrar a examinar el fondo de la cuestión y resolverlo según lo alegado y probado, conforme fundamentos que siguen:

Que, haciendo un estudio de fondo de la cuestión planteada en autos, tenemos que el Sr. VÍCTOR H. INSAURRALDE CABRERA, cumplía funciones como Guardia cárcel en la Penitenciaría Nacional de Tacumbú, dependiente del Ministerio de Justicia y Trabajo.

Que, por resolución N° 511 de fecha 22 de Julio de 2010, dictada por el Ministerio de Justicia y Trabajo, se dispone la instrucción de sumario administrativo contra el funcionario citado por la comisión de faltas graves en el cumplimiento de sus funciones, sancionadas por la Ley 1.626/00 de la Función Pública.

Que, de esta manera por A.I. N° 1 de fecha 26 de noviembre de 2010, se inicia el sumario administrativo, corriéndose el correspondiente traslado del mismo al afectado para que pueda ejercer su defensa.

Que, por Resolución N° 1 de fecha 11 de febrero de 2011, dictada por el Juez instructor en el Sumario Administrativo se resolvió entre otras cosas, cuanto sigue: “ART. 1º. DAR POR CONCLUIDAS las diligencias del presente Sumario...”, y en su ART. 2º: “CALIFICAR la conducta del funcionario VÍCTOR HUGO INSAURRALDE CABRERA como falta grave tipificada en el Art. 68, inc. e) de la Ley N° 1.626/200 ‘DE LA FUNCIÓN PÚBLICA’”.

Que, por Decreto N° 6.294 de fecha 17 de marzo de 2011, dictado por el Poder Ejecutivo se resolvió: “Destitúyese al señor Víctor Hugo Insaurrealde Cabrera, con cédula de identidad civil número 2.325.185, funcionario del Ministerio de Justicia y Trabajo, con inhabilitación para ocupar cargos públicos por el término de dos (2) años, de conformidad a lo estatuido por el Art. 69, Inciso c) de la Ley N°1.626/00 «De la Función Pública”.

Que, partiendo del análisis previo en lo que respecta al sumario administrativo llevado a cabo al hoy accionante, es necesario destacar que el mismo fue realizado respetando los marcos procesales como así también las garantías en favor del administrado, y esto es así, puesto que el mismo ha ejercido su defensa en el proceso, incluso prestando declaración, como así también se han respetado los plazos procesales establecidos para la conclusión del mismo, es decir dentro de los (60) sesenta días hábiles, teniendo en cuenta que el mismo se inicia en fecha 26 de noviembre del 2010, y culmina en fecha 11 de febrero de 2011. Resulta oportuno en este punto, traer a colación lo establecido por el Art. 76 de la Ley N° 1.626/00 “DE LA FUNCION PUBLICA”, que reza cuanto sigue: “...*El sumario concluirá con la resolución definitiva dentro de los sesenta días hábiles de su inicio. Las excepciones y los incidentes presentados durante el proceso sumarial, serán resueltos al momento de dictarse la resolución definitiva...*”.

Que, así también, es oportuno mencionar el motivo por el cual se ordenó la instrucción del Sumario Administrativo, el cual obedece a la investigación realizada para esclarecer la responsabilidad del hoy accionante, en la fuga de un reo perteneciente a la penitenciaría de Tacumbú, ínterin en que el mismo se encontraba de servicio en el Hospital de Emergencias Médicas, y habiendo sido comisionado para la vigilancia del reo en cuestión, la fuga se produce ínterin en que el mismo (según declaración obrante en autos) se ausentó para almorzar. Es de vital importancia mencionar este punto, para de esta forma poder dilucidar mejor la gravedad de la falta cometida por el hoy accionante, que fue lo que derivó en la posterior sanción por parte del órgano administrativo.

Que, continuando con el esbozo del párrafo anterior, es importante mencionar que el actor en su argumentación de la demanda planteada sostiene también el hecho de que en el sumario administrativo se dieron irregularidades como el hecho de que el mismo haya sido suspendido sin goce de sueldo hasta tanto se sustancie el sumario.

Que, al respecto cabe decir que, en reiterada jurisprudencia ha sido ya establecido que los vicios procesales que pudieron haberse dado en la instancia administrativa debieron haberse impugnado con el respectivo incidente de nulidad en dicha instancia. No habiéndolo hecho así, los vicios procesales –aún de haber existido– han sido consentidos al haber precluido la etapa y oportunidad procesal para reclamarlos, en todo caso la parte actora debió, si se considera agraviada, de haber producido prueba suficiente durante el periodo de prueba

del presente proceso, que le permita deslindar responsabilidades, lo cual no ocurrió en nuestro caso. Por otro lado, cabe destacar que el Sumario Administrativo no es objeto de la presente de la presente demanda, ya que lo que realmente se impugna es la Resolución N° 6.294 del 17/MAR/11, por la cual se resuelve la destitución e inhabilitación del funcionario en cuestión, por lo que mal se podría resolver sobre una cuestión que no es objeto de la presente acción contencioso-administrativa. Por consiguiente, y al no advertirse otros vicios o defectos de forma que autoricen a declarar la nulidad de la resolución recurrida, corresponde rechazar este argumento esgrimido por el accionante.

Que, entrando a análisis de la resolución impugnada, es relevante mencionar a la Ley N° 1.626/00, De la Función Pública, vigente al momento en que se emitió el acto administrativo cuestionado, que en su artículo 57, De las obligaciones de los funcionarios públicos y de las prohibiciones, establecen en sus incisos g) “...que son obligaciones del Funcionario Público, observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta honesta y leal en el desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado...”. Por su parte el artículo 68, al referirse a las Faltas Graves, establece cuales serán consideradas faltas graves, y reza en su incisos: “...d) la reiteración o reincidencia en las faltas leves. Inciso e) incumplimiento de las obligaciones o transgresión de las prohibiciones establecidas en la presente ley. Y el inciso h) malversación, distracción, retención o desvío de bienes públicos y la comisión de los hechos punibles tipificados en el Código Penal contra el Estado y contra las funciones del Estado...”. Y en relación a la sanción aplicable a las faltas graves, el art. 69 de la misma Ley, en su inciso c) expresa que serán: “...*destitución o despido, con inhabilitación para ocupar cargos públicos por dos a cinco años...*”. (Lo subrayado es mío). Lo dispuesto por las normas citadas ut supra, son aplicables al caso en particular, teniendo en cuenta que el funcionario Víctor H. Insaurrealde fue sancionado por no haber cumplido debidamente con sus obligaciones laborales, y las posteriores sanciones derivaron de la investigación y realización del correspondiente sumario administrativo, como así también, la pena establecida para este tipo de faltas se encuentran dentro del marco legal, es decir corresponde la aplicación de las sanciones cuestionadas por parte del órgano competente.

Que, en relación a la competencia del órgano administrativo en cuestión, es importante mencionar que el mismo ha obrado dentro del ejercicio de sus facul-

tades regladas, como así también dentro de las facultades discrecionales, como lo es la fijación del tiempo de duración de la suspensión para ocupar cargos públicos, teniendo en cuenta el límite impuesto por la norma, el cual establece un plazo de dos a cinco años como tope para dicha sanción.

Que, consecuentemente, podemos concluir que sin temor a equívocos que la Resolución impugnada carece de vicios que la tornen anulable, ya que se han respetado los Principios de Defensa en Juicio, Legalidad y Debido Proceso, como así también, fue dictada por el órgano competente, conforme a la legislación vigente en la materia.

Que, en consecuencia por los fundamentos precedentemente expresados, en virtud de todo lo hasta aquí señalado, soy del criterio que corresponde RECHAZAR la presente acción contencioso-administrativa, por no ajustarse a derecho, debiendo confirmar el acto administrativo impugnado, por ser absolutamente regular y ajustado a derecho.

POR TANTO, VOTO POR LA POSITIVA DE LA CUESTIÓN, y, en consecuencia, para que este Tribunal proceda NO HACER LUGAR, a la presente demanda contencioso-administrativa, deducida por el funcionario VÍCTOR H. INSAURRALDE CABRERA; CONFIRMAR el Decreto N° 6.294 de fecha 17 de marzo de 2011, dictada por el Poder Ejecutivo, conforme a los fundamentos desarrollados en este Acuerdo. En relación a las costas, en virtud de la teoría objetiva del riesgo asumido, las mismas quedarán a cargo de la parte perdedora, y de conformidad con la norma contenida en el Artículo 192 del C.P.C. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LOS EXCELENTÍSIMOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, MARTÍN AVALOS VALDEZ Y MARIO MAIDANA GRIFFITH, manifiestan adherirse al voto del Miembro Preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excelentísimos Señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mí el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediately sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1. NO HACER LUGAR a la presente acción contencioso-administrativa planteada en los autos caratulados: “Víctor H. Insaurrealde Cabrera C/ Decreto

Presidencial N° 6.294 del 17 de marzo de 2011, dictada por el Poder Ejecutivo”, de conformidad y con los alcances contenidos en el exordio de la presente resolución.

2. CONFIRMAR, la Resolución DPNC N° 6.294, DEL 17/MAR/11, dictada por el Poder Ejecutivo.

3. IMPONER las costas a la perdidosa.

4. NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rodrigo Escobar, Mario Ygnacio Maidana Griffith, Martín Avalos

Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 76

Cuestión debatida: *Se analiza la posibilidad de confusión de marcas. Para el mencionado análisis resulta importante tener en cuenta que al Juzgador le corresponde valorar el grado de semejanza que se produce entre los diferentes signos, así como si los productos o servicios son similares o están relacionados. En esta labor, es necesario aplicar al caso concreto, criterios de experiencia que le permitirán apreciar si se puede producir en el consumidor el error de que está adquiriendo algo que no está amparado por la marca que desea, o asociado con ella. A diferencia de la identidad, que es apreciable a simple vista, los conceptos de semejanza, similitud o relación son indeterminados, y requieren en el juzgador una actividad dirigida a dar claridad al ámbito de incertidumbre del concepto.*

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

Para que se produzca la prohibición general de acceso al Registro de una marca, la concurrencia de las siguientes circunstancias resulta indispensable: a) que exista identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca o nombre comercial anteriormente solicitado o registrado, y b) que tenga por finalidad designar productos o servicios idénticos o similares a los que ampara la marca precedente, o guarden relación con la actividad amparada por el nombre comercial ya registrado o solicitado.

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

Todo lo expuesto precedentemente forma nuestra convicción al respecto de que el registro de la marca “ANUA”, para cubrir productos de la Clase 3 (solicitada) no afectará de ninguna manera a las marcas registradas: “Anew”, Anew Alternative, Anew Retro-Age Crema Anti Edad, Anew Ultimate, Anew Clinical Y Avon Anew”, tanto en la clase 3 como en la 5 de la firma oponente (Avon Products INC), pues la marca cuyo registro se solicita reúne los requisitos de novedad y especialidad exigidos para su registro, por tanto podrán coexistir pacíficamente en nuestro mercado, sin posibilidad de confusión alguna en la mente del público consumidor de dicho productos, además no se dan las causales de irregistrabilidad prevista por el Art. 2º de la Ley N° 1294/98 De Marcas, por tanto Voto en sentido desfavorable al recurrente, o sea por no hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa, debiendo en consecuencia confirmar las resoluciones recurridas en autos.

COSTAS. Costas al vencido.

En cuanto a las costas soy de opinión que en virtud de la teoría del riesgo objetivo asumido en el evento, las mismas sean impuestas a la parte perdedora, de conformidad con las normas contenidas en el Art. 192 del C.P.C.

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. Marca extranjera.

Es importante destacar que la marca que solicita el registro en nuestro país, se encuentra registrada en otros países, como ser Perú, Colombia y Ecuador, según consta en autos (fs. 62 de autos), por lo cual la hace susceptible de la correspondiente garantía y protección de sus derechos adquiridos, amparados en lo que establece el Convenio de París, el cual fue ratificado por nuestro país. Siguiendo con el punto en cuestión, es destacable lo establecido en el Art.2 del mencionado Convenio, en lo relativo al trato a los nacionales de los países de la Unión, que reza cuanto sigue: “...Los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozaran en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de a propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o n el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente convenio. En consecuencia, aquellos tendrán la misma protección que estas y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales”.

T. de Ctas. Primera Sala. 13/06/13. “Avon Products Inc. C/ Res. N° 63 del 26 de febrero del 2010 y Res. N° 122 del 18 de mayo 2011, dictadas por la Sría. de Asuntos Litigiosos y la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 76)

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de la ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: MARTÍN AVALOS VALDEZ, RODRIGO A. ESCOBAR E., Y MARIO MAIDANA GRIFFITH.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, A. MARTÍN AVALOS VALDEZ, DIJO: Que, en fecha 08 de junio de 2011 (fs. 12/24 de autos) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, el Sr. HUGO T. BERKEMEYER, en nombre y representación de AVON PRODUCTS INC., a instaurar demanda contencioso-administrativa contra la Resolución N° 63 DEL 26 DE FEBRERO DEL 2010 Y RES. N° 122 DEL 18 DE MAYO 2011, DICTADAS POR LA SRÍA. DE ASUNTOS LITIGIOSOS Y LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. Funda la demanda en los siguientes términos: “HUGO T. BERKEMEYER, en nombre y representación AVON PRODUCTS INC. con domicilio real en 1345 Avenue of the Americas, New York, New York 10105, Estados Unidos conforme lo acredito con el poder que se adjunta y constituyendo domicilio procesal en la casa de la calle Benjamín Constant N° 835 c/ Ayolas, Edificio Jacarandá, 8° piso, ante V.H. Tribunal me presento y respetuosamente digo: QUE, vengo por el presente escrito a promover demanda contencioso-administrativa contra la Resolución N° 63 de fecha 26 de febrero de 2010 dictada por la Secretaría de Asuntos Litigiosos y la Resolución N° 122 de fecha 18 de mayo de 2011 dictada por el director de la Propiedad Industrial, conforme a las consideraciones de derecho que seguidamente paso a exponer: HECHOS: En fecha 7 de julio de 2008 según Acta N° 24218, la firma ALICORP S.A. solicitó a su nombre el registro de la marca “ANUA” para distinguir productos de la clase 3. Mi principal se presenta a promover oposición contra dicha solicitud. La oposición se fundó en el hecho de que mi principal es la propietaria en nuestro país de la marca “ANEW” así como en numerosos países extranjeros. En el Paraguay: ANEW ALTERNATIVE Reg N° 294.164 de fecha 07/111/2006 para la

JURISPRUDENCIA

clase 3; ANEW RETRO-AGE CREMAANTI-EDAD Reg N° 251.679 de fecha 14/11/2002 para la clase 3; ANEW ULTIMATE Reg N° 246.449 de fecha 7/05/2002 para la clase 3; ANEW CLINICAL Reg N° 264.610 de fecha 15/12/2003 para la clase 3; AVON ANEW Reg N° 212.430 de fecha 7/04/1999 para la clase 3; ANEW DAY FORCE Reg N° 251.933 de fecha 19/11/2002 para la clase 3; ANEW EYE FORCE Reg N° 251.932 de fecha 19/11/2002 para la clase 3; ANEW REJUVENATE Reg N° 316.227 de fecha 11/09/2008 para la clase 3; ANEW SOLUTION Reg N° 240.363 de fecha 17/10/2001 para la clase 3; ANEW ULTIMATE FUSION COMPLEX Reg N° 256.375 de fecha 21/04/2003 para la clase 3.

Y en el extranjero:

MARCA	PAÍS	REGISTRO		CLASE F E -
CHA				
ANEW	Argentina	1964303	3	16/12/2003
ANEW	Australia	841934	3,5	01/06/2004
ANEW PURE 02	Benelux	821064	3	13/10/2003
ANEW	Bolivia	97859-C	5	18/01/2005
AVON ANEW	Brasil	817090541	3	11/03/1997
ANEW	Chile	698347	5	20/07/2004
ANEW	China	841934	3,5	01/06/2004
ANEW	Costa Rica	284751	5	30/06/2004
ANEW	Marca Comunitaria	3531051	3,5	27/01/2005
ANEW	Ecuador	28940	5	18/02/2004
ANEW PURE 02	Francia	821064	3	13/10/2003
ANEW	Alemania	30408159	5	06/05/2004
ANEW CLINICAL	Japón	836630	3	06/10/2004
ANEW	México	818249	5	22/01/2004
ANEW	Nueva Zelanda	218272	3	15/05/1992
ANEW	Noruega	841934	3,5	01/06/2004
ANEW	Panamá	68512	3	05/04/1995
AVON NEW	Sudáfrica	97/19451	3	15/12/1997
ANEW	Suiza	841934	3,5	01/06/2004
ANEW	Taiwán	675516	3	01/04/1995

AVON ANEW	Tailandia	TM15452	3	13/10/1992
ANEW	Reino Unido	2350750	3,5	04/12/2003
AVON NEW	Reino Unido	1526155	3	05/02/1993
ANEW	EE.UU.	1982608	3	25/06/1996

En la etapa probatoria serán presentadas las copias de los registros mencionados adjuntas a una declaración jurada de un representante de AVON PRODUCTS INC. Asimismo, presentaremos el catálogo que presenta los productos AVON. La marca ANEW de AVON PRODUCTS INC es una marca famosa y notoria para productos de belleza, como ser cremas anti arrugas, tanto en nuestro país como en el extranjero. Tan sólo bastaría preguntar a alguna persona del sexo femenino si conoce las cremas de ANEW DE AVON. El jefe de la Secretaría de Asuntos Litigiosos, competente para resolver las oposiciones, dicta en fecha 26 de febrero de 2010 la Resolución N° 63 por la cual resuelve declarar improcedente y no hacer lugar a la acción deducida por mi principal, disponiendo la prosecución de la solicitud de registro de la marca “ANUA”, acta N° 2418/2008, en la clase 3. Mi parte apela la resolución del jefe de Asuntos Litigiosos y en fecha 18 de mayo de 2011 el director de la Propiedad Industrial dicta la Resolución N° 122, la que confirma la resolución del jefe. Resolución N° 63 de fecha 26 de febrero de 2010 dictada por el jefe de la Secretaría de Asuntos Litigiosos. En el considerando de la Resolución N° 63 el jefe de la Secretaría de Asuntos Litigiosos manifiesta: *“que con relación a la oposición deducida corresponde hacer una comparación de ambas marcas en su conjunto y analizando las constancias obrantes en el expediente, se desprende que dichas marcas, bien es cierto que ambas empiezan con las letras “A-N”, no es menos cierto que las demás letras son disímiles, “UA”Ñ “EW”, y analizando en su conjunto nos damos cuenta de que poseen notorias diferencias en el plano fonético y visual como podemos apreciar ANUA (solicitada) y ANEW (registrada). Al hacer una pronunciación una seguida de la otra nos damos cuenta que suenan bastante distintas”*. El Jefe admite que existen coincidencias, pero las minimiza. No puede afirmarse que ANEW y ANUA son levemente parecidas. Además el jefe ha errado el método de análisis, ya que, debe procederse a un análisis del CONJUNTO, y no de las partes que forman una marca. Al realizar el cotejo se puede observar la posibilidad de confusión ente entre las marcas en pugna. Así tenemos: ANEW - ANUA -ANEW - ANUA - ANEW - ANUA - ANEW - ANUA. La marca ANEW de AVON

PRODUCTS INC. es una marca de origen norteamericana, que se vende en catálogos que circulan entre amas de casas, y trabajadoras de oficinas. Fonéticamente se lee ANU, por lo que fonéticamente son casi idénticas (ANU-ANUA). El jefe no ha tenido en cuenta la protección especial que cuentan las marcas famosas a nivel nacional e internacional. Ha realizado el análisis equivocado, concluyendo que poseen notorias diferencias. Agrega el jefe: *“Que, de las pro-
banzas de autos queda comprobado que entre ambas marcas en pugna, existen
suficientes diferencias como para causar alguna posibilidad de confusión o aso-
ciación, por lo que esta Secretaría no encuentra fundamentos que puedan impe-
dir el registro de la presente solicitud”*. Nada más alejado de la realidad. Es en la visión de conjunto en que las marcas son confundibles. El solicitante no mostró novedad y originalidad al solicitar su marca, ya que la misma está compuesta por la mínima modificación de la marca base, careciendo de los requisitos indispensables para el registro de marcas nuevas requeridas por nuestra ley. La simple sustitución de las letras “EW” por “UA” resulta una modificación irrelevante en el contexto de la evidente similitud de las denominaciones en pugna. No resulta producto de la casualidad que el solicitante haya presentado una marca tan parecida a la de mi mandante, siendo ésta una marca famosa y notoria. Se trata de un intento de apropiación del reconocimiento que ha alcanzado mi mandante como fruto de esfuerzos monetarios enormes. Al realizar el cotejo entre ambas marcas podemos ver que las marcas son confundibles tanto desde el punto de vista fonético como visual y la posibilidad de confusión es evidente. Los fonemas son idénticos, y al pronunciar las marcas se denota la similitud existente entre las mismas. Más aún cuando el público ya tiene impresa en su memoria la marca de mi mandante “ANEW”, resultando asociable fonética, gráfica e ideológicamente con la denominación solicitada “ANUA”, lo cual llevará a cometer el error de adquirir un PRODUCTO por otro, y, en el mejor de los casos, considerar que la última es una marca de mi mandante (confusión directa e indirecta). La marca solicitada se halla incurso en una prohibición del art. 2º de la Ley N° 1294/98, correspondiendo el rechazo de dicha solicitud. El art. 2º estatuye en su inc. f) que no podrán registrarse como marcas: *“... los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación con esa marca;...”*. Por último quisiera manifestar que el jefe por

Resolución N° 64 fecha 26 de febrero de 2010 no ha siquiera considerado la fama y notoriedad de la marca ANEW en nuestro país y en el mundo entero. Que, el Convenio de París en su art. 6 –al cual nuestro país está adherido– garantiza que una marca regularmente registrada en su país de origen será protegida tal cual es en los demás países de la Unión estableciendo en el citado artículo 6 Bis: *“Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio, que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio...”*. Y con relación a la protección el Artículo 10 Bis del mencionado Convenio establece además que: *“Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal”, “Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial y en particular cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor”*. La arca ANEW es una marca famosa en el mercado de productos de belleza, por sus excelentes productos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia otorgan una protección especial a las marcas que reúnen los caracteres de fama y notoriedad como lo hace la marca de mi representada, y a la hora de realizarse el cotejo, éste debe ser realizado con un criterio riguroso y estricto, a los efectos de evitar el aprovechamiento de su reputación y del prestigio ajeno, hacer prevalecer la lealtad y buena fe comercial y proteger los intereses del público consumidor (Jorge Otamendi, Derecho de Marcas, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008). Las marcas que han adquirido gran notoriedad y prestigio poseen un GRAN VALOR que las hace objeto de un daño desleal y explotación por parte de terceros. Explotación que va más allá de su uso en productos o servicios idénticos o similares. Bajo la presencia de determinados requisitos, se acepta en estos casos que el principio de especialidad deje de aplicarse. La marca famosa o renombrada debe ser protegida para evitar que su fuerza distintiva y potencia publicitaria sea diluida. El fundamento de la protección de marcas renombradas está en la protección de su reputación, por ello se debe evitar que se produzca el aprovechamien-

to de esa reputación por un tercero o bien la dilución del signo afamado por el uso espurio, en productos relacionados con los que distinguen la marca renombrada. (Gabriel Martínez Medrano y Gabriela Soucasse, “Derecho de Marcas”, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2000). Nada de esto parece haber considerado el jefe al dictar la Resolución N° 64 de fecha 26 de febrero de 2010. Resolución N° 122 de fecha 13 de julio de 2009, dictada por el director de la Propiedad Industrial. El Director de la Propiedad Industrial no ha analizado ni confrontado las marcas en pugna, se ha limitado a expresar que comparte el criterio del A-quo, sosteniendo: *“Que corresponde confirmar la resolución apelada, ya que entre las marcas en litigio no existen posibilidades de confusión porque, si bien las mismas comparten las dos primeras letras “A” Y “N” es notoria la diferencia cuando las denominaciones se juntan con las demás letras...”*. La resolución dictada por el director carece de fundamentos, primero, porque pretende desconocer la similitud existente entre las marcas en pugna, y segundo, por no haber hecho un análisis profundo de las marcas en cuestión. El director de la Propiedad Industrial ha utilizado el método equivocado, al momento de realizar la comparación entre las denominaciones en pugna, ya que las marcas en conflicto deben ser analizadas en su conjunto, y no una por una las letras que la forman, y afirmar que por el solo hecho de contar con dos letras distintas, las denominaciones en pugna podrán coexistir. De concederse el registro de la marca ANUA y etiqueta a nombre de la adversa, se producirá la pérdida de la capacidad distintiva de las marcas ANEW de mi mandante, lo que significa que al poder ser usada una denominación similar a la marca legítima, ésta irá perdiendo su distintividad, el reconocimiento que el público hace de los productos ofrecidos asociándolos con otro de distinta calidad y procedencia. Esto es precisamente lo que la legislación marcaría pretende evitar. A todo esto se agrega el hecho de que la solicitud fue depositada para productos de la misma clase 3. Esto causará un grave perjuicio a los intereses de mi mandante, donde una marca muy y confundible se utilizará para los mismos productos. Por los motivos precedentemente expuestos y que han sido marginados al momento de dictarse la resolución recurrida, a más de los expuestos en los escritos de oposición y expresión de agravios, obrantes en los antecedentes administrativos, el Excmo. Tribunal de Cuentas 1ª Sala de turno, debe hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa deducida por la firma AVON PRODUCTS INC contra la Resolución N° 63 de fecha 26 de febrero de 2010 dictada por la Secretaría de Asuntos

Litigiosos y la Resolución N° 122 de fecha 18 de mayo de 2011 dictada por el director de la Propiedad Industrial, por carecer sus fundamentos de consistencia jurídica y por la incorrecta e inadecuada aplicación del criterio de confundibilidad. DERECHO. Fundo la presente demanda en la Ley de Marcas 1294/98, el Convenio de París, en las doctrinas y jurisprudencias aplicables al caso”.

Termina solicitando que, previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso-administrativa, con costas.

Que, en fecha 16 de agosto de 2011 (fs. 112 a 115 de autos) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, ELPIDIAROJAS DE DELGADO y RAMÓN RODRÍGUEZ en representación del Ministerio de Industria y Comercio en carácter de Apoderado y Procurador, a contestar la presente demanda contencioso-administrativa. Funda la contestación en los siguientes términos: “Que, el litigio se plantea cuando la Firma ALICORP S.A., solicita el Registro de la Marca: “ANUA” para cubrir todos los productos de la Clase (03) y ante esta solicitud la firma AVON PRODUCTS INC., plantea oposición en base al registro de su marca.” ANEW, registrada en varios países extranjeros y en nuestro país están registradas las siguientes marcas: “ANEW ALTERNATIVE”, “ANEW ULTIMATE”, “ANEW CLINICAL”, “AVON ANEW”, “ANEW DAY FORCE”, “ANEW EYE FORCE”, todas en la Clase (03). DERECHOS: Que, esta representación niega y rechaza cada uno de los términos esgrimidos por la adversa en su escrito de demanda, salvo aquellas que sean expresamente reconocidas por nuestra parte para afirmar que, analizadas las constancias de autos se advierten que entre las marcas en pugna efectivamente existen elementos fonéticos y visuales muy diferentes, por tanto fácilmente pueden coexistir pacíficamente en el Mercado local. Que con relación a las pretensiones del actor corresponde hacer una comparación de las marcas en su conjunto y analizando las constancias de los antecedentes administrativos obrante en autos se desprende que dichas marcas que si bien es cierto que ambas empiezan con las letras: “A y N”, no es menos cierto que las demás letras son disímiles: “UA y EW “ y cotejando en su conjunto nos damos cuenta de que poseen notorias diferencias en el plano gráfico, ortográfico, fonético y visual. Que la presente contestación tiene su base en que la Solicitud de Registro de la Marca “ANUA” para la Clase (03), no está incurso dentro de las prohibiciones establecidas en el Art. 20 de la Ley N° 1294/98, De Marcas, porque del análisis se desprende que las marcas enfrentadas son lo suficiente-

mente distintas una de la otra, por lo que petitionamos a este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, confirmar las Resoluciones hoy cuestionadas por el actor porque las mismas están ajustadas a derecho. Que debemos tener presente que entre las marcas en litigio no existe ninguna similitud en cuanto a las pronunciaciones, ya que las mismas tienen fonéticas diferentes, así mismo en las desinencias no se distingue ninguna semejanza en el aspecto fonético ni gramatical, lo cual permite su pacífica coexistencia. CONCLUSIÓN: Que entre las marcas en litigio podemos determinar de que la Marca Solicitada “ANUA”, en la Clase (03), reúne los requisitos exigidos por la Ley de Marcas, cual es la Novedad y Especialidad y, por lo tanto, no habrá confusión entre el público consumidor por las notorias en el momento de adquirir el producto en los locales de venta. Por último y para no alargar este escrito y no ser reiterativo, nos remitimos íntegramente a las Antecedentes Administrativos obrantes en autos en donde se encuentra la verdad objetiva”.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso-administrativa con costas.

Que, a fs. 117 de autos obra el A.I. N° 763 de fecha 31 de agosto de 2011, por el cual se resolvió declarar la competencia del Tribunal para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar se recibió la causa a prueba por todo el término de ley.

Que, por providencia de fecha 16 de diciembre de 2011, obrante a fs. 207 de autos, se llamó *Autos para Sentencia*.

Y EL MIEMBRO MAGISTRADO MARTÍN AVALOS VALDEZ PROSIGUIÓ DICHIENDO:

Que, corresponde el análisis sobre el fondo de la cuestión, referente a la oposición planteada en autos, la cual tuvo lugar a consecuencia de la solicitud de registro de la marca “ANUA” DE LA FIRMA ALICORP S.A., a la cual se le opone la firma AVON PRODUCTS INC., en atención al registro de su marca en la clase 5 “ANEW”, para el mencionado análisis resulta importante tener en cuenta que al juzgador le corresponde valorar el grado de semejanza que se produce entre los diferentes signos, así como si los productos o servicios son similares o están relacionados. En esta labor es necesario aplicar al caso concreto, criterios de experiencia que le permitirán apreciar si se puede producir en el consumidor el error de que está adquiriendo algo que no está amparado por la

marca que desea, o asociado con ella. A diferencia de la identidad, que es apreciable a simple vista, los conceptos de semejanza, similitud o relación son indeterminados, y requieren en el juzgador una actividad dirigida a dar claridad al ámbito de incertidumbre del concepto.

Que, para que se produzca la prohibición general de acceso al Registro de una marca, la concurrencia de las siguientes circunstancias resulta indispensable: a) que exista identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca o nombre comercial anteriormente solicitado o registrado, y b) que tenga por finalidad designar productos o servicios idénticos o similares a los que ampara la marca precedente, o guarden relación con la actividad amparada por el nombre comercial ya registrado o solicitado.

Que, a fin de poder determinar la existencia o no de confundibilidad entre la marca cuyo registro se solicita “ANUA”, para cubrir productos de la Clase 3 de la firma ALICORP S.A. y la marca registrada “ANEW”, para la CLASE 5, se deben aplicar los criterios usuales de cotejo.

Que, la Ley N° 1294/98, De Marcas en su Art. 7°, establece claramente: *“El registro de una marca se concederá para una sola clase de la nomenclatura oficial. Para registrar una marca en varias clases se requiere una solicitud independiente para cada una de ellas”*.

Que, podemos constatar en primer lugar que la marca solicitada “ANUA” es para cubrir productos de la clase 3, en cambio la marca oponente, se encuentra registrada en la clase 5, es importante mencionar que la clase 3 comprende productos tales como: *“preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada, preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar, jabones, perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello y dentífricos”* y la clase 5 comprende: *“productos farmacéuticos y veterinarios, productos higiénicos para la medicina, sustancias dietéticas para uso médico, alimentos para bebés, emplastos, material para apósito, material para empastar los dientes y para moldes dentales, desinfectantes, productos para la destrucción de animales dañinos, fungicidas y herbicidas”*, asimismo se verifica que la firma oponente tiene registrada en nuestro país numerosas marcas en la clase 3 tales como: “Anew Alternative, Anew Retro-Age Crema Anti Edad, Anew Ultimate, Anew Clinical Y Avon Anew”, atendiendo a lo precedentemente expuesto y al realizar un análisis en forma separada como en conjunto de las marcas en pugna, tanto de las registradas en la misma clase y la registrada en la clase 5 de la firma

oponente, podemos comprobar que lo único en común entre ambos términos son las dos primeras letras, pues las letras que componen el final del mismo “ua” y “ew”, son gráfica y fonéticamente diferentes, es por ello que al realizar la comparación en conjunto de las mismas “ANUA” y “ANEW” resultan absolutamente diferentes, y si comparamos la marca solicitada para la clase 3 con la registrada en la misma clase de la firma oponente, se puede notar que las marcas registradas de la firma oponente son marcas mixtas tales como: “ANEW ALTERNATIVE, ANEW RETRO-AGE CREMA ANTI EDAD, ANEW ULTIMATE, ANEW CLINICAL y AVON ANEW”, por todo ello podemos sostener con claridad que entre la marca solicitada y la registrada no existen semejanzas gráficas, ortográficas ni fonéticas, que puedan inducir o causar algún tipo de confusión en la mente del público consumidor.

Que, todo lo expuesto precedentemente forma nuestra convicción al respecto de que el registro de la marca “ANUA”, para cubrir productos de la Clase 3 (solicitada) no afectará de ninguna manera a las marcas registradas: “ANEW, ANEW ALTERNATIVE, ANEW RETRO-AGE CREMA ANTI EDAD, ANEW ULTIMATE, ANEW CLINICAL y AVON ANEW”, tanto en la clase 3 como en la 5 de la firma oponente (AVON PRODUCTS INC), pues la marca cuyo registro se solicita reúne los requisitos de novedad y especialidad exigidos para su registro, por tanto, podrán coexistir pacíficamente en nuestro mercado, sin posibilidad de confusión alguna en la mente del público consumidor de dicho productos, además no se dan las causales de irregistrabilidad prevista por el Art. 2º de la Ley N° 1294/98, De Marcas, por tanto *Voto* en sentido desfavorable al recurrente o sea por no hacer lugar a la presente demanda contenciosa administrativa, debiendo en consecuencia confirmar las resoluciones recurridas en autos.

QUE, en cuanto a las costas soy de opinión que en virtud de la teoría del riesgo objetivo asumido en el evento, las mismas sean impuestas a la parte perdedora, de conformidad con las normas contenidas en el Art. 192 del C.P.C. Es mi voto.

OPINIÓN DEL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBAR: QUE, se ADHIERE al voto formulado por el colega Conjuez preopinante, el Dr. A. MARTÍN AVALOS VALDEZ, con las siguientes manifestaciones:

Que, coincido con las argumentaciones esbozadas por mi colega conjuez, en el sentido de que no existe similitud gráfica, fonética, y visual, entre las marcas

en pugna, que hagan posible la confusión en el consumidor a la hora de optar por un producto; sin embargo, otro punto al cual me parece importante hacer referencia, es la situación de que la marca solicitada posee una etiqueta, lo cual la distingue íntegramente de la marca oponente, otorgándole originalidad y novedad, siendo estos últimos los requisitos indispensables para el otorgamiento del registro de una marca. Como elementos de valoración, se tiene en cuenta que el consumidor percibe la marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detienen a examinar; y que el nivel de atención pueda variar en función a la categoría de los productos contemplada.

Que, por otro lado, es importante destacar que la marca que solicita el registro en nuestro país, se encuentra registrada en otros países como ser PERÚ, COLOMBIA y ECUADOR, según consta en autos (fs. 62 de autos), por lo cual la hace susceptible de la correspondiente garantía y protección de sus derechos adquiridos, amparados en lo que establece el Convenio de París, el cual fue ratificado por nuestro país. Siguiendo con el punto en cuestión, es destacable lo establecido en el Art. 2 del mencionado Convenio, en lo relativo al trato a los nacionales de los países de la Unión, que reza cuanto sigue: *“...Los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de a propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o n el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente convenio. En consecuencia, aquellos tendrán la misma protección que estas y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales...”*.

A SU TURNO EL MIEMBRO MAGISTRADO MARIO MAIDANA GRIFFITH DIJO: Que se adhiere al voto del miembro preopinante por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas Primera Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1. NO HACER LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, deducida por el Abog. Hugo T. Berkemeyer, en nombre de

la firma AVON PRODUCTS INC. contra las resoluciones N° 63 DEL 26 DE FEBRERO DEL 2010 Y RES. N° 122 DEL 18 DE MAYO 2011, DICTADAS POR LA SRÍA. DE ASUNTOS LITIGIOSOS Y LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

2. CONFIRMAR, las resoluciones recurridas en autos N° 63 DEL 26 DE FEBRERO DEL 2010 Y RES. N° 122 DEL 18 DE MAYO 2011, DICTADAS POR LA SRÍA. DE ASUNTOS LITIGIOSOS Y LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, conforme a los términos expuestos en el considerando de la presente resolución.

3. IMPONER, las costas de la instancia a la perdidosa.

4. ANOTAR, registrar, notificar y remitir ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Martín Avalos, Rodrigo Escobar, Mario Ygnacio Maidana Griffith.

Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO DE SENTENCIA N° 141

Cuestión debatida: *A través de representante legal se presenta un uniformado suboficial segundo, perteneciente a la Policía Nacional, contra el Decreto del Poder Ejecutivo, donde se le da de baja.*

POLICÍA NACIONAL. Baja. Deberes del Policía. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

La función que corresponde desarrollar al personal policial es la prevención y represión de hechos punibles, como preservación del orden público, escenario que le coloca como garante de la protección social, condición que requiere la responsabilidad extrema en el cumplimiento de las funciones, conductas que no se han observado en las pruebas aportadas en el presente juicio, por lo que amerita la decisión tomada por la Autoridad Administrativa, se encuadra dentro de la normativa nacional vigente.

POLICÍA NACIONAL. Baja. Deberes del Policía. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

En las condiciones analizadas no se puede soslayar que la función del personal policial se halla dentro de lo estructurado como especializada dentro de la carrera de la Función Pública, establecido en la Constitución Nacional en el Art. 101 última parte, por lo que definitivamente estamos en una situación donde se ha demostrado en autos que no existe justificación valedera por parte del actor, siendo correctamente sancionado por abandono sin justificación del lugar de trabajo, como consta en el sumario administrativo, y no habiendo de otra manera que aplicar el reglamento disciplinario.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Del Principio de Legalidad se deriva la prohibición de que la Administración Pública no cumpla las regulaciones normativas producidas por ella misma. “El principio de legalidad, derivado del Estado de derecho, viene a convertirse en el eje central del régimen jurídico de la Administración Pública, ya que en caso de su infracción se justifica el conjunto de medios arbitrados por el derecho para restablecer el derecho violado”.

POLICÍA NACIONAL. Baja. Deberes del Policía. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Fuerza de verdad legal.

La función de la Administración de tomar resoluciones, no tiene fuerza de verdad legal, justamente por eso la decisión del órgano administrativo es revisable en sede judicial, y en nuestro proceso legal administrativo el juez natural, que está dotado de independencia e imparcialidad para revisar los actos de los órganos administrativos es el Tribunal de Cuentas (artículo 265 de la Constitución Nacional, artículo 30 del Código de Organización Judicial) que tiene a su cargo el control judicial de las decisiones administrativas.

POLICÍA NACIONAL. Baja. Deberes del Policía. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Fuerza de verdad legal.

En este sentido la revisión judicial en el proceso contencioso-administrativo a cargo del Tribunal de Cuentas, es la mayor garantía para el administrado, ya que “... la verdadera defensa de los derechos individuales contra los actos ilegítimos del poder administrador está en los tribunales, que pueden ser judiciales o no, según lo determine el sistema jurídico-político. Porque, cualquiera que fuera la idea que se tenga sobre la jurisdicción, lo fundamental es que el órgano encargado de decidir sea independiente del que emitió el acto impugna-

do...” (Roberto Enrique Luqui. “Revisión Judicial de la Actividad administrativa - Juicios Contencioso-administrativos”. Editorial Astrea, año 2005, página 8).

T. de Ctas. Primera Sala. 16/09/13. Eduardo Ignacio Arza Aquino, contra Decreto N° 8474, de fecha 27 de febrero de 2012, dictado por el Poder Ejecutivo”. (Ac. y Sent. N° 141).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, A. MARTÍN AVALOS VALDEZ y RODRIGO A. ESCOBAR.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, dijo: Que en fecha 12 de abril del año 2012 (fojas 14/18 de autos), se presenta ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, la abogada ÁNGELA MARÍA GÓMEZ SAMANIEGO, en representación del señor EDUARDO IGNACIO ARZAAQUINO, a iniciar demanda contencioso-administrativa, contra el Decreto N° 8.474, de fecha 27 febrero del 2012, dictado por el PODER EJECUTIVO. Funda la demanda en los siguientes términos: “Que por expresas instrucciones de mi poderdante vengo a promover demanda Contencioso-Administrativa contra el Decreto N° 8.474 de fecha 27 de febrero de 2012, emanado del Presidente de la República del Paraguay, con domicilio en la casa del Palacio de López, las calles Paraguayo Independiente entre Juan E. O’Leary y Ayolas, por el cual decreta con la BAJA por faltas graves cometidas a oficiales de la Policía Nacional; y la Resolución 725 del 3 Noviembre de 2011 dictada por la Dirección de Justicia Policial, confirmada por la Resolución 23 de 06 de enero 2012, a mi representado el Of. 2° San. EDUARDO IGNACIO ARZAAQUINO, habiéndosele notificado conforme cédula de notificación en fecha 15 de marzo del año 2012, sobre la base de las siguientes consideraciones de hecho y derecho que paso a exponer: Que las referidas resoluciones recurridas, antes de debatir la cuestión de fondo planteada, me permito hacer algunas precisiones de lo siguiente: a) el decreto N° 8474/12 emanada del Presidente de la República del Paraguay es la que aplica la sanción de BAJA, siendo la máxima autoridad del Poder Ejecutivo. B) Y la Resolución N° 725/11, dictada

por la Dirección de Justicia Policial, confirmada por Resolución N° 23 de fecha 06/01/12, por el cual resuelve confirmar la citada resolución, el Comandante de la Policía Nacional, es la que califica sanción de BAJA, elevando al Presidente de la República. Que las resoluciones recurridas son el resultado del sumario administrativo caratulado “SUMARIO ADMINISTRATIVO AL OFIC. 2° SAN. EDUARDO IGNACIO ARZA AQUINO S/ SUPUESTA FALTA A LOS DEBERES POLICIALES. EL ABANDONO DE CARGO POR MÁS DE TRES DÍAS, SIN CAUSA JUSTIFICADA”, cuyas copias se adjuntan a esta presentación. Que en atención a lo expresado precedentemente, corresponde la demanda conforme a lo establecido en Art. 77 que dispone: La resolución que recayese en el sumario administrativo... y en su caso, la sanción correspondiente, quedando la aplicación de la pena a cargo de la máxima autoridad del organismo, ...de la ley N° 1626/00 de la Función Pública.

DERECHOS CONCLUCADOS Y VICIOS INCURRIDOS EN EL PROCESO DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO. Que las resoluciones recurridas ante VV.EE., podrán notar en prima facie, al requerir la remisión del expediente del sumario administrativo a la institución accionada, en el cual fueron vulnerados mis derechos constitucionales en general y en particular, referente al debido proceso y al derecho de la defensa preceptos legales consagradas en la misma Carta Magna, por tanto, encontrarán en abierta violación de mi derechos y garantías procesales establecidas en la C.N., en consecuencia, el mencionado sumario administrativo es arbitrario e ilegal al que fui sometido por la Dirección de Justicia Policial. Que en ese contexto, el mismo Juzgado de Instrucción creada por la institución accionada, conforme a la providencia N° 334 de fecha 31/05 de 2011, dictada por la Dirección de Justicia Policial, implementa una modalidad insólita en el proceso sumarial no ajustándose a lo establecido por la ley N° 1626/00, y el Decreto Reglamentario N° 17781/02, como también otras normas legales vigente aplicable en dicho tramite sumarial y que por lo demás, el mismo sumario se halla colmado de errores y vicios en todo el proceso del desarrollo del citado sumario, como ejemplo: 1) NUNCA HUBO INTIMACIÓN (abandono de cargo); 2) la declaración de la indagatoria del sumariado ante el Juzgado de Instrucción, toma como elementos de prueba; 3) no han valoradas las pruebas ofrecidas y producidas por parte del sumariante, en particular las testificales e instrumentales; y 4) evaluaron solamente aquellas pruebas que sirvieron de base para justificar tímidamente en la supuesta investigación rea-

lizada por la Fiscalía, en las resoluciones recurridas. Que en ese mismo sentido, quiero señalar a VV.EE., que por providencia N° 333 de fecha 17 de mayo de 2011, emanada de la Comandancia de la Policía Nacional, en el cual se subroga como juez y parte, el propio comandante de la Policía, asignando a oficiales del personal policial, tanto, al juez de instrucción para entender y decidir en el presente sumario administrativo y al fiscal para intervenir en el presente sumario, ambos conforme a sus atribuciones legales y reglamentarias. Que en efecto, y sin tener la menor duda, se establece un juzgado de instrucción, arbitrario e ilegal, transgrediendo todos los principios constitucionales y legales vigentes, constituyéndose en un juzgado incompetente, dependiente y parcial, violentando lisa y llanamente los derechos a la defensa en juicio y al debido proceso, preceptos consagradas en la Carta Magna, entonces surge la pregunta, ¿es posible ejercer debidamente la defensa de una persona en un proceso llevado por ante un Juzgado de instrucción, subordinado y dependiente a la institución al cual uno presta su servicio?

Que es importante señalar a VV.EE., que las resoluciones recurridas se sustentan en un sumario administrativo arbitrario e ilegal, el cual se instruye el presente sumario, basándose en la denuncia formulada por la Dra. Myrian Bazán Pereira, jefa de Div. Personal, al Sr. Celestino Sánchez, director interventor del Hospital de Policía Rigoberto Caballero, por la cual dice que: “Me dirijo a esa superioridad a los efectos de informar la inasistencia del Oficial Segundo Dr. Eduardo Ignacio Arza Aquino, quien se desempeña como profesional anes-tesiólogo de este nosocomio. El citado oficial no se ha presentado a su servicio sin causa justificada desde 03/08/2010 hasta la fecha, transgrediendo así el Reglamento Disciplinario Policial, motivo por el cual se eleva el registro de marca- ción”. Que en virtud a lo manifestado es necesario advertir a VV.EE., que el informe de la Dirección de la Div. Personal carece de veracidad, ya que en este caso en particular, y en el que me veo perjudicado considerablemente con rela- ción al informe de las fechas supuestas injustificadas, no se ajusta a la verdad, siempre he concurrido a mi lugar de trabajo en forma regular y en ocasiones que no haya asistido ha sido por cuestiones de mi enfermedad, la cual siempre he comunicado a mi superior, y le ponía al tanto de mi situación, es decir al director interventor del Hospital Policial “Rigoberto Caballero”, al comisario general Celestino Sánchez. Que si bien se presume de ausencias injustificadas del su- mariado, conforme a la declaración de la denunciante sin tener la certeza de

haber dejado su guardia o haber abandonado su cargo, y que el mismo sumariado manifiesta en su declaración indagatoria que fue cubierto por una compañera, la Dra. Bolaños, siendo esto permisible en el hospital y asimismo, obra en el citado expediente la Resolución N° 49 de fecha 06 de octubre de 2010, por el cual se nombra jefe de Servicio de Anestesiología del Hospital de Policial “Rigoberto Caballero”, al Dr. Lidio César Duarte Galeano en reemplazo del Oficial 2° San. Dr. EDUARDO IGNACIO ARZAAQUINO, que por una cuestión de salud, conforme se adjunta los estudios realizados por el sumariante, obrantes en el expediente y no habiendo una intimación de por medio en el supuesto abandono de cargo, de parte de la Dirección de Sanidad, a los efectos de su reintegración en su lugar de trabajo, por tanto surge la duda de que haya abandonado o no en su lugar de trabajo en forma irresponsable o haber incurrido en una actitud negligente, en consecuencia, solicito al Tribunal que sirva revocar las resoluciones recurridas, por no ajustarse a derecho. Aparentemente se toma como elemento fundamental para llegar a una conclusión muy extrema y por tanto a aplicar una sanción tan severa, la BAJA, la cual realmente me sorprende y creo que no merezco esta sanción, además de no registrar antecedente de ninguna naturaleza y cuento con una antigüedad de 15 años en el carácter de jefe de Anestesiología del Hospital Policial y que esto resulta a todas luces una persecución de personas inocentes y que la sanción aplicada es arbitraria e injusta, por tanto me siento perjudicado enormemente, no sólo hacia mi persona, sino mi vida profesional como también la de toda mi familia, en consecuencia solicito la revocación de las resoluciones recurridas. Que en ese orden cosas VV.EE., me he hallado en un estado de salud muy delicado, conforme a toda historia clínica y otros diagnóstico que confirma mi estado de salud que fueron agregados en su momento en el proceso sumarial también mi asistencia en el Hospital participando de cirugías posterior a mis supuestas ausencias, conforme al Libro de cirugías que se registran en el servicio de cirugía, los cuales no fueron valoradas por el juez sumariante, en consecuencia, solicito que se libren los oficios al hospital a los efectos que informen sobre los mismos. Que de lo expresado precedentemente podemos decir que la resoluciones objetadas en la presenta demanda, causa estado por provenir de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo, en consecuencia quedando abierta la vía para iniciar la acción de contencioso-administrativo. Que igualmente solicito respetuosamente a VV.EE., como cuestión previa librar los oficios pertinentes de la Presidencia de la República, a los

efectos de remitir los antecedentes del sumario administrativo y en particular de mi representado el Of. 2º San. Dr. Eduardo Ignacio Arza Aquino, C.I. N° 838.014, relativos de las mencionadas resoluciones recurridas. DERECHO: Que fundamento mis pretensiones de la acción iniciada en los preceptos de la Constitución Nacional, en las disposiciones legales nacionales vigentes, y las normas aplicables del “C.P.C.”.

Termina solicitando, que previo los tramites del estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que en fecha veinte y dos de febrero del año dos mil trece, (fojas 138/142 de autos), se presenta ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, la abogada MARÍA JOSE BAREIRO A., procuradora delegada de la Procuraduría General de la República, a contestar la presente demanda contencioso administrativa. Funda la contestación, en los siguientes términos: “Que en ejercicio de la invocada representación constitucional, vengo a solicitar intervención en los autos señalados, así como a contestar demanda en tiempo y forma. Primeramente y tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 235 del Código Procesal Civil, niego y rechazo de manera categórica, todas las aserciones contenidas en el escrito de demanda de esta acción, salvo aquella que de manera indubitable y expresas surjan como afirmativas de esta contestación. Que, no es cierto que en el proceso de sumario administrativo que se la instruido al Sr. Eduardo Ignacio Arza Aquino, se hayan vulnerado sus derechos y garantías constitucionales. Muy al contrario de lo sostenido por el actor de la presente demanda. El Sumario Administrativo que nos ocupa, fue realizado conforme a las normas vigentes sobre la materia, respetándose los principios del debido proceso y otorgando al sumariado el derecho de ejercer todas las defensas que considero pertinentes, habiéndose llegado al dictamen concluido luego al Decreto pertinente. No es cierto que la Policía Nacional implementa un modalidad insólita no respetando lo establecido en la Ley 1626/00 y demás normas legales vigentes y que el sumario se encuentra colmado de errores, por creer, la parte actora, que se debía intimar al Sr. Eduardo Ignacio Arza Aquino; que se estableció un juzgado de instrucción incompetente, dependiente y parcial, y que las pruebas no fueron valoradas en debida forma. Ciertamente es que, la institución de la Policía Nacional es un órgano previsto por la misma Constitución Nacional, como integrante de la Fuerza Pública, profesional, de estructura funcional jerarquizada, no delibe-

rante y obediente. La misma reglamenta su organización y sus atribuciones en su propia ley orgánica por disposición de la C.N. Tenemos que tener en cuenta que existe una situación jurídica distinta de las personas y de los órganos policiales; para las primeras existen derechos y garantías consagradas en la Constitución Nacional aunque no estén reglamentadas por ley. Art. 45 in fine: “...Lo enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía...”. En tanto que los órganos policiales no tienen mas atribuciones que las que les confieran las leyes reglamentarias. Art. 175 C.N. “...tiene la misión de preservar el orden público legalmente establecido, así como los derechos y la seguridad de las personas y entidades y de sus bienes; ocuparse de la prevención de los delitos; ejecutar los mandatos de lo autoridad competente y, bajo dirección judicial investigar los delitos. La ley reglamentará su organización y sus atribuciones... Así mismo, es cierto que los derechos, garantías, y la libertad de las personas son el principio, y las reglamentaciones y limitaciones policiales que deben ser autorizadas por Ley, la excepción. Es cierto e importante destacar, que la Policía Nacional no se rige por la Ley 1626/00, pues esta ley no se aplica a funcionarios cuyo nombramiento está reglado por disposiciones constitucionales o leyes especiales, y en el caso que nos ocupa, la Policía Nacional está regida, organizada y estructurada por la Ley 222/93, su estatuto disciplinario y otros reglamentos propios de la institución policial. Expresa al respecto el art. 2º de la Ley 1626/00, en la parte pertinente: “Artículo 2º. Aún cuando cumplan una función pública, se exceptúan expresamente de lo establecido en el artículo anterior a:...e) los policías en actividad;...”. Es cierto que la intimación aludida por el actor de la demanda en su libelo introductivo por abandono del cargo, no se utiliza en el ámbito administrativo ni policial, porque en sus normativas no se establece tal modalidad, y como se sabe, es premisa conocida en el Derecho Administrativo que “Todo lo que no está permitido está prohibido”, de conformidad con el principio de legalidad. Es cierto que la Ley 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional” dice en su art. 164 que la Dirección de Justicia Policial es la institución creada para entender y decidir en las faltas a los deberes policiales, definidos en la ley y los reglamentos (Resolución N° 46/10). En este cuerpo legal se establece el Tribunal de sumarios, que es ejercido por el director de la Justicia Policial, el

mismo controla el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias del sumario administrativo, establecido en la Resolución N° 44/10. Por todo lo expuesto precedentemente no se puede sostener que el juzgado de instrucción transgredió algún principio constitucional o legal vigente, ni mucho menos incompetente, porque el mismo está sustentado legalmente. Y si el actor de la presente demanda así lo creyese, éste no es el mecanismo idóneo, ni la vía para cuestionarlo. No es cierto, que las resoluciones recurridas, se sustentan en un sumario administrativo arbitrario e ilegal, basándose en la denuncia de la Dra. Myrian Bazán Pereira, jefa de Div. Personal, al Sr. Celestino Sánchez, director interventor del Hospital de la Policía Rigoberto Caballero. Es cierto que se le instruyó sumario administrativo al Sr. Eduardo Ignacio Arza, por haberse ausentado en su lugar de trabajo desde el mes de agosto del 2010 hasta mayo 2011. No es cierto, que el informe de la Dirección de la Div. Personal carece de veracidad, con relación al informe de las fechas injustificadas. En el mismo se acredita las inasistencias del Sr. Eduardo Ignacio Arza. No es cierto que el Sr. Eduardo Ignacio Arza haya concurrido a su lugar de trabajo en forma regular. Sus inasistencias fueron comprobadas en el informe de la Div. de personal, agregado al sumario administrativo. Lo cierto es que el Sr. Eduardo Ignacio Arza no asistió a su lugar de trabajo desde agosto del 2010, sin presentar documento alguno que acredite causa justificada de sus ausencias, hasta el mes de mayo de 2011, mes en el cual se le notificó de la instrucción del sumario administrativo. Esta representación no cuestiona, ni niega la enfermedad del funcionario policial, pero en virtud a su calidad y situación, él está sujeto a un reglamento disciplinario con la estricta obligación de cumplirlo, y tal reglamento contempla este tipo de eventos de una manera clara y taxativa. Aún así, el actor sabiendo y conociendo bien lo establecido en la norma policial, no cumplió en tiempo y forma con la misma, sometiéndose a un sumario administrativo por dicha conducta renuente. Los documentos que prueban la enfermedad del mismo no fueron presentados en el momento oportuno como exige la norma sin excepciones, razón por la cual la Institución se vio obligada a ejecutar lo establecido la ley y el reglamento disciplinario a través de la instrucción de un sumario administrativo que sancionó de conformidad al caso específico. Todo funcionario policial tiene la obligación de tener una disciplina policial, observando las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias en el cumplimiento de sus funciones, el incumplimiento de estos deberes afectan al servicio institucional

y es sancionado de acuerdo a su reglamento disciplinario. El funcionario policial conocía el reglamento disciplinario, así como la forma de solicitar permiso y la sanción en caso de abandono sin justificación. Desde el momento en que el mismo dejó de concurrir a su trabajo por más de diez días sin causa justificada, su conducta quedó incurso en la causal prevista por el art. 15 numeral 1 y 6 del Reglamento Disciplinario (actualmente art. 41 numeral 14, Resolución N° 870 de fecha 09 de agosto de 2011). En el sumario está probado que el actor dejó de concurrir a su lugar de trabajo por más de diez días (plazo máximo) sin causa justificada y sin permiso de sus superiores, y aun cuando el caso era comprensible y delicado, el mismo debió canalizarlo tal como está previsto en el reglamento disciplinario y, en su caso, contar con el permiso correspondiente para evitar consecuencias a la falta grave cometida con su conducta con la sanción de la baja. El reglamento es claro al establecer que en casos de abandono de cargo por más de 10 días, sin causa justificada, será sancionada con la baja. En el caso particular según pruebas agregadas al sumario administrativo, el Sr. Eduardo Ignacio Arza dejó de asistir desde el 03 de agosto de 2010, y sus comprobantes médicos son de fechas del mes de mayo/junio de 2011, que fueron presentadas por el mismo una vez instruido sumario administrativo, sin certificación de firmas. En consideración a lo prescripto en la Ley 222/93, el reglamento disciplinario y resoluciones de la Policía Nacional, el Juzgado de Sumarios de la Dirección de Justicia Policial concluye diciendo en la Resolución Definitiva N° 725 de fecha 03 de noviembre de 2011: "... el sumariado ha dejado de presentarse en su lugar de trabajo, destino policial, en el Hospital de Policía Rigoberto Caballero, desde el 03 de agosto/10, según la nota cabeza del proceso, no volviendo a presentarse en dicha dependencia policial hasta la realización del dictamen, conforme a las actuaciones agregadas en autos, en el mismo hasta la fecha no se halla prestando servicio, alegando el sumariado al momento de brindar declaración ante la fiscalía que tenía problemas de salud, presentando documentos, los que no se hallan debidamente visados por el conducto correspondiente, además los mismos son del año 2011. Que si bien es cierto que se halla comprobado que el mismo se encuentra con problemas de salud, dentro de sus obligaciones estaba la de comunicar sobre todo en forma escrita a fin de tener un aval ante estas circunstancias..". Nos adherimos al dictamen de conclusión del sumario administrativo y lo consideramos transcripto en el presente escrito de responde, cuya reproducción la omitimos por razones de brevedad, sin embargo,

al mismo nos remitimos in totum. Nos permitimos agregar todas y cada una de las piezas desarrolladas en el sumario administrativo y lo consideramos transcrito en el escrito de responde y a los mismos nos adherimos y omitimos su reproducción por razones de brevedad y a los mismos nos remitimos en su totalidad y serán confirmados convenientemente en la estación procesal oportuna”.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que a fojas 143 de autos, consta el A.I. N° 132, de fecha 19 de marzo del 2.013, que en su parte resolutive dice: “*DECLARAR LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL, para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar RECIBIR LA CAUSA A PRUEBAS, por todo el término de Ley...*”.

Que a fojas 151 vuelto de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 05 de junio de 2.013, donde el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, llama AUTOS PARA LA SENTENCIA.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, prosiguió diciendo: QUE, con cargo que en su presentación ante la Secretaría de este Tribunal luce fecha 12 de abril de 2012 (a fs. 14/18 de Autos), por la abogada en representación del Sr. EDUARDO IGNACIO ARZAAQUINO, a plantear demanda contencioso-administrativa contra el DECRETO N° 8474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2012, DICTADA POR EL PODER EJECUTIVO.

Que, es importante señalar que el acto administrativo por el cual demandan y aducen estar agraviados que es el DECRETO N° 8474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2012, DICTADA POR EL PODER EJECUTIVO, (a fs. 10/11 de autos), resuelve dar de Baja por faltas graves cometidas por la parte actora.

Que, en cuanto a la presentación de la demanda contencioso-administrativa (a fs. 14/18 de autos), menciona la misma entre otras cosas cuanto sigue: “...Que las resoluciones recurridas ante VV.EE., podrán notar en prima facie, al requerir la remisión del expediente del sumario administrativo a la institución accionada, en el cual fueron vulnerados mis derechos constitucionales en general y en particular, referente al debido proceso y al derecho de la defensa, preceptos legales consagradas en la misma Carta Magna, por tanto, encontrarán en abierta violación de mis derechos y garantías procesales establecidas en la

C.N., en consecuencia, el mencionado sumario administrativo es arbitrario e ilegal al que fui sometido por la Dirección de Justicia Policial” (SIC).

Que, en la contestación de la demanda (a fs. 138/142 de autos), se presenta la abogada MARÍA JOSÉ BARREIRO A., procuradora delegada de la Procuraduría General de la República, con patrocinio del procurador general de la República abogado PEDRO VALIENTE LARA, que entre otras cosas menciona: “...Esta representación no cuestiona, ni niega la enfermedad del funcionario policial, pero en virtud a su calidad y situación, él está sujeto a un reglamento disciplinario con estricta obligación a cumplirlo, y tal reglamento contempla este tipo de eventos de una manera clara y taxativa. Aun así, el actor, sabiendo y conociendo bien lo establecido en la norma policial, no cumplió en tiempo y forma con la misma, sometiéndose a un sumario administrativo por dicha conducta renuente”. (SIC).

Que, continuando en el análisis del fondo de la cuestión, tenemos que el demandante en su escrito de inicio de demanda, no ha logrado modificar las reprensiones que se hicieron en su contra, constando así en los Antecedentes Administrativos que en su momento arribaron a este Tribunal, y por lo demostrado en autos y debidamente se justifica la sanción de dar de Baja al funcionario policial, en su contestación a la demanda la Policía Nacional (fs. 138/142 de autos), donde resulta que emitido el DECRETO N° 8474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2012, DICTADA POR EL PODER EJECUTIVO, se ajustan a nuestra Carta Magna que no demuestran haber sido transgredida en el caso de la legalidad, la legítima defensa y presunción de la inocencia; por ajustarse el mismo a la Ley N° 222, Orgánica de la Policía Nacional”.

Que, la función que corresponde desarrollar al personal policial es la prevención y represión de hechos punibles, como preservación del orden público, escenario que le coloca como garante de la protección social, condición que requiere la responsabilidad extrema en el cumplimiento de las funciones, conductas que no se han observado en las pruebas aportadas en el presente juicio, por lo que amerita la decisión tomada por la Autoridad Administrativa, se encuadra dentro de la normativa nacional vigente.

Que, en las condiciones analizadas no se puede soslayar, que la función del personal policial se halla dentro de lo estructurado como especializada dentro de la carrera de la Función Pública, establecido en la Constitución Nacional en el Art. 101, última parte, por lo que definitivamente estamos en una situación donde se ha demostrado en autos que no existe justificación valedera por parte

del actor, siendo correctamente sancionado por abandono sin justificación del lugar de trabajo, como consta en el sumario administrativo, y no habiendo de otra manera que aplicar el reglamento disciplinario, previsto en el Art. 15 numerales 1 y 6 (actualmente Art. 41 numeral 14, Resolución 870 de fecha 09 de agosto de 2011), constancia en autos de haber dejado de trabajar o asistir por más de 10 días corridos sin justificar y lo peor del caso no contando con algún permiso o autorización de un funcionario superior, lo cual somete a esta conducta a ser catalogada como falta grave, dejando de asistir desde el 03 de agosto de 2010, y los recibos médicos son del mes de mayo/junio de 2011, y recién arrimadas una vez que se haya realizado el sumario administrativo, no contando con una debida y formal certificación de firmas, que acredite legalidad de los documentos presentados.

Que, en las condiciones procesales examinados por esta Magistratura surge con la certeza que la autoridad administrativa ha procedido dentro de sus atribuciones; en consecuencia, sus resoluciones han estado ajustado al DEBIDO PROCESO consagrados en la Constitución Nacional vigente en los artículos 16 y 17, por lo que sus actos han sido dentro de la legalidad.

Que, el concepto de legalidad se encuentra vinculado al concepto de COMPETENCIA por el cual la norma administrativa le confiere a la Administración un determinado mandato y la Administración debe actuar de acuerdo a ese mandato plasmado en la norma positiva, por lo que la Administración no está autorizada a obrar en un sentido distinto al señalado por la norma, si actúa en forma diferente a lo que le manda la norma, está violando el principio de legalidad. Dentro de nuestro sistema legal la Administración puede ser fuente del ordenamiento administrativo a través de su potestad reglamentaria, esto significa que está habilitada para dictar reglamentos, resoluciones y también para derogarlos, pero una vez dictado un reglamento o una resolución debe cumplir obligatoriamente las normas que la administración misma creó, salvo que las derogue expresamente, por lo tanto del Principio de Legalidad se deriva la prohibición de que la Administración Pública no cumpla las regulaciones normativas producidas por ella misma. “El principio de legalidad, derivado del Estado de derecho, viene a convertirse en el eje central del régimen jurídico de la Administración Pública, ya que en caso de su infracción se justifica el conjunto de medios arbitrados por el derecho para restablecer el derecho violado” (Manuel María Diez, “Manual de derecho Administrativo”, tomo 2, Editorial Plus Ultra, 1985).

Que, la función de la Administración de tomar resoluciones no tiene fuerza de verdad legal, justamente por eso la decisión del órgano administrativo es revisable en sede judicial, y en nuestro proceso legal administrativo el juez natural, que está dotado de independencia e imparcialidad para revisar los actos de los órganos administrativos es el Tribunal de Cuentas (artículo 265 de la Constitución Nacional, artículo 30 del Código de Organización Judicial) que tiene a su cargo el control judicial de las decisiones administrativas.

Que, en este sentido la revisión judicial en el proceso contencioso-administrativo a cargo del Tribunal de Cuentas, es la mayor garantía para el administrado, ya que “... la verdadera defensa de los derechos individuales contra los actos ilegítimos del poder administrador está en los tribunales, que pueden ser judiciales o no, según lo determine el sistema jurídico-político. Porque, cualquiera que fuera la idea que se tenga sobre la jurisdicción, lo fundamental es que el órgano encargado de decidir sea independiente del que emitió el acto impugnado...” (Roberto Enrique Luqui. “Revisión Judicial de la Actividad administrativa - Juicios Contencioso-administrativos”, Editorial Astrea, año 2005, pág. 8).

Que, ante la manifestación de que el Poder Ejecutivo, conforme ha obrado en legítimo derecho, lo resuelto en el acto administrativo es plena aplicación de la normativa positiva, cumpliendo así debidamente con los Principios de Legalidad, Defensa en Juicio y Debido Proceso reconocidos por la Carta Magna, las leyes y reglamentos administrativos; concierne de esta manera Confirmar el DECRETO N° 8474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2012, DICTADA POR EL PODER EJECUTIVO, a fs. 10/11 de autos, dar de baja por faltas graves cometidas por la parte accionante, ratificándose de esta forma la legalidad de los actos administrativos que motivaran la presente demanda, por lo que la Resolución debe ser ratificada.

Que, de consentimiento a la reiterada jurisprudencia administrativa del Tribunal de Cuentas, 1ª Sala, y en numerosas otras causas que han merecido igual procedimiento por este Tribunal y, en consecuencia, por los fundamentos precedentemente expresados, esta Magistratura es del criterio de que la presente demanda contencioso-administrativa instaurada en estos autos por el señor EDUARDO IGNACIO ARZAAQUINO c/ DECRETO N° 8474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2012, DICTADO POR EL PODER EJECUTIVO, a fs. 10/11 de autos, por lo tanto debe ser confirmada, y de esta forma no haciéndose lugar a la presente demanda contencioso-administrativa.

Que, por tanto, VOTO POR LA NEGATIVA DE LA CUESTIÓN, y en consecuencia para que este Tribunal proceda a NO HACER LUGAR a la presente demanda contencioso-administrativa, CONFIRMANDO el DECRETO N° 8474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2012, DICTADO POR EL PODER EJECUTIVO, en lo demás deberá estarse a lo dispuesto en el Artículo 134 numeral 3 y los Artículos 156 y 157 del Reglamento Disciplinario Policial, la Ley 222 “Orgánica de la Policía Nacional”. En cuanto a las costas voto porque las mismas sean impuestas a la parte PERDIDOSA, la parte actora, en aplicación de la Teoría Objetiva del riesgo asumido. ES MI VOTO.

A SU TURNO LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, A. MARTÍN AVALOS VALDEZ y RODRIGO A. ESCOBAR, manifiestan:

QUE, se adhieren in totum al voto del distinguido Conjuez, MARIO YGNACIO MAIDANA GRIFFITH, que antecede, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mí el Secretario autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue.

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la presente demanda contencioso-administrativa promovida por el señor EDUARDO IGNACIO ARZA AQUINO, en los autos caratulados: “EDUARDO IGNACIO ARZA AQUINO c/DECRETO N° 8474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2012, DICTADO POR EL PODER EJECUTIVO”, y en consecuencia,

CONFIRMAR el DECRETO N° 8474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2012, DICTADO POR EL PODER EJECUTIVO; de conformidad a los fundamentos desarrollados en el presente acuerdo.

IMPONER LAS COSTAS, a la parte perdidosa.

NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Mario Ignacio Maidana Griffith, Martín Avalos Valdez, Rodrigo Escobar.

Ante mí: Miguel Colmán A. Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 100

Cuestión debatida: *Se presentó ante el Tribunal de Cuentas, el abogado, en representación de la firma OM Brand Licensive Licenciamento Ltda., a instaurar demanda contencioso-administrativa, por posible confusión de marca, contra la resolución N° 115 de fecha 24 de marzo de 2010; y la N° 504 de fecha 14 de octubre de 2011, dictado por la secretaría de marcas y la dirección de la propiedad industrial.*

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

Es de suma importancia destacar que ambas clases se dedican a la comercialización de productos semejantes, no existe una gran diferencia de los productos cubiertos por estas clases. Se tiene que la marca “OSKLEN” ya registrada se dedica a comercializar productos de vestimenta y la marca solicitada también pretende la comercialización de artículos de vestimenta y moda.

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

En el caso que nos ocupa la coexistencia de ambas marcas en pugna provocarían una confusión directa haciendo que el comprador adquiriera un producto determinado convencido de que está comprando otro y también existe la posibilidad de que se produzca una confusión indirecta en los consumidores, creyendo que el producto que desea tiene un origen, un fabricante determinado o que ese producto pertenece a una línea de productos de un fabricante distinto de quien realmente los fabricó.

MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

Por lo manifestado precedentemente y las pruebas arrojadas en la presente causa, podemos colegir que estamos ante dos marcas de productos que no podrán ser utilizadas por los consumidores sin posibilidad de confusión alguna, es posible advertir semejanzas determinantes, lo que podría producir que los consumidores se vean inducidos a todo tipo de errores respecto a la procedencia, cualidad y género de los productos a distinguir, por ende no pueden estar juntas en el mercado. Es considerable el perjuicio que podría sufrir el titular de la marca registrada “OSKLEN” ya sea en el deterioro de su capacidad distintiva del signo, en la pérdida de la capacidad del público consumidor para reconocer los productos ofrecidos por la firma o en la menor capacidad de los consumidores para asociarlos y el riesgo de tomar una marca por otra

T. de Ctas. Primera Sala. 24/04/14. JUICIO: “OM BRAND LICENSIVE LICENCIAMIENTO LTDA. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 115 DE FECHA 24 DE MARZO DE 2010; Y LA N° 504 DE FECHA 14 DE OCTUBRE DE 2011, DICTADO POR LA SECRETARÍA DE MARCAS Y LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL”. (Ac. y Sent. N° 100).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de la ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: MARTÍN AVALOS VALDEZ, RODRIGO A. ESCOBAR E., Y AMADO VERÓN DUARTE.

Y EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, A. MARTÍN AVALOS VALDEZ, DIJO: Que, en fecha 15 de febrero de 2012 (fs. 11/13 de autos) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, el Sr. WILFRIDO FERNÁNDEZ, abogado, en representación de la firma OM BRAND LICENSIVE LICENCIAMIENTO LTDA., a instaurar demanda contencioso-administrativa contra la RESOLUCIÓN N° 115 DE FECHA 24 DE MARZO DE 2010; Y LA N° 504 DE FECHA 14 DE OCTUBRE DE 2011, DICTADO POR LA SECRETARÍA DE MARCAS Y LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. Funda la demanda en los siguientes términos: “En fecha 13 de enero de 2009 mi mandante solicitó ante la Dirección de la Propiedad Industrial (DPI) el registro de la marca “OSKLEN”, depositada bajo acta N° 9/00672, para cubrir productos comprendidos en la clase 18, específicamente mochilas, bolsos de tela, maletas, bolsas de camping, bolsos de mano, bolsas, bolsas de viaje, billeteras, monederos. Por Resolución N° 115/2010, el jefe de Marcas de la DPI desacertadamente rechazó de oficio la solicitud de mi mandante por considerar que la misma incurre en la prohibición establecida en el Art. 2° (f) de la Ley de Marcas 1294/98 (Ley de Marcas) justificando así la denegación de la solicitud de mi mandante, bajo los siguientes fundamentos: Que, la solicitud de registro de la marca “OSKLEN” ha sido presentada para amparar los productos de la clase 18. Que habiéndose realizado el examen de registrabilidad de la citada marca, esta Jefatura considera que la misma incurre en las prohibiciones de la Ley 1294/98, de Marcas, que dispone que no pueden constituir marcas: “Art. 2° Inc. O ...los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anteriori-

dad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación”. Esta Secretaría ha constatado la existencia de la marca “OSKLEN”, amparada para la clase 25, registrada con el N° 285.423 en fecha 23/12/2005 a favor de Ricardo Asrilevich Barnatan, en donde ambas denominaciones son idénticas y no podrán tener coexistencia pacífica, habida cuenta que en las mismas existe relación de clases. En consecuencia no ha lugar a lo solicitado. La citada Resolución fue recurrida por mi parte ante el Director de la DPI. Desacertadamente éste dictó la Resolución 504/2011, confirmando la resolución anterior y en consecuencia rechazando nuevamente la solicitud de mi mandante. Erróneamente la citada resolución expresa que: Que, conforme a lo dictaminado por la Secretaría de Marcas, el rechazo de la solicitud de registro de la marca “OSKLEN” se debe al registro previo de la marca “OSKLEN” bajo registro N° 285.423 en fecha 23 de diciembre de 2005, en clase 25 a favor de Ricardo Asrilevich Barnatan, conforme al Art. 6° de la Ley 1294/98 “De Marcas”. Por lo tanto, corresponde determinar si existe o no peligro de confusión entre la marca solicitada y la marca registrada base del rechazo. Que, del cotejo marcado de las denominaciones resulta que ambas son idénticas, y no podrán tener coexistencia pacífica, aumentando así el riesgo de confusión entre el público consumidor. Que, de conformidad a lo expresado precedentemente ésta Dirección entiende que corresponde confirmar la Resolución recurrida en todas sus partes considerando improcedente el recurso interpuesto. Mi mandante promueve entonces la presente acción contencioso-administrativa a fin de obtener la revocación de las resoluciones de la DPI, las cuales son claramente infundadas y contradictorias según queda demostrado a continuación (se adjunta copia de las resoluciones mencionadas). IV. Mejor derecho de mi mandante en base a registros extranjeros idénticos. El derecho a registrar en Paraguay una marca ya registrada en el extranjero se halla expresamente consagrado en la legislación marcaria paraguaya. El Convenio de París (Ley 300/94) establece en su Art. 6° quinquies que: “Toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen será admitida para su depósito y protegida “tal cual es” en los demás países de la Unión”. Esta disposición es igualmente consagrada por la Ley de Marcas, la cual claramente establece que: “El propietario de una marca de productos o servicios inscripta en el exterior, o sus agentes debidamente autorizados son los únicos que pueden solicitar el registro” (Art.18). Como se encuen-

tra probado mediante declaración jurada agregada a los antecedentes administrativos, mi mandante es parte de un grupo de empresas pertenecientes a Oskar Fossatti Metsavaht y a Maria Da Nezare De Almeida Braga Metsavaht. Entre este grupo de empresas se encuentra Terras De Aventura Industria De Artigos Esportivos Ltda. a nombre de la cual se ha registrado la marca OSKLEN en varios países del extranjero, lo cual demuestra el legítimo derecho que posee en registrar la misma en el Paraguay de conformidad a la normativa citada del Convenio de París. En efecto, la marca OSKLEN ha sido registrada por el grupo de mi mandante en los siguientes países: Alemania, Australia, Benelux, Canadá, Chile, China, Corea, España, Francia, Grecia, Gran Bretaña, Italia, Japón, México, Portugal, Suiza y Uruguay, tal cual lo demuestra la mencionada declaración jurada agregada al expediente administrativo, cuya copia será remitida luego por la DPI. Se debe tener en cuenta que mi mandante posee un registro de la marca OSKLEN en el Brasil que es anterior al registro base del rechazo de su solicitud. En efecto, el registro N° 814306144 fue solicitado el 22 de junio de 1988 y concedido en el Brasil el 1º de marzo de 1990. Por tal motivo, no queda duda de que el mejor derecho sobre la marca en cuestión lo posee mi mandante, quien ya había registrado la misma en su país de origen cuando el Sr. Ricardo Asrilevich Barnatan la solicitó en nuestro país el 17 de octubre de 1994, obteniendo luego el registro el 27 de diciembre de 1995. La constancia del registro mencionado será agregada oportunamente de conformidad al Art. 219 del CPC, ya que actualmente el mismo se encuentra pendiente de los trámites de legalización y envío. Es forzoso concluir entonces que la pretensión de mi mandante de registrar su marca en Paraguay es simplemente extender un derecho ya adquirido sobre la misma de conformidad a la legislación marcaria tanto internacional como nacional. V. Registro nacional de la marca OSKLEN a nombre de mi mandante. Cabe destacar que mi mandante ya posee un registro nacional previo de la marca OSKLEN en la clase 09, registrado con el N° 328.457 en fecha 25 de febrero de 2010, cuya copia autenticada se agrega a esta demanda. Esto demuestra que mi mandante no solamente es legítima titular de la marca OSKLEN en el Brasil y los demás países nombrados en la declaración jurada mencionada, sino que ya posee un también en nuestro país. VI. La fama y prestigio de mi mandante demuestran su interés legítimo. Vale hacer una referencia histórica sobre la marca de mi mandante para destacar su prestigio y legítimo derecho. Al respecto, se puede decir que la carrera de diseñador de

Oskar Metsavaht, el hombre detrás de OSKLEN, se inició en Chile. En el año 1986, junto a un grupo de amigos se propuso escalar el Aconcagua, el macizo más alto de Los Andes que se ubica entre Argentina y aquel país, pero se dieron cuenta que no contaban con la ropa adecuada para hacerlo y que en Brasil, país donde el frío es un extraño, no se encontraban los implementos necesarios para salir airosos de la escalada. Fue así cómo Metsavaht, médico de profesión, sin nada de conocimiento de costura, pero que sabía mucho de ergonometría y medicina deportiva, diseñó una chaqueta que los mantendría a salvo de las frías temperaturas de la Cordillera de los Andes. La expedición recibió mucha atención mediática, convirtiéndose en la primera vitrina de los diseños de Metsavaht. Tres años después, lanzó su marca OSKLEN que, en un principio, tenía una muy fuerte influencia deportiva. De hecho, la primera colección de su marca se compone sólo de chaquetas de nieve que fueron puestas a la venta en Buzios. Parecía imposible que parkas hechas para ambientes fríos pudiesen venderse en Buzios, conocido por su clima caluroso. Pero la acogida del público fue mejor de lo esperada y decidió abandonar definitivamente su profesión y su consulta privada para dedicarse de lleno al diseño de vestuario, ampliando en lo sucesivo sus creaciones hacia ropa playera. Así, los bikinis y trajes de baños pasaron a formar parte del catálogo OSKLEN y el must de los surfistas y los delgados cariocas que toman el sol en las playas brasileiras. Paulatinamente, fue adquiriendo más y más notoriedad en el mercado brasileño, hasta que en el año 2002 en el São Paulo Fashion Week presentó su primera colección formal: Brazilian Soul. De ahí en adelante, la marca se ha perfilado como una de las más importantes del también cada vez más llamativo mercado brasileño. Al punto que la revista Vogue americana le dedicó una página entera a los diseños de Metsavaht, convirtiéndose de paso en el primer diseñador brasileño con carrera sólo en tierras cariocas en ser entrevistado para la prestigiosa publicación. El New York Times la calificó en 2007 como una de las 7 marcas a las que hay que poner atención. Suma y sigue. La misma Anna Vintour, al ser presentada al diseñador en un evento neoyorquino, le confesó saber mucho de la marca porque las “chicas” le hablaban mucho de ella, refiriéndose a Gíselle Bündchen y otras modelos brasileñas. El éxito de la marca le ha significado varias invitaciones para presentar sus diseños en distintas pasarelas. Las colecciones de OSKLEN tienen un sello muy particular, pareciesen mezclar a la perfección lo natural con lo urbano, lo global con lo local, lo orgánico con lo tecnológico. De estas mezclas

salen colecciones cuya orientación es indudablemente eco-friendly. OSKLEN transita por la vereda de la moda ética, donde los procesos de creación y confección están siempre en función del cuidado del medio ambiente. Todas las colecciones de OSKLEN parecen tener en común un toque casual-chic que a estas alturas es casi un distintivo de la marca y que le ha permitido, a su vez, inspirar a otros actores del mercado fashion. La WGSN, una de las consultores de tendencias más importantes del mundo, lo ha calificado como una de las diez marcas brasileras más inspiradoras del mundo lo que le augura un futuro promisorio. La inspiración de Mendavaht viene de sus viajes, de un concierto, o incluso de una cena. Pero sin duda que lo que más salta a la vista en el estilo conceptual-comercial de la marca es la inspiración multicultural que viene dada por los viajes constantes de su director creativo que se confiesa un aventurero. OSKLEN cuenta con muchas tiendas en Brasil que distribuyen sus creaciones y también con boutiques propias en los sectores más fashion de Rio de Janeiro y São Paulo. También cuenta con tiendas en Nueva York, Tokyo y Roma y distribuidores a lo largo de toda Europa. Mucha otra información sobre mi mandante y su marca puede ser encontrada en su página Web www.osklen.com ilustrada más abajo, también puede encontrarse mayor evidencia sobre mi mandante y sus productos en la Declaración Jurada que fuera ya agregada al expediente administrativo. Estas pruebas nos permiten afirmar que estamos hablando de una empresa y una marca con prestigio a nivel mundial que en este caso solo busca proteger un interés legítimo y extender un derecho ya obtenido en otros países, por lo que nuestro país a través de la DPI debe otorgarle el derecho de protección que le corresponde.

VII. Acción civil para probar mejor derecho. La identidad de clase y cobertura entre la solicitud de mi mandante y el registro obviamente no es mera coincidencia. En efecto el registro brasileño de la marca OSKLEN de mi mandante es previo al registro OSKLEN en la clase 25 del Sr. ASRILEVICH, quien además tiene solicitadas y registradas vanas otras marcas en la clase 25, muchas de las cuales son curiosamente idénticas a conocidas marcas extranjeras. Todo esto se sumado al arriba probado prestigio de mi mandante no deja dudas de que se trata de un caso típico de especulación marcaria en perjuicio de mi mandante. Por esta razón, mi mandante iniciará la correspondiente acción civil tendiente a la extinción del registro OSKLEN, N° 285.423 en clase 25 a nombre del Sr. ASRILEVICH, cuyas constancias se agregarán posteriormente a autos

en virtud del Art. 219 del CPC, ya que la presentación de la presente demanda no pudo ser pospuesta por existir un plazo perentorio e improrrogable para la misma. Vale aclarar que la promoción de la acción civil no impide la tramitación del presente proceso ni amerita excepción previa de litispendencia ya que no se dan las identidades necesarias ni los requisitos para permitir la acumulación de acciones. En todo caso, mi mandante solicitará la suspensión del procedimiento cuando éste se encuentre autos para sentencia, hasta tanto se resolviera la acción civil contra el Sr. ARSILEVICH. Cabe agregar que no es necesaria la citación del Sr. ASRILEVICH al presente proceso ya que el mismo decidió no deducir oposición conforme a la Ley de Marcas por obvios motivos. El mismo ejercerá su correspondiente derecho a la defensa en la acción civil referida en el párrafo anterior. VII. Conclusiones. El registro de la marca OSKLEN en el Brasil a nombre de mi mandante, N° 814306144, solicitado el 22 de junio de 1988 y concedido el 1° de marzo de 1990, es anterior al registro base del rechazo de su solicitud, por lo que a mi mandante le asiste mejor derecho sobre la marca en cuestión de acuerdo al Convenio de París para extender un derecho ya adquirido y protegerlo en nuestro país. Además, mi mandante ya posee un registro nacional previo de la marca OSKLEN en la clase 09, registrado con el N° 328.457 en fecha 25 de febrero de 2010, que prueba que la misma ya es titular de la marca en nuestro país. Mi mandante goza de prestigio y fama que la hacen merecedora de protección en los términos de la Ley de Marcas, además de ser su marca ampliamente conocida en varios mercados mundiales, todo lo cual elimina la posibilidad de que la marca solicitada tenga un fin especulativo o desleal. Mi mandante iniciará acción civil tendiente a la extinción del registro OSKLEN, N° 285.423 en clase 25 a nombre del Sr. RICARDO ASRILEVICH BARNATAN, y así confirmará su legítimo derecho como titular de la marca. Estas consideraciones demuestran que las resoluciones recurridas carecen de fundamentos jurídicos válidos para denegar el registro de la marca de mi mandante, por lo que debe ser revocada por VV.EE. IX. Documentales. Poder General para Asuntos Judiciales y Administrativos otorgándome por mi mandante debidamente legalizado, que será agregado a la demanda en los términos del Art. 60 del CPC. Copia de las resoluciones administrativas mencionadas en la presente demanda. Constancia del registro brasileño N° 814306144 de la marca OSKLEN, solicitado el 22 de junio de 1988 y concedido el 1° de marzo de 1990 que será agregado oportunamente de conformidad al Art. 219 del CPC, ya que actual-

mente el mismo se encuentra pendiente de los trámites de legalización y envío. Copia autenticada del registro nacional previo de la marca OSKLEN en la clase 09, registrado con el N° 328.457 en fecha 25 de febrero de 2010, a nombre de mi mandante. Constancias de la acción civil tendiente a la extinción del registro OSKLEN, N° 285.423 en clase 25 a nombre del Sr. ASRILEVICH, a ser iniciadas por mi mandante, en virtud del Art. 219 del CPC”.

Termina solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que, en fecha 09 de mayo de 2012 (fs. 95 a 98 de autos) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, ELPIDIA ROJAS DE DELGADO Y RAMÓN RODRÍGUEZ, en representación del Ministerio de Industria y Comercio, a contestar la presente demanda contencioso-administrativa. Funda la contestación en los siguientes términos: “Que, el litigio se plantea cuando la Firma OM BRAND LICENSIVE LICENCIAMIENTO LTDA., solicita el Registro de la Marca: “OSKLEN”, a fin de distinguir todos los productos comprendidos en la Clase Internacional (18), siendo rechazada esta solicitud por el jefe de la Sección de Marcas de conformidad al Artículo 2° inc. f) de la Ley N° 1294/98 que dice: Los signos idénticos o similares a una Marca Registrada o Solicitada con anterioridad por un tercero para los mismos Productos o Servicios o para Productos o Servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación. Que, por Resolución N° 115 de fecha 24 de marzo de 2.010, el jefe de la Secretaría de Marcas dispuso rechazar la Solicitud de Registro de la Marca: “OSKLEN” Clase (18), siendo esta confirmada por el director de la Propiedad Industrial mediante Resolución N° 504 de fecha 14 de octubre de 2011, por la cual dispuso confirmar la Resolución del inferior y rechazar la Marca Solicitada. Que esta representación niega y rechaza cada uno de los términos esgrimidos por la adversa en su escrito de demanda salvo aquellas que sean expresamente reconocidas por nuestra parte, para afirmar: Que analizada la presentación de la Solicitud de Registro de la Marca se puede comprobar fehacientemente que la misma debe ser considerada idéntica y semejante con la Registrada “OSKLEN” Clase (25) y no podrán tener coexistencia pacífica por existir relación de clases creando riesgo de confusión entre los consumidores y por lo tanto no existen méritos suficientes como para ser registrado como marca nueva. Que, el hecho de que el actor manifieste de que su Marca Solicitada “OSKLEN” Clase (18), esté regis-

trado en otros países no le da derecho a que sea registrado también en nuestro país y más aún cuando ya existe un Registro previo de la marca “OSKLEN” en la misma Clase (25) y con quien guarda una identidad manifiesta que impide a que sea registrada como una marca nueva. Además esta representación debe afirmar y Vuestra Excelencia coincidirá con nosotros de que no es requisito esencial de que exista oposición para que una Solicitud de Marca sea rechazada, sino que basta como en este caso que sea idéntica y además protegerían los mismos productos que se relacionan entre sí, es decir, los de la Clase (25) que abarca por ejemplo productos tales como: vestidos, calzados, sombrerería, lo que nos da la pauta de que las resoluciones hoy recurridas fueron dictadas conforme a derecho y consecuentemente deben ser confirmadas por este Tribunal. Que esta representación considera que el recurso interpuesto es improcedente porque hay que destacar que esta institución en su carácter de juzgador con las potestades que le confiere la normativa en la materia y en defensa del interés público le asiste el efectivo derecho a salvaguardar al consumidor a fin de evitar que incurra en confusión o asociación con respecto a la procedencia del producto a ser registrado, ya que la misma puede constituir un nombre engañoso. Por último y para no alargar este escrito y no ser reiterativo, nos remitimos íntegramente a las resoluciones hoy recurridas, pues en ella se encuentran la verdad objetiva”.

Termina solicitando que, previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso administrativa con costas.

Que, a fs. 104 de autos obra el A.I. N° 1410 de fecha 11 de diciembre de 2012, por el cual se resolvió declarar la competencia del Tribunal para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar se recibió la causa a prueba por todo el término de ley.

Que, por providencia de fecha 16 de abril de 2013, obrante a fs. 128 vto. de autos, se llamó *Autos para Sentencia*.

Y EL MIEMBRO MAGISTRADO MARTÍN AVALOS VALDEZ PROSIGUIÓ DICIENDO: Que, en fecha 13 de enero de 2009 la firma OM BRAND LICENSIVE LICENCIAMIENTO LTDA. Solicitó el registro de la marca “OSKLEN” para cubrir productos comprendidos en la clase 18. Que el jefe de marcas de la Dirección de la Propiedad Industrial rechazó por Resolución N° 115/2010 la solicitud mencionada por considerar que la misma incurre en la prohibición

establecida en el Art. 2° de la Ley de Marcas 1294/98 que dicta en el inc. f): “Los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación”. Que este rechazo fue basado en que existe una marca “OSKLEN” ya registrada para la clase 25 a favor del señor RICARDO ASRILEVICH BARNATAN y ambas no pueden coexistir pacíficamente en el mercado.

Que, la citada resolución fue recurrida por la firma OM BRAND LICENSIVE LICENCIAMIENTO LTDA. y el director de la Dirección de la Propiedad Industrial confirmó la Resolución apelada rechazando en consecuencia la solicitud de registro de la marca “OSKLEN” para la clase 18.

Que, al hacer un análisis de las características de ambas denominaciones en pugna, tenemos que son exactamente iguales, ortográfica, visual y fonéticamente. Ambas marcas se denominan “OSKLEN”, pero es importante destacar que productos cubre la marca ya registrada y que productos pretende cubrir la marca solicitada. La marca “OSKLEN” registrada para la clase 25 cubre los siguientes productos: “Vestidos, calzados, sombrerería” y la marca “OSKLEN” cuyo registro es solicitado por la firma OM BRAND LICENSIVE LICENCIAMIENTO LTDA pretende cubrir artículos de la clase 18 que incluye los siguientes productos: “Cuero e imitaciones de cuero, productos de estas materias no comprendidos en otras clases; pieles de animales; baúles y maletas, paraguas, sombrillas y bastones; fustas y guarnicionería”.

Que, es de suma importancia destacar que ambas clases se dedican a la comercialización de productos semejantes, no existe una gran diferencia de los productos cubiertos por estas clases. Se tiene que la marca “OSKLEN” ya registrada se dedica a comercializar productos de vestimenta y la marca solicitada también pretende la comercialización de artículos de vestimenta y moda.

Que, de esa forma estamos ante dos posibles marcas dedicadas a la comercialización de prendas de vestir y artículos de moda, por tanto el riesgo de confundibilidad o asociación es evidente.

Que, tanto el jefe de Marcas como el director de la Propiedad Industrial dictaron las resoluciones hoy impugnadas respetando el principio de legalidad, ya que tienen la facultad de rechazar de oficio una solicitud de registro de marca que sea pasible de confusión o asociación y no pueda existir pacíficamente dentro del mercado sin necesidad de que exista oposición alguna de parte de terceros.

Que, a pesar de que la parte actora afirme y pruebe que tiene la marca registrada en varios países, no le da derecho de registrar la misma en el Paraguay, ya que afecta los derechos de una marca ya registrada con anterioridad y afecta la pacífica competencia existente en el mercado”.

Que, la Ley de Marcas N° 1294/98 establece en su Art. 2 Inc. f) lo siguiente: “No podrán registrarse como marcas: los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgos de confusión o de asociación con esa marca”, en concordancia con lo dispuesto en el Inc. g) del mismo cuerpo legal. Nuestra Ley es clara al proteger a las marcas registradas con antelación, de aquellos terceros que pretenden registrar denominaciones similares que pudieran causar confusión entre el público consumidor, la confusión tiene lugar al cotejar una marca con la otra y deja la misma impresión y el art. 15 de la misma ley establece: “El registro de una marca hecho de acuerdo con esta ley, concede a su titular el derecho al uso exclusivo de la misma y a ejercer ante los órganos jurisdiccionales las acciones y medidas que corresponden contra quien lesione sus derechos. Asimismo concede el derecho a oponerse al registro y al uso de cualquier otro signo que pueda inducir directa o indirectamente a confusión o a asociación entre los productos o servicios cualquiera sea la clase en que figuren, siempre que tengan relación entre ellos”.

Que, teniendo en cuenta lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina y jurisprudencia, se debe evitar el registro de marcas que puedan causar confusión en los consumidores.

Que, el maestro argentino Jorge Otamendi expresa en su obra “Derecho de Marcas”: “Hace a la esencia del sistema marcario, que no existan marcas confundibles pertenecientes a distintos titulares. Ello no solo perjudica al titular de la marca que puede perder clientela o ver afectado su prestigio, sino también al público consumidor que compra lo que en realidad no quería comprar.”

Que, en el caso que nos ocupa la coexistencia de ambas marcas en pugna provocarían una confusión directa haciendo que el comprador adquiriera un producto determinado convencido de que está comprando otro y también existe la posibilidad de que se produzca una confusión indirecta en los consumidores, creyendo que el producto que desea tiene un origen, un fabricante determinado o que ese producto pertenece a una línea de productos de un fabricante distinto de quien realmente los fabricó.

Que, por lo manifestado precedentemente y las pruebas arrimadas en la presente causa, podemos colegir que estamos ante dos marcas de productos que no podrán ser utilizadas por los consumidores sin posibilidad de confusión alguna, es posible advertir semejanzas determinantes, lo que podría producir que los consumidores se vean inducidos a todo tipo de errores respecto a la procedencia, cualidad y género de los productos a distinguir, por ende, no pueden estar juntas en el mercado. Es considerable el perjuicio que podría sufrir el señor Ricardo Asrilevich Barnatan titular de la marca registrada "OSKLEN" ya sea en el deterioro de su capacidad distintiva del signo, en la pérdida de la capacidad del público consumidor para reconocer los productos ofrecidos por la firma o en la menor capacidad de los consumidores para asociarlos y el riesgo de tomar una marca por otra.

Que, por lo expuesto precedentemente consideramos que el registro de la marca solicitada no cuenta con las suficientes diferencias de orden ortográfico, visual y fonético y esto provoca que sean confundibles, no permitiendo la coexistencia pacífica de ambas marcas en nuestro mercado, por lo que VOTO en sentido desfavorable al recurrente, no haciendo lugar a la presente demanda contencioso-administrativa, debiendo en consecuencia confirmar la resolución recurrida.

Que, en cuanto a las costas soy de opinión que las mismas sean impuestas a la parte perdedora, de conformidad con las normas contenidas en el Art. 192 del C.P.C

A SU TURNO LOS MIEMBROS MAGISTRADOS RODRIGO A. ESCOBAR Y AMADO VERON DUARTE DIJERON: Que se adhieren al voto del miembro preopinante por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas Primera Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos,
EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,
RESUELVE

1) NO HACER LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, deducida por la firma OM BRAND LICENSIVE LICENCIAMIENTO LTDA. contra las Resoluciones N° 115 del 24 de marzo de 2010

dictada por la Secretaría de Marcas y la N° 504 del 14 de octubre del 2011, Dict. Por la Dirección de la Propiedad Industrial.

2) CONFIRMAR, las Resoluciones N° 115 del 24 de marzo de 2010 dictada por la Secretaría de Marcas y la N° 504 del 14 de Octubre del 2011, Dict. Por la Dirección de la Propiedad Industrial, conforme a los términos expuestos en el considerando de la presente Resolución.

3) IMPONER, las costas de la instancia a la perdidosa.

4) ANOTAR, registrar, notificar y remitir ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rodrigo Escobar, Mario Ygnacio Maidana Griffith, Martín Avalos.

Ante mí: Miguel Colmán, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 124

Cuestión debatida: *Se analiza en estos autos, la denegatoria a la solicitud de pensión y gastos de sepelio del heredero de un veterano de la Guerra del Chaco, presentada en su calidad de hijo discapacitado. La Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda denegó la solicitud en razón de que ha prescripto la acción para solicitar la mencionada pensión, porque el veterano ha fallecido hace más de diez años, plazo establecido en la ley. El Tribunal de Cuentas, sin embargo, hace lugar a la demanda estableciendo la imprescriptibilidad de este tipo de acciones.*

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De los Beneméritos de la Patria. PENSIÓN. Beneficiario de pensión. Imprescriptibilidad. Hijos discapacitados.

El presente juicio se fundamenta en el Art. 130 de la Constitución Nacional, que dispone. “De los Beneméritos de la Patria: Los veteranos de la guerra del Chaco, y los de otros conflictos armados internacionales que se libren en defensa de la Patria, gozarán de honores y privilegios; de pensiones que les permitan vivir decorosamente; de asistencia preferencial, gratuita y completa a su salud así como de otros beneficios, conforme con lo que determine la ley. En los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados,

incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución. Los beneficios acordados a los beneméritos de la Patria no sufrirán restricciones y serán de vigencia inmediata, sin más requisito que su certificación fehaciente...”. Que la referida disposición constitucional no establece una distinción entre discapacidad congénita o sobreviniente; por el contrario, consagra la discapacidad como un derecho adquirido del beneficiario, sin otra condición o limitación que la de ser hijo heredero del causante, lo que se ha probado suficientemente en estos autos con las instrumentales más arriba mencionadas. El hecho de que la discapacidad sea sobreviniente o posterior al fallecimiento del veterano, no impide su derecho para acogerse a los beneficios o “privilegios especiales” que la Constitución Nacional y las leyes le otorgan.

PENSIÓN. Beneficiario de pensión. Imprescriptibilidad. Hijos discapacitados. Ley N° 4317/11.

No caben dudas en que se debe hacer lugar a la presente demanda. Sin embargo, disiento en relación al momento a partir del cual el actor debe percibir haberes de pensión, en razón a que debe ser aplicado el Art. 3° de la Ley N° 4317/2011 en virtud a que del análisis de los autos en estudio se puede comprobar que el actor ha presentado solicitud de pensión en fecha 16 de agosto de 2002, durante la vigencia del cuerpo legal referido.

Siendo así, el Art. 3° de la Ley N° 4317/2011, “Que fija beneficios económicos a favor de los veteranos y lisiados de la Guerra del Chaco” establece: *“Ante el fallecimiento del veterano o lisiado de la Guerra del Chaco le sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados en lo correspondiente al beneficio dispuesto en concepto de pensión mensual otorgada a los veteranos y lisiados de la Guerra del Chaco, a partir de la resolución dictada por el Ministerio de Hacienda por la cual se otorgara el beneficio”*. Conforme a lo anteriormente relatado, sustento el criterio de que corresponde el pago de los haberes de pensión recurrente a partir de la fecha de la Resolución DPNC N° 4670/2012, es decir 26 de diciembre de 2012. Es así, debido a que la Administración ha denegado en forma ilegal y erróneamente la solicitud del actor; por lo que al mismo le corresponde que su derecho se haga efectivo en igualdad de condiciones que aquellos a quienes se les otorga sin reparos en sede administrativa. (Voto por sus propios fundamentos. Mayoría).

T. de Ctas. Primera Sala. 19/05/14. JUICIO: “CALIXTO GONZÁLEZ SOSA c/ ART. 1° DE LA RESOLUCIÓN N° 4670 DEL 26/12/12 Y LA RESOLUCIÓN N° 941 DEL 13/MAR/13, DICTADAS POR LA DIRECCIÓN DE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DEL MINISTERIO DE HACIENDA” (Ac. y Sent. N° 124).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente,

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Dr. AMADO VERÓN DUARTE, MARTÍN AVALOS y RODRIGO A. ESCOBAR.

Y EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. AMADO VERÓN DUARTE, DIJO: Que en fecha 22 de marzo de 2013 (fojas 33/54 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el abogado JUAN HERMOSILLA en nombre y representación del Señor CALIXTO GONZÁLEZ SOSA a promover demanda contencioso-administrativa contra el Art. 1° de la Resolución N° 4670 de fecha 26 de diciembre de 2012, y la Resolución N° 941/13 de fecha 13 de marzo de 2013, dictadas por la Dirección de Pensiones no Contributivas del Ministerio de Hacienda. Funda la demanda en los siguientes términos: “...Que, por expresas instrucciones de mi nombrado mandante y por medio del presente escrito vengo a promover DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO contra la SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL MINISTERIO DE HACIENDA, con domicilio en la casa calle Humaitá N° 463 esquina Alberdi y 14 de Mayo, en la ciudad de Asunción; específicamente contra el Art 1° de la Resolución N° 4670 de fecha 26 de diciembre del 2012, dictada por la directora de Pensiones no Contributivas, dependiente de la Subsecretaría de Estado de Administración Financiera del Ministerio de Hacienda, por el cual se deniega por improcedente la solicitud de pensión y gastos de sepelio como heredero de veterano de la guerra del chaco, presentada por el señor CALIXTO GONZÁLEZ SOSA. Y contra la resolución confirmatoria de la misma, la RESOLUCIÓN N° 941/13 de fecha 13 de marzo del 2013, mi poderdante es hijo DISCAPACITADO, por amputación de su pierna lado derecho, extremo que se acredita en el Poder General por haber sido constatado a simple vista por la escribana y con el

Certificado Médico visado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, presentado ante el Ministerio de Hacienda, instrumento que obra en el expediente administrativo, Expte. SIME N° 42.856/2012; y heredero del extinto SOLDADO CANTALICIO GONZÁLEZ BENÍTEZ, veterano de la Guerra del Chaco, de conformidad a la S. D. N° 38 de fecha 14 de octubre del 2011, dictado por el Juzgado de Paz de Ciudad del Este, que en el apartado N° 1 resolvió: DECLARAR, que por fallecimiento del soldado CANTALICIO GONZÁLEZ y doña PASCUALA MARTÍNEZ VDA. DE GONZÁLEZ le sucede como único y universal heredero su hijo CALIXTO GONZÁLEZ SOSA y en tal sentido con derecho a gestionar jubilación, pensión, gastos de sepelio o haberes correspondientes establecidos en el ordenamiento legal respectivo. Que, en tal carácter y fundado en los arts. 14 de Ley 217/93, art. 28 de la Ley 431/73, como la Ley 190/70 Ley 1885/02, art. 12 de la Ley 2.345/03 y el art. 130 de la Constitución Nacional, mi poderdante, se ha presentado ante el MINISTERIO DE HACIENDA, con todas las documentaciones exigidas por la mencionada repartición del Estado, a los efectos de hacer efectivo el cobro de Gastos de Sepelio y la Pensión que le corresponden los artículos de las leyes enumeradas. Que, pese a la tan claras disposiciones legales y constitucionales, la Subsecretaría de Estado de Administración Financiera del Ministerio de Hacienda ha dictado la Resolución N° 4 670, de fecha 26 de Diciembre del 2012, que en el art. 1° de su parte resolutive dispuso: “Denegar por improcedente la solicitud de pensión y gastos de sepelio como heredero de Veterano de la Guerra del Chaco, presentada por el SR. CALIXTO GONZÁLEZ SOSA, por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución”. Cuyas copias autenticadas acompaño a esta presentación. Contra la mencionada resolución mi instituyente interpuso el RECURSO DE RECONSIDERACIÓN en fecha 11 de febrero del 2013, y el Ministerio de Hacienda nuevamente denegó la solicitud de mi comitente, a través RESOLUCIÓN N° 941/13 de fecha 13 de marzo del 2013. Conforme se desprenden de las resoluciones citadas supra, la Administración Pública sostiene que son aplicables al caso los Arts. 127 y 131 de la Ley N° 4581/11 “QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL 2012” y los Arts. 237 y 241 del DECRETO REGLAMENTARIO N° 8334/2012 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 4581/2011 “QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL 2012”, en concordancia con el Art. 660 de la Ley N° 1183/85 “CÓDIGO

CIVIL”. Y que haciendo un cotejo de datos entre la fecha de solicitud de pensión como heredero ante el Ministerio de Defensa Nacional (16 de agosto de 2012) y la fecha del fallecimiento del causante (7 de agosto de 1995), se constata que transcurrieron 17 (DIECISIETE) años y que de conformidad a las normativas legales invocadas el derecho de mi representado a solicitar Gastos de Sepelio y Pensión supuestamente prescribieron. IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO A PENSIÓN DE DISCAPACITADO. (En forma constante y unánime sosteniendo la SALA CONSTITUCIONAL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, cito las dos causas más recientes: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: “MARÍA VICENTA CÉSPEDES DE GONZÁLEZ c/ RESOLUCION DPNC-B N° 1895 DEL 31/12/2008 Y RESOLUCIÓN DPNC-B N° 689 DEL 06/04/2009». AÑO 2009 - N° 765. ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE de fecha ocho días del mes de junio del año 2012. Y en el juicio: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: FRANCISCA CAREAGA C/ RESOLUCIÓN DPNC-B N° 687/10”. AÑO 2010 N° 1016. En la cual recayó el ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: MIL TRESCIENTOS Y TRES, de fecha veinte y un días del mes de setiembre del año 2012). Que, el Art. 130 de la Constitución Nacional reza: “Los Veteranos de la Guerra del Chaco, y los de otros conflictos armados internacionales que se libren en defensa de la Patria, gozaran de honores y privilegios; de pensiones que les permitan vivir decorosamente; de asistencia preferencial, gratuita y completa a la salud, así como de otros beneficios, conforme con lo que determine la ley. En los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados, incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución. Los beneficios acordados a los beneméritos de la Patria no sufrirán restricciones y serán de vigencia inmediata, sin mas; requisito que su certificación fehaciente”. Que, el segundo párrafo del pre-transcripto artículo constitucional establece con claridad meridiana la imprescriptibilidad del derecho a pensión y los gastos de sepelio que como HIJO DISCAPACITADO y heredero de Veterano de la Guerra del Chaco le corresponde a mi representado. En efecto, en Art. 130 dispone: “En los beneficios económicos (refiriéndose a la pensión y gastos de sepelio de los Veteranos de la Guerra del Chaco) les sucederán sus viudas en hijos menores o discapacitados, incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución”. Al acuñar esta última frase, lo que la Constitución Nacional establece implícitamente es la impres-

criptibilidad del derecho a Pensión y Gastos de Sepelio para sus HIJOS DISCAPACITADOS; como es de público conocimiento el conflicto armado internacional que tuvo nuestro país con la hermana República de Bolivia, conocida como la “Guerra del Chaco”, se desarrolló entre los años 1932 a 1935, es decir, la Guerra del Chaco culminó CINCUENTA Y SIETE (57) años antes de la promulgación de la Constitución Nacional de 1992. Al solo efecto ilustrativo y para robustecer la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a pensión de HIJOS DISCAPACITADOS pongo el siguiente caso hipotético que podría suceder: “El señor JOSÉ DÍAZ, Veterano de la Guerra del Chaco, fallece a consecuencia de haber sufrido un paro cardíaco en el año 1937 (dos años después de terminar la Guerra), cuando su esposa estaba en el cuarto mes del embarazo, en el año 1938 nace JOSESITO DÍAZ, con discapacidad física para realizar actividad laboral de cualquier naturaleza. En el año 1993, un año después de la promulgación de la Constitución Nacional y CINCUENTA Y SEIS AÑOS (56) después del fallecimiento del causante, JOSESITO DÍAZ, hijo discapacitado y heredero de un Veterano de la del Chaco se presenta ante el Ministerio de Hacienda, con todos los recaudos legales, a solicitar Pensión y Gastos de Sepelio. La pregunta que se hace mi parte JOSESITO DÍAZ, heredero e HIJO DISCAPACITADO de Veterano de la Guerra del Chaco, a CINCUENTA Y SEIS AÑOS (56) del fallecimiento del causante, ¿prescribió su derecho a percibir pensión a la luz del Art. 130 de la Constitución Nacional? La respuesta es evidentemente NO, ya que la C.N. preceptúa claramente y hace hasta una excepción en materia de vigencia de las leyes, porque en principio todas las leyes disponen para el futuro conforme a art. 2º del Código Civil Paraguayo, que reza: “Las disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar los derechos adquiridos...”.

Sin embargo nótese que la Constitución Nacional establece una excepción a esta regla, es decir que el mencionado artículo 130 también regirá para hechos anteriores al año de su promulgación (1992) al regular: “En los beneficios económicos (refiriéndose a la pensión y gastos de sepelio de los Veteranos de la Guerra del Chaco) les heredaran sus viudas e hijos menores o discapacitados, incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución”. (Refiriéndose a los HIJOS DISCAPACITADOS de Veteranos de la Guerra del Chaco que han fallecido con anterioridad al año 1992), para así no hacer ningún tipo de discriminación y efectivizar el principio de igualdad consagrado en la misma Carta Magna, Art. 46: “DE LA IGUALDAD DE LAS

PERSONAS. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien...” y en el Art. 47, que reza: “DE LAS GARANTÍAS DE LA IGUALDAD. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) ... 2) la igualdad ante las leyes. 3) ... y 4) ...”. Sería muy injusto y discriminatorio que la Constitución beneficie solamente los hijos discapacitados de los Veteranos que hayan fallecido con posterioridad a la promulgación de nuestra Carta Magna, por lo que de forma expresa y sabiamente nuestros constituyentes hicieron una salvedad en cuanto a la vigencia de las leyes y así hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

CASO CONFLICTO DE LEYES. ORDEN DE PRELACIÓN. Que, para denegar la solicitud de PENSIÓN y Gastos de Sepelio de mi instituyente, la SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL MINISTERIO DE HACIENDA, fundó la Resolución N° 4670 de fecha 26 de diciembre del 2012, en las siguientes normativas legales: artículo 27 y 131 de la ley N° 4581/2011 “QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL 2012”, artículo 237 del DECRETO REGLAMENTARIO de la Ley N° 4581/2011, artículo 241 del DECRETO N° 8334/2012, artículos 660 y 657 de la Ley N° 1183/85 CÓDIGO CIVIL. Que, todas estas Leyes y el Decreto Reglamentario de las mismas son inferiores a la clara disposición constitucional. V.V.E.E. podrán notar que el MINISTERIO DE HACIENDA en ninguna parte de su Resolución denegatoria cita el Art. 130 de la Constitución Nacional, por lo que la misma no está fundada en la Ley Suprema, tal como imperativamente lo establece en su Art. 256 que reza: “... Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución...”. Que, para casos de antinomias o conflicto de debemos recurrir al Art. 137 de la Constitución Nacional: “DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado... Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”. No merece muchas disquisiciones el citado artículo, al establecer que se debe aplicar lo preceptuado en la Constitución Nacional, es decir, el Artículo 130 de la misma, y menciona además en la última parte que “Carecen de validez

todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”. Es decir, la resolución denegatoria del Ministerio de Hacienda carece de validez por oponerse a lo establecido en la Constitución Nacional. El tan mentado Art. 130 no hace ningún tipo de discriminaciones en cuanto a la DISCAPACIDAD; no hace distinción si de ser absoluta o relativa, temporal o permanente, física o psíquica, anterior, coetáneo o sobreviniente a la muerte del causante; por lo que el Ministerio de Hacienda aviesamente conculca su Resolución con lo dispuesto en el Art. 130 de la Constitución Nacional y pretende cercenar que mi representado hacer efectivo el cobro de PENSIÓN y Gastos de Sepelio que como heredero de HIJO DISCAPACITADO de Veterano Guerra del Chaco le corresponde. Consecuentemente la Administración Pública, en este caso la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, de manera alguna puede entonces restringir una norma constitucional, ni mucho menos oponerse a ella. PRUEBA DOCUMENTAL ACOMPAÑADA. Fotocopias del Poder General. Fotocopias de la Cédula de Identidad Civil de mi poderdante, autenticadas vía Escribanía. Certificado de Nacimiento de quien en vida fuera padre de mi instituyente, don Cantalicio González Benítez. Certificado de Matrimonio del causante. Certificado de Defunción del Veterano y de su cónyuge. Certificado de Nacimiento de mi poderdante. Fotocopias autenticadas de la Sentencia Declaratoria de Herederos. Fotocopias autenticadas vía Escribanía del Decreto de Pensión de Veterano (En la lista, en la segunda página figura el progenitor de mi representado, soldado Cantalicio González Benítez). Fotografía personal de mi instituyente (Calixto González Sosa) en donde se constata a simple vista su calidad de DISCAPACITADO, por amputación de su pierna derecha. Fotocopias de Cédula de Identidad Civil, de Carnet del Veterano. Y fotocopias autenticadas de Carnet del Veterano. y fotocopias autenticadas de constancias, expedidos por la Policía Nacional, Dirección de Apoyo Técnico, Departamento de Identificaciones, en donde se hace constar que el causante tenía Cédula de Identidad Civil. Fotocopias del comprobante del último pago de pensión al Veterano. Fotocopias de la Foja de Servicio expedido “DIRECCIÓN DEL SERVICIO DE RECLUTAMIENTO Y MOVILIZACION (DISERMOV)”, en donde consta que el Veterano de la del Chaco Cantalicio González Benítez de la clase 1903 nacido en Yataity, ha prestado servicio a la patria durante la guerra contra Bolivia revistando en R.I. 18 “PITIAANTUTA (REG. OCCIDENTAL)”, en carácter de soldado. Fotocopias autenticada del A.I. N° 525 de fecha

29 de noviembre del 2006, en donde se declaró que los nombres CANTALICIO GONZÁLEZ Y/O CANTALICIO GONZÁLEZ BENÍTEZ corresponden e identifican a una misma persona. Fotocopias autenticadas de la Resolución DPNC - 4670 de fecha 26 de diciembre del 2012, dictada por la directora de Pensiones no Contributivas, dependiente de la Subsecretaría de Estado de Administración Financiera del MINISTERIO DE HACIENDA, POR EL CUAL SE DENIEGA POR IMPROCEDENTE LA SOLICITUD DE PENSIÓN Y GASTOS DE SEPELIO COMO HEREDERO DE VETERANO DE LA GUERRA DEL CHACO, PRESENTADA POR EL SEÑOR CALIXTO GONZÁLEZ SOSA y la correspondiente notificación de dicha resolución. Fotocopias autenticadas de la Resolución DPNC - 941/13 de fecha 13 de marzo del 2013, dictada Directora de Pensiones no Contributivas, Dependiente de la Subsecretaría de Estado de Administración Financiera del MINISTERIO DE HACIENDA, en donde se resolvió NO HACER LUGAR al Recurso de Reconsideración interpuesta por mi instituyente. Y la notificación de la misma. Que, de conformidad al Art. 219 del Código Procesal Civil, aplicable al proceso contencioso-administrativo según la Ley 1462/35; ofrezco como medio de prueba el Expediente Administrativo, EXP. SIME N° 42.856/2012, cuyo contenido son todas las documentaciones enunciadas supra, y a más de las mismas, obra también en el mencionado Expediente el CERTIFICADO MÉDICO visado por el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, en donde consta la DISCAPACIDAD de mi instituyente por amputación de su pierna lado derecho. La misma obra en la SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL MINISTERIO DE HACIENDA, con domicilio en la casa de la calle Humaitá N° 463 esquina Alberdi y 14 de Mayo, en la ciudad de Asunción. DERECHO. Artículo 130 de la Constitución Nacional: “Los Veteranos de la Guerra del Chaco, y los de otros conflictos armados internacionales que se libren en defensa de la Patria, gozarán de honores y privilegios; de pensiones que les permitan vivir decorosamente; de asistencia preferencial, gratuita y completa a la salud, así como de otros beneficios, conforme con determine la ley. En los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados, incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución. Los beneficios acordados a los beneméritos de la Patria no sufrirán restricciones y serán de vigencia inmediata, sin más requisito que su certificación fehaciente”. Art. 14 de la Ley 217 de fecha 16/07/93 y dice: “En caso de muerte

de los mutilados, lisiados y Veteranos de la Guerra del Chaco, comprendidos en el Art. 1° de la Ley, su jubilación, pensión o haber de retiro pasará a beneficiar directamente a la viuda, hijas solteras sin medio de subsistencia e hijos, minusválidos con la misma asignación sin más trámite que la presentación de la cédula de identidad policial, carnet de viuda excombatiente, certificado de defunción carnet o foja de servicios del veterano que acrediten dichas titularidades”. Artículo 12 de la Ley N° 2345/03 “DE LA REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PRIVADO”, en su Art. 12 dispone concretamente que: “En caso de muerte de los mutilados, lisiados y veteranos de la Guerra del Chaco que cobran su jubilación o pensión en la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, los familiares sobrevivientes tendrán derecho a percibir en concepto de pensión el 75% de la pensión que percibía el causante, como sigue: a) la viuda, en concurrencia con los hijos solteros hasta la mayoría de edad y los minusválidos, en cuyo caso la mitad de la pensión corresponderá a la viuda, y la otra mitad a los citados hijos por partes iguales, b) a la viuda con menos de cuarenta años de edad le corresponderá una indemnización equivalente a diez mensualidades de la pensión que le hubiera correspondido. Esta suma es independiente de lo que pudiera recibir como contribución por los gastos de sepelio, de acuerdo con el Art. 28 de la Ley N° 431/73; c) los hijos huérfanos hasta la mayoría de edad, los hijos minusválidos, por partes iguales la totalidad de la pensión”. Código Civil paraguayo: Art. 2.443 establece: “Desde la muerte de una persona se transmiten la propiedad de los bienes y derechos que constituyen la herencia, a aquellos que deban recibirla”. Art. 2.444 en el in fine “...la herencia comprende todos los bienes, así como los derechos y obligaciones del causante que no se hubiera extinguido por su fallecimiento”. Art. 2505 establece: “La Declaración de herederos crea la presunción de ser titular del derecho sucesorio”. Art. 2.446: “Desde la muerte del causante, sus herederos le suceden en sus derechos efectivos y eventuales. Son poseedores de lo que su autor poseía aún antes de ejercer efectivamente el derecho sobre las cosas hereditarias. El heredero sobrevive un solo instante al causante transmite la herencia a sus propios herederos. De la norma transcrita más arriba podemos que la PENSIÓN no es un derecho pretendido o en pretensión, sino un derecho en existencia y como tal deber ser TRANSMITIDA A SU SUCESOR SU HEREDERO, ÚNICO, LEGÍTIMO Y DISCAPACITADO SR. CALIXTO GONZÁLEZ SOSA, a te-

nor de lo establecido en las misma Constitución Nacional. JURISPRUDENCIA. Existe copiosa jurisprudencia aplicable al caso autos, Acuerdos y Sentencias dictadas por el Tribunal de Cuentas y por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de entre ellas se pueden citar: El Tribunal de Cuentas, primera sala ha sostenido los autos caratulados: “GREGORIA DELIA OJEDA PÉREZ C/ RES. DPNC N° 939 DEL 13/05/09, Y LA RES. N° 1379 DEL 17/07/09, DICT. POR LA DIRECCIÓN DE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DEL MINISTERIO DE HACIENDA”. (Expte. N° 476, folio 390, año 2009). ACUERDO Y SENTENCIA N° 121. Ciento Veinte y Uno de fecha 25 de mayo del 2.011: “Quedando trabada la relación procesal en la forma descripta más arriba, y estando firme la providencia de fecha 20 de agosto de 2010, por la cual se llamó Autos para sentencia (fs. 99 vlto.), corresponde analizar el fondo de la cuestión y resolverlo según lo alegado y probado, conforme fundamentos que siguen: Que, como mencionamos más arriba, por Resolución SPNC N° 939 de fecha 13 de mayo de 2009, el Ministerio de Hacienda denegó el pedido de pensión solicitada por la Srta. GREGORIA DELIA OJEDA PÉREZ como heredera del Veterano de la Guerra del Chaco.

La denegatoria está fundada en sede del Ministerio de Hacienda en que “...Esta Asesoría Jurídica al tiempo de compartir el criterio instrumentado en el Dictamen N° 28/08 de la Abogacía del Tesoro, recomienda denegar por improcedente el pedido de la Srta. GREGORIA DELIA OJEDA PÉREZ, por no ajustarse a derecho, teniendo en cuenta que el causante ha fallecido en fecha 12 de junio de 1937, transcurriendo casi 70 años hasta la solicitud ante el Ministerio de Defensa Nacional, por lo que se deduce todo ese tiempo la solicitante ha podido subsistir, asimismo, el objetivo de la Ley es que aquellas persona dependían del veterano al tiempo de su fallecimiento, no queden desamparadas...”. Por otra parte, pasamos a considerar igualmente desde óptica los términos de la demanda con el objeto de dejar en claro sobre la solicitud de pensión realizada por la Srta. Gregoria Delia Ojeda Pérez, de fecha 08 de octubre de 2009, la norma invocada por la parte actora para iniciar esta demanda contencioso-administrativa está dada en el Art. 14 de la Ley 217 de fecha 16/07/93 y dice: “En caso de muerte de los Mutilados, Lisiados y Veteranos de la Guerra del Chaco, comprendidos en el Art. 1 de esta Ley, su jubilación, pensión o haber el retiro pasara a beneficiar directamente a la viuda, hijas solteras sin medios de subsistencia e hijos minusválidos, con la misma asignación sin más trámites de la presenta-

ción de la cédula de identidad policial, carnet de viuda ex combatiente, certificado de defunción, carnet o fojas de servicios del veterano que acrediten dichas titularidades», el Ministerio de Hacienda deniega la pensión en fecha 13 de mayo de 2009, por Resolución N° 939 a razón del que el «causante ha fallecido en fecha 12 de junio de 1937, transcurriendo casi 70 años, hasta la solicitud contra el Ministerio de Defensa Nacional, por lo que se deduce todo ese tiempo la solicitante ha podido substituir, así mismo, el objetivo de la Ley es que aquellas personas que dependían del veterano al tiempo de su fallecimiento no queden desamparados». Como puede verse esta norma, Artículo 14 de la Ley 217, estaba a beneficio de la persona viuda, hija soltera sin medio de subsistencia e hijos minusválidos, quienes desde la promulgación de la Ley se convierten en titulares de la norma, siendo pues titulares de un derecho creado por Ley, desde ese momento nace la acción de petionar (Acuerdo y Sentencia N° 36 de fecha 14 de marzo de 2002), y así mismo lo hizo la Srta. Gregoria Delia Ojeda Pérez en fecha 20 de abril de 2007, según se puede leer en el considerando de la Resolución N° 939 de fecha 13 de mayo de 2009, dictada por el Director de Pensiones No Contributivas, donde solicita la pensión en carácter de heredera, hija discapacitada. Que Artículo 130 de la Constitución Nacional establece en cuanta “DE LOS BENÉMERITOS DE LA PATRIA. Los veteranos de la Guerra del Chaco, y los de otros conflictos internacionales que se liberen en defensa de la patria gozarán de honores y privilegios; de pensiones que le permitan vivir decorosamente, de asistencia preferencial y gratuita y completa a su salud, así como de otros beneficios conforme con lo que determine la Ley. En los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados, incluido los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución los beneficios acordados a los beneméritos de la Patria no sufrirán restricciones y serán vigencia inmediata, sin más requisitos de su certificado fehaciente. Los ex prisioneros de guerra bolivianos, quienes desde la firma del Tratado de Paz hubiesen optado por integrarse definitivamente al país, quedan equiparados a los veteranos de la Guerra del Chaco, de los beneficios económicos y beneficios asistenciales. Asimismo la Ley N° 2345/03 “DE LA REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL. SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PRIVADO” en su Art. 12 dispone concretamente: “...En caso de muerte de los mutilados, lisiados, y veteranos de la Guerra del Chaco que cobran su Jubilación o Pensión en la Dirección de Jubilaciones y

Pensiones del Ministerio de Hacienda, los familiares sobrevivientes tendrán derecho a percibir en concepto de pensión el 75% de la pensión que percibía el causante, como sigue: a) la viuda, en concurrencia con los hijos solteros, hasta la mayoría de edad, y los minusválidos en cuyo caso la mitad de la pensión corresponderá a la viuda, y la otra mitad a los citados hijos por partes iguales ; b) a la viuda con menos de 40 años de edad le corresponderá una indemnización equivalente a 10 mensualidades de la pensión que le hubiera correspondido. Esta suma es independiente de lo que pudiera recibir como contribución por los gastos de sepelio, de acuerdo con el Art. 28 de la Ley N° 431/73; c) los hijos huérfanos hasta la mayoría de edad, los hijos minusválidos, por partes iguales la totalidad de la pensión”. Que, a fs. 75/76 de autos consta la copia autenticada la Resolución N° 1379 de fecha 17 de julio de 2009 dictada por el Director de Pensiones No Contributivas por la cual se resuelve “denegar por improcedente la solicitud de reconsideración de la Resolución DPNC - B 939 de fecha 13 de mayo de 2009, presentado por el Srta. GREGORIA DELIA OJEDA PÉREZ, por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución”, en el presente del mismo se lee que de conformidad al Art. 90 de la Ley N° 3692/09”. La Ley N° 3692/09 en el Art. 90 establece: “Para otorgar pensión a los herederos de los veteranos y lisiados de la Guerra del Chaco en carácter de discapacitados, será requisito fundamental que la comisión de discapacidad de los mismos, debe darse antes del fallecimiento del causante. La discapacidad que concede el derecho pensión debe ser del 100%, para el ejercicio de toda actividad laboral”. A fojas 64 de autos obra copia autenticada del informe de la junta médica para jubilaciones y pensión del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social en el cual se certifica la discapacidad para el trabajo de la Srta. GREGORIA DELIA OJEDA PÉREZ, ampliación: “Incapacidad física por ceguera ojo izquierdo con problemas cardíacos No es congénito”. Del informe se desprende que la accionante cuenta con una incapacidad lo que la limita para realizar actividad laboral, por lo que la exigencia establecida por el art. 90 de la Ley 3692/09, lo sitúa en una posición de desproporción, pues supedita la pensión al cien por ciento de la discapacidad, cuando que la norma constitucional Art. 130, no realiza discriminación alguna con respecto al grado de discapacidad de la herederos de los Veteranos de la Guerra del Chaco. La restricción de los beneficios acordados a los Veteranos y sus herederos no encuentra sustento en el Art. 130 de la Carta Magna, pues la misma no establece discriminaciones de ningún tipo, por lo

tanto mal podría ninguna Ley o Resolución Administrativa establecer distinciones o limitaciones que generan discriminaciones entre los beneficiarios de dicha norma Constitucional. Asimismo debemos tener en cuenta lo establecido por el Art. 46 de la Constitución Nacional, que establece: “Todos los habitantes de la Republica son iguales en dignidad y en derecho. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorio sino igualitarios”. Siendo así y a las constancias de autos, el certificado de defunción del Veterano de la Guerra del Chaco Santiago Ojeda Colmán (fs. 25), copia autenticada expedida por la Dirección del Servicio de Reclutamiento y Movilización en la que consta que el Veterano de la Guerra del Chaco Santiago Colmán ha prestado servicio a la patria durante la guerra con Bolivia revistado en el R.I. 5 Gral. Díaz en carácter de soldado (fs. 47), el certificado de nacimiento del recurrente (fs. 31), la SD N° 304/07 de fecha 24 de marzo de 2007 por la cual se resuelve declarar que por el fallecimiento del excombatiente de la Guerra del SANTIAGO OJEDA COLMÁN, le sucede como heredera su hija matrimonial, señora GREGORIA DELIA OJEDA PÉREZ (36/37), a fs. 78 se halla agregada el dictamen fiscal N° 78 de fecha 21 de febrero de 2007 en la que considera pertinente lo solicitado, a fojas 64 de autos obra copia autenticada del informe de la Junta Médica para Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Salud y Bienestar Social en el cual se certifica la discapacidad para el trabajo de la señorita Gregoria Delia Ojeda Pérez. Ampliación: “Incapacidad física por ceguera ojo izquierdo con problemas cardíacos. No es congénito”, documentos requeridos para la solicitud ante el órgano administrativo pertinente y de conformidad a las reiteradas jurisprudencias administrativas del Tribunal de Cuentas 1ª Sala, y en numerosa otra causa que ha merecido igual tratamiento por este Tribunal establece. Que la Ley correcta aplicada a este caso es el que se hallaba vigente al tiempo de la solicitud hecha por la Srta. GREGORIA DELIA OJEDA PÉREZ, de la pensión que le corresponde por ser hija discapacitada del Veterano de la Guerra del Chaco soldado Santiago Colmán en fecha 30 de abril de 2007, por tanto y hallándose reunidas las condiciones que la Ley exigía en ese momento para el beneficio de la pensión solicitada por parte actora, corresponde hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa”. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. JUICIO: “ELVIO GRACIANO BARRIOS DUREZ C/ RES. DPNC N° 864

DEL 04/05/2009, DICT. POR LA DIRECCIÓN DE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DEL MINISTERIO DE HACIENDA”. (Expte. N° 483, folio 390, año 2009). ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO 89 OCHENTA Y NUEVE de fecha 02 de mayo del año dos mil once: “... Que, la restricción de los beneficios Acordados a los Veteranos y sus herederos no encuentra sustento en el Art. 130 de la Carta Magna, pues el mismo no establece discriminaciones de ningún tipo, por lo tanto, mal podría ninguna ley o resolución administrativa establecer distinciones o limitaciones que generen discriminaciones entre los beneficiarios de dicha Constitucional”... De conformidad a las reiteradas jurisprudencias administrativas del Tribunal de Cuentas, 1ª Sala, y en numerosa otra causa que ha merecido igual tratamiento por este Tribunal. Que la Ley correcta a ser aplicada a este caso es la que se hallaba vigente al tiempo de la solicitud hecha por el señor Elvio Graciano Barrios, de la pensión que le corresponde por ser hijo discapacitado del Veterano de la Guerra del Chaco soldado Secundino Barrios, por tanto y hallándose reunidas las condiciones que la ley exigía en ese momento para el beneficio de la pensión solicitada por parte actora, corresponde hacer lugar a la presente demanda contenciosoadministrativa... Que, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, en numerosos fallos ha sostenido lo siguiente: “...Del informe se desprende que el accionante cuenta con una invalidez permanente que lo limita para las actividades en la que requiera del mínimo esfuerzo, o plenitud física, por lo que la exigencia establecida por el Art. 90 de la Ley 3692/09, lo sitúa en una posición de desproporción pues supedita la pensión al cien por ciento de la discapacidad, cuando que la norma constitucional Art. 130, no realiza discriminación alguna con respecto al grado de discapacidad de los herederos de los Veteranos de la Guerra del Chaco. La restricción de los beneficios acordados a los Veteranos y sus herederos no encuentra sustento en el Art. 130 de la Carta Magna, pues el mismo no establece discriminaciones de ningún tipo, por lo tanto mal podría ninguna Ley o Resolución Administrativa establecer distinciones o limitaciones que generen discriminaciones entre los beneficiarios de dicha Constitucional. Así mismo debemos tener en cuenta lo establecido por el Art. 46 de la Constitución Nacional, el cual establece: Todos los Habitantes de la Republica son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualita-

rios”. Siendo así y a las constancias de autos, el certificado de defunción del veterano de la Guerra del Chaco Crescendo Medina (fs. 24) copia autenticada expedida por la Dirección del Servicio de Reclutamiento y Movilización en la que consta que el Veterano de la Guerra del Chaco Crescendo Medina ha prestado servicio a la patria durante la guerra contra Bolivia revistando en R.Z. 1 Gral. Aquino en carácter de soldado (fs. 52), el certificado de nacimiento del recurrente (fs. 23), la S.D. N° 3 de fecha 20 de julio de 2002 por la cual se resuelve declarar por fallecimiento del VETERANO SOLDADO CRESCENCIO MEDINA, le sucede como único y universal heredero su hijo REMIGIO MEDINA y en tal concepto con derecho a GASTOS DE SEPELIO y PENSIÓN que le corresponde y los privilegios establecidos Art. N° de la Ley 190/70 y Art. 28 de la Ley N° 431/73 sin perjuicios a terceros, a fs. 57 el dictamen fiscal N° 270 de fecha 20 de abril de 2007 en la que se considera que corresponde el pedido, a fojas 70 de autos obra copia autenticada del informe de la Junta Médica para Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social en el cual se certifica la discapacidad para el trabajo del señor Remigio Medina Vargas, documentos requeridos para la presentación solicitud ante el órgano administrativo pertinente, y de conformidad a las reiteradas jurisprudencias administrativas del Tribunal de Cuentas, 1ª Sala y en numerosa otra causa que ha merecido igual tratamiento por este Tribunal. Que la Ley correcta a ser aplicada a este caso es la que se hallaba vigente al tiempo de la solicitud hecha por el señor Remigio Medina Vargas, de la pensión que le corresponde por ser hijo discapacitado del Veterano de la Guerra del Chaco Soldado Crescendo Medina, por tanto y hallándose reunidas las condiciones que la ley exigía en ese momento para el beneficio de la pensión solicitada por parte actora, corresponde hacer lugar a la presente demanda contenciosa administrativa...”. JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido en casos análogos de autos, que: “En primer lugar, debemos tener en cuenta el Art. 130 de la Constitución Nacional el cual dispone: “Los veteranos de la Guerra del Chaco, y los de otros conflictos armados internacionales que se libren en defensa de la Patria, gozaran de honores y privilegios, de pensiones que les permitan vivir decorosamente; de asistencia preferencial, gratuita y completa a su salud, así como de otros beneficios, conforme con lo que determine la Ley. En los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o

discapacitados, incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución. Los beneficios acordados a los beneméritos de la Patria no sufrirán restricciones y serán de vigencia inmediata, sin más requisito que su certificación fehaciente. Los ex prisioneros de la guerra bolivianos, quienes desde la firma del Tratado de Paz hubiesen optado por integrarse definitivamente al país, quedan equiparados a los veteranos de la Guerra del Chaco en los beneficios económicos y prestaciones asistenciales”. Vemos entonces, que la restricción de los beneficios acordados a los veteranos y sus herederos no encuentra sustento en el Art. 130 de la Ley Suprema, el cual no establece discriminaciones de ningún tipo. Así también, del artículo transcrito previamente vemos que la Constitución no establece el tiempo dentro del cual debe ser presentado el pedido de pensión. Por lo tanto, la Administración Pública, es este caso la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda de manera alguna puede entonces restringir una norma constitucional, ni mucho menos oponerse a ella. Por otra parte, el hecho de que se supedita la pensión al 100% de la discapacidad resulta incongruente, a más de constituirse en una norma discriminatoria, atentando a su vez directamente contra el Art. 130 de la Constitución, habida cuenta que el mismo no hace distinción o mención específica al grado de incapacidad con el cual debe contar la persona que pretenda acceder a la pensión, es decir, no diferencia si la misma deba ser absoluta o relativa. Recordemos que en caso de conflicto o colisión en la aplicación de leyes debemos apelar al Art. 137 Constitución Nacional, el cual establece: “DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. La ley suprema de la República es la Constitución. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución...”. De la lectura de las resoluciones impugnadas a la luz de la normativa constitucional, nos permite concluir que efectivamente el texto de la Ley Fundamental ha sido dejado de lado por las resoluciones dictadas por el Ministerio de Hacienda al establecer requisitos no enunciados en la propia Constitución para denegar la pensión a la recurrente. Por los motivos expuestos precedentemente, corresponde hacer lugar a la Acción de Inconstitucionalidad promovida por la Sra. MARIA CÉSPEDES DE GONZÁLEZ y en consecuencia declarar la inaplicabilidad de las Resoluciones N° 1895 del 31 de diciembre de 2008 y N° 689 del 6 de abril de 2009, dictadas por la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda, en relación a la accionante...”.

Termina solicitando que, previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso administrativa.

Que en fecha 19 de junio de 2013 (fojas 123/129 de autos), se presentó ante el Tribunal de Cuentas, el abogado fiscal FABIO A. MENDIETA G., bajo patrocinio del abogado del Tesoro Abog. HERNÁN W. MARTÍNEZ SÁNCHEZ a contestar demanda en representación del Ministerio de Hacienda, en los siguientes términos: “Que, en tiempo oportuno y debida forma, venimos a contestar demanda contencioso administrativa contra el Art. 1o de la DPNC N° 4670/12 y RES. DPNC N° 941/13 respectivamente, la Dirección de Pensiones No Contributivas de esta Cartera solicitando desde ya de VV.EE. su rechazo e imponiendo las costas al accionante por improcedente, en los siguientes términos: **NEGACIÓN CATEGÓRICA:** Niego categóricamente los hechos y derechos en que fundarse la parte actora en la demanda que se contesta, que expresamente reconocidos en esta presentación. Lo que peticiono se tenga en cuenta para lo que hubiere lugar. Niego también en forma categórica que resulte procedente la revocatoria de las Resoluciones DPNC N° 4670/13 y 841/13, respectivamente, de la Dirección de Pensiones No Contributivas, fundado en las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación se exponen: La parte medular del escrito de demanda señala “...Que, es hijo discapacitado, por amputación de su pierna lado derecho, extremo que se acredita en el Poder General por haber sido constatado a simple vista por la escribana y con el Certificado Médico visado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, presentado ante el Ministerio de Hacienda, instrumento que obra en el expediente administrativo, Exp. SIME N° 42.856./2012; y heredero del extinto SOLDADO CANTALICIO GONZÁLEZ BENÍTEZ, veterano de la Guerra del Chaco, de conformidad a Ia S.D. N° 38 de fecha 14 de octubre de 2011, dictado por el Juzgado de Paz de Ciudad del Este, que en el apartado N° 1 resolvió: DECLARAR, que por fallecimiento del soldado CANTALICIO GONZÁLEZ y doña PASCUALA MARTÍNEZ Vda. de GONZÁLEZ le sucede como único y universal heredero su hijo CALIXTO GONZÁLEZ SOSA y en tal sentido con derecho a gestionar jubilación, pensión, gastos de sepelio o haberes correspondientes establecidos en el ordenamiento legal respectivo...», entre otras cosas. De la simple lectura del escrito de demanda, VV.EE puede apreciar lo descabellado y lo temerosa de la pretensión de la adversa y que los actos administrativos que se pretenden impugnar se hallan ajustados a

estricto derecho en base a los lineamientos establecidos en la ley previsional que nos ocupa aplicar. Véase al respecto, que sobre el particular no hay normas ni artículos ambiguos que deben ser interpretados, ni derechos avasallados tal cual como lo insinúa la actora en su escrito de demanda, sino que de acuerdo al principio de legalidad la misma debe ser aplicada con criterios restrictivos, tal cual exige la Ley N° 2345/03 “DE REFORMA Y SOSTEI LA CAJA FISCAL SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO”. Como primer término, observamos que la Constitución Nacional en su Art. 130 expresa: “...En los beneficios económicos le sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados, incluidos los de veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución. Los beneficios acordados a los beneméritos de la patria no sufrirán restricciones y serán de vigencia inmediata, sin mas requisito que su certificación fehaciente”. de este modo la Ley, en su carácter tuitivo, salvaguarda y prevé el ejercicio de los derechos de los hijos menores, así como el de los “DISCAPACITADOS”, del excombatiente; que son beneficiados con la pensión por la imposibilidad de realizar trabajo alguno, en el caso del menor y del discapacitado dependiente del mismo. Como segundo término, cabe oportuno remarcar que para ser beneficiaria de la pensión solicitada, el recurrente tuvo que haber vivido bajo el amparo y/o techo del benemérito de la patria, así como comprobar de manera inequívoca y fehaciente que indefectiblemente había una dependencia económica del mismo, hecho que tampoco se constata en autos, independiente a la mera declaración realizada por la actora. Como tercer punto a mencionar, entendemos que la incapacidad que refiere el cuerpo de la ley, es referida una inactividad e incapacidad total del trabajo por parte del o la beneficiaria, enfermedades mentales como ser el síndrome de Down, autismo, esquizofrenia, sordomudez o tal vez alguna derivada por las secuelas de parálisis infantil, enfermedades las cuales causan una total discapacidad para el trabajo, y dejan al menor o discapacitado en una orfandad e indefensión total. Es por ello que la CARTA MAGNA prevé mecanismos de defensa al respecto. Si alentáramos la tesis sostenida por la recurrente, mas de las tres cuartas partes de la población paraguaya, tendrá discapacidad para trabajar pasado los cuarenta años, so pretexto de tener ARTROSIS o hipertensión arterial o en su defecto trastorno bipolar, enfermedades propias de la edad. Este extremo es de opinión que los fundamentados esgrimidos por la demandante no son excluyentes para el ejercicio del trabajo sino que son limitantes.

Convengamos que llegada a cierta edad, el ratio laboral se circunscribe en una circunferencia más pequeña en el abanico de elección al empleado, limitándolo a este a ocupar uno u otro puesto. El argumento “ad misericordia”, hábil e inteligentemente esbozada por la adversa, es bastante conmovedor, en razón a que toca las fibras más íntimas y delicadas de cualquier ser racional, puesto que todos y cada uno de nosotros debemos indefectiblemente atravesar dicha etapa “senectud”, y que sin los recursos mínimos, esa senectud se hace mucho menos llevadera. Ahora bien, no podemos escapar de lo que establece la normativa, dado que el adagio “dura lex, sed lex”, debe ser irremediablemente aplicado al caso, puesto que legalmente deviene improcedente el otorgamiento del mentado beneficio al recurrente, por no tipificarse su “limitación”, en la esfera de incapacidad total del trabajo al tiempo de la muerte del causante, ni comprobar fehacientemente su dependencia económicamente del mismo. Se puede afirmar que su actual “discapacidad” fue originada por el transcurso del tiempo, ¿no llama poderosamente la atención de VV.EE. el hecho que un hombre de casi 70 años de edad solicite la pensión que en vida correspondió a su padre fallecido hace 17 años? ¿Cómo subsistió el actor todo este tiempo? Este extremo entiende que los beneficiarios de la pensión a que se refiere la ley, deben pertenecer al más alto grado de deficiencia, quienes están 100% imposibilitados de valerse por sí mismos, no quienes sufren de limitaciones parciales y se hallan en condiciones de realizar diversas labores para ganarse el sustento, conforme lo verificamos en los diversos ámbitos de la actividad laboral pública y privada. No es dable que la administración deba solventar de por vida a quienes padezcan de una simple enfermedad o una limitación parcial. No pretendemos caer en casuísticas, pero cabe mencionar que entre los casos que nos ocupa, se han dado situaciones hasta si se quiere pintorescas, de pedidos de pensiones por arteriosclerosis, por amputación de un dedo, por presión arterial y diversas otras situaciones que hasta causa el asombro de la gente de la previsional. Sin embargo, con relación a los Gastos de Sepelio, debemos mencionar que esta Repartición Ministerial en su Dictamen ABT N° 643 fecha 21 de agosto de 2007, hace referencia a los plazos de prescripción que el Código Civil establece. En ese sentido el Código Civil vigente, en su Art. 657, dispone: “La prescripción extintiva se produce por la inacción del titular del derecho durante el tiempo establecido por la Ley”. Igualmente, el Art. 660; del mismo cuerpo legal establece el plazo de cinco años para reclamar “LO QUE NO SIENDO EL CAPITAL, DEBERÁ PAGARSE POR AÑOS

O PLAZOS PERIÓDICOS MÁS CORTOS, COMO LAS ANUALIDADES DE LAS RENTAS VITALICIAS; Y LOS INTERESES QUE DEBAN ABONARSE PERIODICAMENTE...”. CON RELACIÓN AL CASO, la Ley N° 4581/2011 “QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL 2012”, en el Art. 127 reza: “...Para otorgar pensión a los herederos de los veteranos y lisiados de la Guerra del Chaco en carácter de discapacitados, será requisito fundamental que la condición de discapacidad de los mismos debe darse antes del fallecimiento del causante. La discapacidad que concede el derecho a la pensión debe ser del cien por ciento (100%), para el ejercicio de toda actividad laboral, a ese efecto, se aplicará lo establecido en el Art. 659 del Código Civil Paraguayo...”.

Asimismo, el Decreto Reglamentario N° 83334/2012 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 4581/2011, QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL 2012, en el Art. 237 establece lo siguiente: “El informe emitido por la Junta Médica para Jubilaciones y Pensiones deberá establecer el porcentaje de discapacidad, y el tiempo de padecimiento de dicha discapacidad. Según el caso, acompañada de su historial médico expedido por el profesional médico matriculado de cabecera o por quien por último lo haya tratado. La acción para reclamar la pensión prescribe a los 10 años del fallecimiento del causante, de conformidad con el Art. 659 inc. e) del Código Civil Paraguayo”. (La negrita y el subrayado son nuestros. En lo referente a los gastos de sepelio, el Decreto N° 8334/2012 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 4581/2011, QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN PARA EL FISCAL 2012”, en su Art. 241, reza: “A los efectos previstos en el Art. 131; de la Ley N° 4581/2011, únicamente en el caso del fallecimiento de un Veterano, Mutilado o Lisiado de la Guerra del Chaco, pensionado en la DPNC, el MH a través de la DPNC, dispondrá por resolución el pago del importe equivalente a seis meses de pensión, en concepto de gastos de sepelio, a su esposa o hijos. El plazo fijado en la Ley, se considerara a partir del ingreso de la solicitud en el SIME del MH, a ese efecto se aplicará lo establecido en el Art. 660 del Código Civil Paraguayo”. Por su parte, la Ley N° 1183/85 CÍDIGO CIVIL, en su Art. 657, dispone: “La prescripción extintiva se produce por la inacción del titular del derecho durante el tiempo establecido por la Ley”. El Art. 660 del mismo cuerpo legal mencionado más arriba, expresa: “PRESCRIPCIÓN TEMPORAL”: Prescriben por cinco (5) años las acciones para recla-

mar: a)...b)...c) lo que no siendo el capital, deba pagarse por años o plazos periódicos más cortos, como las anualidades de vitalicias; y los intereses que deban abonarse periódicamente...”. En este sentido, se advierte que durante el tiempo comprendido entre el fallecimiento del Veterano (7 de agosto de 1995) y la presentación del pedido de Gastos de Sepelio ante el Ministerio de Defensa Nacional (16 de agosto de 2012, ha transcurrido en exceso el plazo establecido en el Art. 660 del Código Civil Paraguayo, operándose en consecuencia la prescripción del derecho. Que, por otro lado, la prescripción es considerada e las instituciones sociales como la más necesaria del orden publico, creada para dar estabilidad y firmeza a los negocios, disipar incertidumbres del pasado, y poner fin a la indecisión de los derechos. Su fundamento es por regla general, el deseo del legislador de imponer la paz social. Se convierte en un castigo al negligente, con la cual se sanciona al que mantiene su negligencia en el reclamo en sus derechos, durante el tiempo fijado asumiendo al que abandona. No aplicar el criterio restrictivo en el presente “tema decidendum” atentaría groseramente contra el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional, la Dirección de Pensiones No Contributivas ha aplicado correctamente la ley, ella se halla compelida a proveer solo conforme lo que la Ley establece y excluyen realizar interpretaciones extensivas de la misma. Ahora bien, la tesis presentada por el señor CALIXTO GONZÁLEZ SOSA, carece totalmente de fundamentos y es manifiestamente peregrina e incongruente, en razón a que la misma no considera importante los criterios jurídicos firmemente aplicados por la administración en relación al otorgamiento de pensión a hijos “MINUSVALIDOS”. En ese sentido, observamos el completo desatino jurídico en el que incurre la demandante al solicitar los beneficios señalados, denegados y fundamentados por el Ministerio de Hacienda correctamente por ser a todas luces improcedente”.

Termina solicitando que previo los tramites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso administrativa imponiendo costas a la accionante.

Que por A.I. N° 533 de fecha 05 de julio de 2013 (fs.130) este Tribunal declaró la competencia del Tribunal para entender en el presente y juicio, y existiendo hechos que probar, recibió la causa a prueba por todo el término de ley.

Que a fs. 139 vlto. obra el informe del Actuario de fecha 25 de setiembre de 2013, en relación a las pruebas producidas, las cuales son: Parte actora: instru-

mentales, escrito de demanda y documentos obrantes a fs. 1/54 de autos. Antecedentes Administrativos que obran a fs. 57/117 de autos. Parte demandada: Instrumentales, Antecedentes Administrativos que obran a fs. 57/117 de autos. Escrito de contestación de la demanda y documentos obrantes a fs. 119/129 de autos.

Que por providencia de fecha 25 de setiembre de 2013 (fs. 139 vlto.), se llamó AUTOS PARA SENTENCIA, resolución que a la fecha se halla firme y ejecutoriada.

Y EL EXCMO. MIEMBRO DR. AMADO VERÓN DUARTE PROSIGUIÓ DICIENDO: Que en fecha 22 de marzo de 2013 (fojas 33/54 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el abogado JUAN HERMOSILLA en nombre y representación del señor CALIXTO GONZÁLEZ SOSA a promover demanda contencioso-administrativa contra el Art. 1° de la Resolución N° 4670 de fecha 26 de diciembre de 2012, y la Resolución N° 941/13 de fecha 13 de marzo de 2013, dictadas por la Dirección de Pensiones no Contributivas del Ministerio de Hacienda, solicitando la revocación del siguiente acto administrativo:

Art. 1° de la Resolución N° 4670 de fecha 26 de diciembre de 2012, por la cual la directora de Pensiones no Contributivas resolvió: *“Denegar por improcedente la solicitud de pensión y gastos de sepelio como heredero de Veterano de la Guerra del Chaco, presentada por el Sr. CALIXTO GONZÁLEZ SOSA, por los motivos expuestos en el considerando de esta Resolución”*.

Resolución N° 941/13 de fecha 13 de marzo de 2013 de la directora de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda “Por la cual se deniega por improcedente la solicitud de reconsideración de la Resolución DPNC-B N° 4670 DE FECHA 26 de diciembre de 2012, presentada por el sr. Calixto González Sosa” y;

Que seguidamente corresponde el análisis del fondo de la cuestión planteada en estos autos, la que surge como consecuencia de los actos administrativos, por medio de los cuales se deniega la solicitud de Pensión y gastos de sepelio como heredero de Veterano de la Guerra del Chaco, presentada en su carácter de HIJO DISCAPACITADO por el señor CALIXTO GONZÁLEZ SOSA.

Que según se acredita con el Certificado del Acta de Nacimiento agregado a fs. 12 de autos, el señor CALIXTO GONZÁLEZ SOSA es hijo del señor CANTALICIO GONZÁLEZ, quien falleció en fecha 07 de agosto de 1995 (según

Certificado de Defunción obrante a fs. 10) y que en vida percibía pensión como VETERANO DE LA GUERRA DEL CHACO, en virtud al Decreto N° 761 de fecha 14 de junio de 1977 (fs. 15).

Que a fs. 13/14 Obra la S.D. N° 38 de fecha 14 de octubre de 2011, por la cual el juez resolvió: *"1. DECLARAR que por fallecimiento del soldado CANTALICIO GONZÁLEZ y doña PASCUALA MARTÍNEZ VDA. DE GONZÁLEZ le sucede como único y universal heredero su hijo CALIXTO GONZÁLEZ SOSA y en tal sentido con derecho a gestionar jubilación, pensión, gasto de sepelio o haberes correspondientes establecidos en el ordenamiento legal respectivo..."*, resolución judicial con la cual la recurrente acreditó suficientemente ante el Ministerio de Hacienda su calidad de heredero del Sr. CANTALICIO GONZÁLEZ.

Que por providencia de fecha 29 de noviembre de 2013 (fs. 146), este Tribunal ordenó que como medida de mejor resolver se realice la Inspección Médica del Sr. CALIXTO GONZÁLEZ SOSA ante la Junta Médica para Jubilaciones y Pensiones, a objeto de que se determine si el accionante es o no discapacitado para el trabajo. Que a fs. 158/159 obran los Informes Médicos elaborado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, cuyos resultados se transcriben textualmente: *"Diagnóstico: AMPUTACIÓN MIEMBRO INFERIOR DERECHO, DIABETES MELLITUS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, INCAPACIDAD LABORAL 100%, SE INICIÓ HACE 20 AÑOS"*. De esta instrumental, se comprueba fehacientemente que el señor CALIXTO GONZÁLEZ SOSA es HIJO DISCAPACITADO del extinto Veterano de la Guerra del Chaco, Don CANTALICIO GONZÁLEZ BENÍTEZ.

Que la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda denegó la solicitud del Sr. Calixto González Sosa en razón de que ha prescrito la acción para solicitar pensión porque el veterano CANTALICIO GONZÁLEZ BENÍTEZ ha fallecido hace 17 (diez y siete) años atrás, *de conformidad al Art. 659 inc. e) del Código Civil Paraguayo establece que: "La acción para reclamar la pensión prescribe a los 10 años del fallecimiento del causante"*, además menciona en su considerando el Art. 127 de la Ley 4581/2011 que dice: *"...Para otorgar la pensión a los herederos de los veteranos y lisiados de la Guerra del Chaco en carácter de discapacitados, será requisito fundamental que la condición de discapacidad de los mismos debe darse antes del fallecimiento del causante. La discapacidad que concede el derecho a la pensión debe ser del 100%,*

para el ejercicio de la actividad laboral". Sin embargo, el informe médico certifica que el Sr. Calixto González Sosa padece de Amputación Miembro Inferior Derecho, Diabetes Mellitus, Hipertensión Arterial, con una incapacidad del 100%, lo que nos demuestra que el Sr. Calixto González Sosa es incapaz para realizar cualquier actividad laboral.

Que el presente juicio se fundamenta en el Art. 130 de la Constitución Nacional, que dispone. *"De los Beneméritos de la Patria: Los veteranos de la guerra del Chaco, y los de otros conflictos armados internacionales que se libren en defensa de la Patria, gozarán de honores y privilegios; de pensiones que les permitan vivir decorosamente; de asistencia preferencial, gratuita y completa a su salud así como de otros beneficios, conforme con lo que determine la ley. En los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados, incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución. Los beneficios acordados a los beneméritos de la Patria no sufrirán restricciones y serán de vigencia inmediata, sin más requisito que su certificación fehaciente..."*.

Que la referida disposición constitucional no establece una distinción entre discapacidad congénita o sobreviniente; por el contrario, consagra la discapacidad como un derecho adquirido del beneficiario, sin otra condición o limitación que la de ser hijo heredero del causante, lo que se ha probado suficientemente en estos autos con las instrumentales más arriba mencionadas. El hecho de que la discapacidad sea sobreviniente o posterior al fallecimiento del veterano, no impide su derecho para acogerse a los beneficios o "privilegios especiales" que la Constitución Nacional y las leyes le otorgan.

Que en estos autos se ha comprobado fehacientemente que el señor CALIXTO GONZÁLEZ SOSA es hijo del extinto Veterano de la Guerra del Chaco Don CANTALICIO GONZÁLEZ BENÍTEZ y, asimismo, su DISCAPACIDAD ha sido certificada por la Junta Médica para Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, conforme consta a fs. 158/159 de autos.

Que por tales consideraciones, cabe concluir que la accionante tiene derecho a percibir pensión en carácter de HIJO DISCAPACITADO del extinto Veterano de la Guerra del Chaco Don CANTALICIO GONZÁLEZ BENÍTEZ, de conformidad al art. 130 de la Constitución Nacional vigente; razón por la cual corresponde HACER LUGAR a la presente demanda contencioso-administrativa promovida por la señor CALIXTO GONZÁLEZ SOSA y, en consecuencia,

corresponde revocar la Resolución DPNC- B N° 4670 de fecha 26 de diciembre de 2012 y la Resolución de Reconsideración N° DPNC-B. N° 941 de fecha 13 de marzo de 2013, dictadas por la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda y disponer el pago de la Pensión y gastos de sepelio como hijo discapacitado de Veterano de la Guerra del Chaco correspondiente a la actora, a partir de la fecha de solicitud ante el Ministerio de Defensa Nacional –16 de agosto de 2012, según consta a fs. 58 de autos–.

Que en cuanto a las costas deben ser impuestas a la perdedora, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 192 del C.P.C. ES MI VOTO.

A su turno el Miembro Magistrado MARTÍN AVALOS PROSIGUIÓ DICHIENDO: Que, me adhiero al voto del colega preopinante, Dr. Amado Verón, en el sentido que considero que no caben dudas en que se debe hacer lugar a la presente demanda. Sin embargo, disiento en relación al momento a partir del cual el actor debe percibir haberes de pensión, en razón a que debe ser aplicado el Art. 3° de la Ley N° 4317/2011 en virtud a que del análisis de los autos en estudio se puede comprobar que el actor ha presentado solicitud de pensión en fecha 16 de agosto de 2002, durante la vigencia del cuerpo legal referido.

Siendo así, el Art. 3° de la Ley N° 4317/2011 “Que fija beneficios económicos a favor de los veteranos y lisiados de la Guerra del Chaco” establece: *“Ante el fallecimiento del veterano o lisiado de la Guerra del Chaco le sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados en lo correspondiente al beneficio dispuesto en concepto de pensión mensual otorgada a los veteranos y lisiados de la Guerra del Chaco, a partir de la resolución dictada por el Ministerio de Hacienda por la cual se otorgará el beneficio”*. Conforme a lo anteriormente relatado, sustento el criterio de que corresponde el pago de los haberes de pensión recurrente a partir de la fecha de la Resolución DPNC N° 4670/2012, es decir 26 de diciembre de 2012. Es así, debido a que la Administración ha denegado en forma ilegal y erróneamente la solicitud del actor; por lo que al mismo le corresponde que su derecho se haga efectivo en igualdad de condiciones que aquellos a quienes se les otorga sin reparos en sede administrativa. Por lo tanto, se debe hacer efectivo el pago de los haberes de pensión desde el 26 de diciembre del año 2012. Es mi Voto.

A su orden el Miembro Magistrado RODRIGO A. ESCOBAR dijo: Que se adhiere al voto del Miembro Martín Avalos por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas, Primera Sala,

por ante mí, el Secretario Autorizante quedando acordada la Sentencia que sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1. HACER LUGAR a la presente demanda contencioso-administrativa promovida por “Calixto González Sosa C/ ART. 1° de la Resolución N° 4670 del 26/12/12 y la Resolución N° 941 del 13/mar/13, dictadas por la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda” y, en consecuencia; corresponde;

2. REVOCAR la Resolución DPNC- B N° 4670 de fecha 26 de diciembre de 2012 y la Resolución de Reconsideración N° DPNC- B N° 941 de fecha 13 de marzo de 2013, dictadas por la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda, y, por tanto;

3. Disponer el pago de la Pensión y gastos de sepelio como HIJO DISCAPACITADO de Veterano de la Guerra del Chaco correspondiente a la señor Calixto González Sosa, a partir de la resolución dictada por el Ministerio de Hacienda, Resolución DPNC N° 4670 de fecha 26 de diciembre de 2012, de conformidad a los fundamentos y con los alcances en el exordio de la presente Resolución.

4. Imponer las costas a la perdedora.

5. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rodrigo Escobar E, Amado Veron Duarte, Martín Avalos.

Ante mí: Diego Mayor Gamell, Actuario Judicial.

**TRIBUNAL DE CUENTAS
SEGUNDA SALA**

ACUERDO Y SENTENCIA N° 32

Cuestión debatida: *En el presente fallo se ha hecho un análisis exhaustivo respecto a la normativa jurídica que debe regir y ser aplicada en este tipo de disputa que mantienen el poder administrativo y perceptor de tributos con el contribuyente. Mientras que la entidad estatal defiende la legalidad de la ejecución de la garantía ofrecida (póliza) por el contribuyente a favor la Dirección Nacional de Aduanas, la parte actora cuestiona y pone en entredicho la validez del acto administrativo.*

CÓDIGO ADUANERO. Valor en Aduanas

Que, según las constancias de autos, la firma importadora Conped S.A., constituyó a favor de la Dirección Nacional de Aduanas varias garantías para el libramiento de sus mercaderías sometidas al régimen de importación, sobre 11 despachos. Las garantías serían ejecutadas en caso de existir diferencias de valor entre el valor de las mercaderías declarado por la firma y el valor de las mercaderías estimado por los técnicos de valoración de la DNA, a través del correspondiente sumario administrativo, el cual efectivamente se instruyó arrojando como resultado las diferencias de valor a favor de la Dirección Nacional de Aduanas, resultado que es cuestionado por la firma demandante.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. TRIBUTO. Principio de Igualdad en materia Tributaria.

Además, es importante considerar el Principio de Igualdad, que se convierte en norma en varios artículos de la Carta Magna vigente. En el caso que nos ocupa se encuentra en el Artículo N° 181 que dice en su parte pertinente: “La igualdad es la base del tributo, ningún impuesto tendrá carácter confiscatorio”, al efecto, hay que considerar el principio aristotélico de tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como tales, nótese que lo que busca el artículo 108 de la Carta Magna es permitir la circulación de los productos nacionales y extranjeros dentro del territorio nacional, dentro de lo que doctrinariamente se conoce como libre circulación, evitando que se le apliquen impuestos indebidos una vez que hayan sido introducidos legalmente, siempre determinando la calidad y tipo de producto para la aplicación de los impuestos, como un mecanismo tendiente al fomento de la actividad.

CÓDIGO ADUANERO. Garantías Aduaneras.

Que, según las constancias de autos, la firma importadora Conped S.A., constituyó a favor de la Dirección Nacional de Aduanas varias garantías para el libramiento de sus mercaderías sometidas al régimen de importación, sobre 11 Despachos. Las garantía serían ejecutadas en caso de existir diferencias de valor entre el valor de las mercaderías declarado por la firma y el valor de las mercaderías estimado por los técnicos de valoración de la DNA, a través del correspondiente sumario administrativo, el cual efectivamente se instruyó arrojando como resultado las diferencias de valor a favor de la Dirección Nacional de Aduanas, resultado que es cuestionado por la firma demandante.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. GATT.

Que, en dicho sumario administrativo, la firma Conped S.A. presentó una serie de documentos, que para la Aduana no fueron suficientes para asegurar la veracidad o exactitud de los valores declarados, por lo tanto, a los efectos de la valoración de dichas mercaderías, se deberá determinar de acuerdo al Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), según lo dispone el Decreto N° 13.721/01 que establece las normas complementarias para la aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994).

CÓDIGO ADUANERO. Valor en Aduanas.

Que, el artículo 261 del Código Aduanero dispone que el valor en aduana de las mercaderías importadas constituye la base imponible para la aplicación del impuesto aduanero resultante del examen y análisis de la declaración del interesado, conforme a lo establecido en los acuerdos internacionales vigentes y sus normas reglamentarias. Asimismo, el artículo 262 del mismo Código se refiere a la competencia exclusiva, puntualizando que el control y la fiscalización de la valoración de las mercaderías importadas serán competencia exclusiva de la Dirección Nacional de Aduanas, que los practicará a través de sus unidades técnicas, basándose en la declaración y documentación presentada por los interesados.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. GATT

Que, el Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994) se refiere a la Valoración en aduana, expresando en el punto 2 inciso a) que el valor en aduana de las mercancías importadas debería basarse en el valor real de la mercancía importada a la que se aplique el derecho

o de una mercancía similar y no en el valor de una mercancía de origen nacional, ni en valores arbitrarios o ficticios. Según el punto b) el “valor real” debería ser el precio al que, en tiempo y lugar determinados por la legislación del país importador, las mercancías importadas u otras similares son vendidas u ofrecidas para la venta en el curso de operaciones comerciales normales efectuadas en condiciones de libre competencia. Finalmente el punto c) establece que cuando sea imposible determinar el valor real de conformidad con lo dispuesto en el apartado b) de este párrafo, el valor en aduana debería basarse en el equivalente comprobable que se aproxime más a dicho valor.

CÓDIGO ADUANERO. Valor en Aduanas.

Que, del análisis realizado por esta magistratura, surge que la Dirección Nacional de Aduanas, a través de su organismo técnico competente, ha procedido a fijar el valor real de las mercaderías, encontrando de esta manera la existencia de una diferencia de valor a favor de la Aduana Nacional, la que surge de la diferencia entre los valores de la mercadería declarados por la firma actora y los valores reales que ha fijado la Administración aduanera, a través de la aplicación de la legislación nacional e internacional a que se ha hecho referencia en el presente voto.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY . Garantías Procesales.

Que, por lo expuesto considero que respecto a los demás argumentos esgrimidos por la accionante, se debe señalar que la Administración ha dado un amplio trámite administrativo a la cuestión planteada, dando a la firma demandante todas las garantías constitucionales que implican el derecho a la defensa y el debido proceso, consagradas en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, no encontrando esta magistratura vicios que tornen nula la decisión final de la administración, por lo que es evidente que la misma ha actuado dentro de sus facultades regladas, respetando el Principio de Legalidad que debe tener en cuenta la administración en su actuar.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. TRIBUTO. Principio de legalidad en materia tributaria.

Que, el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. El principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico,

como forma de garantizar que los organismos del estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El Principio de Legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. El equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado.

**CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.
Garantías Constitucionales**

El fundamento de este sistema de garantías es la realización de la justicia distributiva del bien común libertad, igualdad, etc., entre los particulares. La sujeción de la Administración a la Ley constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho. El nacimiento del Principio de Legalidad se debe al pensamiento revolucionario de 1789, que, al modificar la concepción del antiguo régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración Pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforman en una haz de derechos subjetivos públicos (Thomas Hutchinson “Régimen de procedimientos administrativos”, Editorial Astrea, 2ª edición actualizada, 1994).

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. TRIBUTOS. Principio de legalidad en materia tributaria.

Que, en base a lo expuesto surge que la Administración Nacional de Aduanas en los actos administrativos que se pretenden impugnar, ha actuado dentro de sus facultades legales previstas en la Constitución Nacional y la Ley, por lo que del análisis que ha realizado esta magistratura, surge que no se ha violado el Principio de Legalidad, por lo tanto, se concluye que no se observan en autos vicios de procedimiento en la actuación de la administración aduanera que acarrearán la nulidad de los actos administrativos cuestionados, por lo que corresponde NO HACER LUGAR a la demanda, y como consecuencia se deben CONFIRMAR los actos administrativos atacados. En cuanto a las Costas, deben ser soportadas por la parte perdedora. Es mi voto.

T. de CTAS., SEGUNDA SALA. 12/02/2015 “ CONPED S.A. C/ RESO-

LUCIÓN N ° 58 DE FECHA 31/01/2014 y OTRA DICTADA POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS (Ac. y Sent. N.º 32).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas Segunda Sala resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Arsenio Coronel Benítez, Gregorio Ramón Rolando Ojeda, y Dr. Mario Maidana Griffiths.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel Benítez, dijo: Que en fecha 05 de marzo de 2014, se presenta ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el abogado Sebastián Pascual Porres, en representación de la Firma CONPED S.A. (propietaria de la marca y salones comerciales LUOMO), a promover demanda Contencioso-Administrativa contra la Resolución N° 420 de fecha 30 de diciembre de 2013; y la Resolución N° 58 de fecha 31 de enero de 2014, ambas dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas. Funda la demanda en los siguientes términos: “Que en tiempo y forma vengo a deducir Demanda Contencioso-Administrativa en contra de la Resolución N° 58/14 de la Dirección Nacional de Aduanas por la cual no se Hace lugar el Recurso de Apelación interpuesto por el Abog. Sebastián Pascual Porres, representante de la Firma Conped S.A. contra la Resolución N° 420 de fecha 30 de diciembre de 2013 dictada por el Administrador de Aduana de Capital. Y se confirma en todos sus términos la Resolución apelada. La presente apelación se fundamenta en: * actos ilegítimos de autoridad; * discriminación y trato desigual ante la Ley; * un conjunto de disposiciones de hecho desprovistos de legitimidad administrativa; * arbitrariedad manifiesta; Violación de la Prelación Constitucional. Resolución Recurrida: La resolución recurrida confirma a su vez la resolución N°. 420 de fecha 30 de diciembre de 2013, haciendo caso omiso de los errores de interpretación y aplicación de la Ley y principios fundamentales del derecho, cayendo en el mismo error que el inferior. En efecto, la resolución en sí misma constituye un absurdo jurídico y en manifestaciones poco menos que escuetas, se limita a disponer la ejecución de las pólizas, sin establecer cuáles son las faltas aduaneras cometidas, sin estudiar el fondo de la cuestión y limitándose a fundar la ejecución de las pólizas en valoraciones técnicas arbitrarias y justamente

atacadas por mi parte. Además constituye en una resolución injusta y sin motivación, puesto que tampoco se ha referido a las innumerables cuestiones planteadas por mi parte, sin mencionar el fundamento real, concreto y técnico, del por qué se determina la ejecución de las pólizas en cuestión. En efecto, el juzgador, luego de hacer una breve reseña de lo ocurrido en el sumario y de copiar textualmente parte del alegato de la representación fiscal, se acoge a ello y a los informes técnicos de valoración (sin estudiar su base técnica) y sin evaluar los defectos técnicos y jurídicos que fueron propuestos por mi parte en el presente sumario. La Dirección Nacional de Aduanas, optó por simplificar el estudio y en palabras vulgares a nuestro entender manifestó: “Corresponde la ejecución de las pólizas porque la D.N.A dice que debe ser así y yo me adhiero a eso, lisa y llanamente”. La Resolución recurrida nos genera un gran perjuicio, porque a través de la misma se dejan de lado, las documentaciones arrimadas por mi parte a la Dirección Nacional de Aduanas, aplicándose “precios referenciales”, desconociendo los precios reales. Estos precios referenciales aplicados arbitrariamente implican una diferencia bastante amplia de base imponible al momento de abonar el despacho, la cual era respaldada en este caso por once pólizas, las cuales la Dirección de Aduanas ahora pretende ejecutar. Requisitos de admisibilidad: Consideramos reunidos los requisitos de admisibilidad de esta acción conforme al siguiente detalle: a) Acto violatorio o lesivo: Además de la evidente violación de la prelación de las Leyes establecida en la Constitución Nacional. La resolución hoy recurrida y sus antecedentes son arbitrarias, causando un grave perjuicio a mi mandante, por cuanto determina (sin sustento alguno) la ejecución de pólizas de garantías por un valor muy superior al que realmente le corresponden a las mercaderías importadas por mi parte. Todo ello sin base técnica y de manera totalmente caprichosa. b) Daño o agravio: existe una grave lesión de los derechos de la empresa que represento, debido a que la determinación apuntada, ha reducido e inclusive imposibilitado cualquier importación, generando colateralmente un beneficio indebido para la eventual competencia, en violación de disposiciones constitucionales. Asimismo, impone a mi mandante la obligación de hacerse responsable ante las aseguradoras por la ejecución de las pólizas, ello implica que directamente la D.N.A. otorga a las mercaderías importadas por mi parte un valor referencial muy superior al que realmente tienen y por ello un impuesto arbitrario y excesivo. c) Agotamiento de la instancia administrativa: no existen en sede administrativa otros recursos

para que la empresa que represento pueda tener alguna otra alternativa de solución de su reclamo. Así, entendemos que no existen recursos administrativos. Más teniendo en cuenta que la resolución hoy recurrida ha sido dictada por la máxima autoridad aduanera. Antecedentes previos: Seguidamente se analizarán las cuestiones puntuales debatidas y los elementos de hecho y de derecho por los cuales debe hacerse lugar al presente recurso y en consecuencia disponer la cancelación y devolución de las pólizas solicitadas por mi parte. Para entrar a analizar las cuestiones a ser expuestas, es necesario primeramente establecer el hecho generador del otorgamiento de las pólizas y la cuestión de fondo debatida en el sumario. Cabe manifestar que la firma se dedica a la importación de prendas de vestir, y en algunas ocasiones las mismas se adquieren del continente asiático, las prendas adquiridas allí suponen ventajas en los precios, sin olvidar de los riesgos y costos mayores. Sopesando las ventajas y desventajas de una importación de tales características se ha optado por la compra de las mismas, sin embargo, la Dirección de Aduanas dictó una Resolución por la cual se aplican precios de referencia a los productos adquiridos en la citada zona comercial. La Resolución 89/10 es la que determinó la aplicación de precios de referencia, y además de la fijación irreal de precios, establecía un método o procedimiento para establecer el precio real, para los que así lo desearan, o pudieran acreditar suficientemente. La firma Conped, a fin de evitar un pago arbitrario de tributos, procedió a dar inicio al proceso de divergencia, y acercó los documentos requeridos por la institución. Los documentos respaldatorios no fueron tomados en cuenta por la institución. En el procedimiento de divergencia de valor que se origina en la aplicación de la (arbitraria) Resolución 89/10, la cual establece valores fijos para ciertas mercaderías, al realizar la exportación si uno no está de acuerdo con dichos valores, abona lo que declara según valor factura y presenta una póliza de garantía a las resultas del procedimiento donde se debe demostrar que el precio declarado es el realmente pagado. Ahora bien, la resolución mencionada está en abierta contravención al tratado del GAT (convenio internacional que establece que el impuesto debe ser abonado sobre el valor factura) puesto que el mismo convenio tiene prelación legal según la misma Constitución Nacional. Sin embargo la Dirección Nacional de Aduanas adopta una postura ecléctica sobre el punto: En principio aplica la Resolución 89/10 y posteriormente impone el interesado la obligación de iniciar procedimiento para demostrar el valor realmente pagado, caso contrario aplica dicha

resolución. Una vez iniciado el procedimiento, valoración, ha aplicado criterios totalmente antijurídicos. Estos valores referenciales impuestos por la Dirección Nacional de Aduanas constituyen una violación a los principios básicos en materia impositiva, puesto que se pretende aplicar valores que no reflejan el precio efectivamente pagado por las mercaderías adquiridas por mi mandante. Valor en Aduana de las mercaderías. El artículo 261 establece: "Valor en Aduana. El valor en aduana de las mercaderías importadas constituye la base imponible para la aplicación del impuesto aduanero resultante del examen y análisis de la declaración del interesado, conforme a lo establecido en los acuerdos internacionales vigentes y sus normas reglamentarias". Derechos aduaneros o de Aduana: Es todo gravamen y todo pago que se exija sobre la importación o exportación de mercancías. Estos derechos pueden ser ad-valorem, específicos o mixtos, siendo la tendencia actual el primero de los nombrados, los ad-valorem. Derechos ad-valorem: Los derechos establecidos en el Arancel de Aduanas, consistentes en porcentajes que se aplican sobre el valor de las mercancías. Síntesis de fórmula utilizada para el cálculo de los tributos: valor transacción seguro de transporte flete = valor cif = valor imponible sobre el cual se calculan los tributos a cobra El plexo normativo vigente nos permite elaborar un catálogo de principios generales aplicables en materia tributaria aduanera, como los de: * Legalidad; * razonabilidad; * uniformidad; * igualdad; * publicidad. Es por ello que dichos precios referenciales atentan contra estos principios consagrados en materia aduanera y con más razón en el caso de la firma Conped S.A., ya que la misma cuenta con la documentación necesaria para justificar el precio realmente abonado. En efecto, la Resolución 89/10 (que es la que en este acto se pretende aplicar a la firma Conped S.A.) que en su parte pertinente establece en su Art. 3: "Las empresas que han radicado fianza por diferencia del tributo aduanero deberán presentar ante las oficinas técnicas de valoración aduanera los elementos de juicio relativo a la justificación del precio realmente pagado o por pagar, para su análisis y determinación definitiva del valor en aduana, tales como: Lista de precios; Contrato entre importador y exportador...; Factura Comercial...; Documentación bancaria de giro o transferencia de dinero". De una simple lectura del artículo citado encontramos que la enumeración de los documentos que pudieran justificar el precio realmente pagado por las mercaderías es meramente enunciativa, pudiéndose inclusive presentar otros si es que estos justifican dicho precio. Por tanto el departamento de Valoración no "debería"

preocuparse por la documentación que no ha sido adjuntada de conformidad a la Resolución 89/10, ya que, como dijimos, esta es meramente enunciativa. Sino que la misma debe estudiar de manera razonada y fundada la documentación efectivamente adjuntada, en este sentido con los elementos presentados por la firma Conped S.A. durante dicho procedimiento (y presentados igualmente en el presente Sumario), se demuestra a cabalidad el precio realmente pagado. Sumario administrativo propiamente dicho. Cuestiones debatidas: La resolución recurrida al respecto señala: “que el sumario administrativo fue ordenado a los efectos de determinar si corresponde la cancelación o ejecución de las garantías aduaneras constituidas a favor de la Dirección Nacional de Aduanas en concepto de diferencia de valor por mercaderías importadas por la firma Conped S.A.”; sin embargo, se contradice al mencionar igualmente que “... en el sumario no se investigó si la firma importadora pudo justificar o no el precio realmente pagado por las mercaderías importadas”; nos preguntamos: ¿como?, si el objeto del sumario era establecer si correspondía la cancelación o ejecución de las pólizas, se puede llegar a la conclusión de que deben ejecutarse las garantías aduaneras sin estudiar el fondo de la cuestión. En el mismo orden de ideas manifiesta la resolución recurrida: “Que, cabe resaltar que todos los pedidos de cancelación y devolución solicitados por la firma sumariada ante la Dirección de Procedimientos Aduaneros fueron rechazados, por ende, se dispuso la ejecución de las garantías aduaneras y, a fin de precautelar el derecho a la defensa, se dispuso la apertura a sumario”. He aquí otra aberrante manifestación, si no se podía estudiar el fondo de la cuestión, si el objeto del sumario no era establecer el precio realmente pagado y controlar el procedimiento aplicado por el órgano de valoración, ¿qué derecho a la defensa se está precautelando? Además, la resolución recurrida pese a los fundamentos expuestos para establecer caprichosamente el objeto de sumario, vuelve a estudiar el “fondo” a su manera, limitándose a transcribir los informes de valoración que son justamente los que mi parte ha venido atacando a través de innumerables recursos, hasta agotar toda instancia administrativa, cayendo en el mismo error que el inferior. Solo a modo de ilustración, ante nuestro pedido de estudio de la documentación adjuntada en cada uno de los recursos, en el sumario y en los demás procedimientos el director de Aduanas manifiesta que los mismos “ya fueron analizados por el Departamento de Valoración...”, pero luego transcribe cada uno de los informes de valoración, dándoles validez por el solo hecho de su existencia, cayendo en el

mismo error que la resolución recurrida ante esa instancia. Igualmente, podemos hacer notar que dentro de la Resolución 420/2013 (resolución recurrida en primera instancia ante el director de Aduanas) menciona que: “Conforme lo señala la Resolución D.N.A. 175/13, por la cual se acumulan diferentes expedientes y antecedentes administrativos de la firma Conped S.A. (fojas 02 y 03 de autos, el presente sumario administrativo debe basarse en el esclarecimiento de las causales que motivaron el otorgamiento de las garantías y la consecuente correspondencia o no del valor impuesto (determinado) por el Departamento de Valoración en cada uno de los despachos de importación”. Es decir: el inferior e inclusive el anterior director de Aduanas han fijado como objeto del sumario la determinación del estudio de la conducta de la empresa con respecto al otorgamiento de las garantías y determinar si el valor impuesto por el Departamento de Valoración es el correcto. Pese a esta declaración inserta en la referida resolución, el director de Aduanas, en la resolución recurrida por el presente recurso manifiesta que: “en el presente sumario no se investiga si se pudo justificar o no el precio pagado por las mercaderías”. La realidad VV.EE., es que ante la ausencia total de elementos probatorios y ante la manifiesta arbitrariedad de lo cometido por la D.N.A a través de su organismo técnico, los sucesivos mecanismos de control solo han ratificado dichas arbitrariedades, el razonamiento empleado en cada uno de los recursos y de igual manera del director de Aduanas es: “El valor impuesto es el correcto porque ya nos hemos expedido antes”. Siendo así, dentro del sumario, la cuestión fundamental debatida era si el valor declarado por la firma Conped S.A. es el realmente pagado y, por ende, si corresponde o no la devolución de las pólizas insertas en dicho proceso (pueden notar VV.EE que inclusive el representante fiscal lo ha entendido de esa manera, inclusive el inferior ha dictado su resolución en base a ese criterio), en este sentido mi parte ha presentado en cada uno de los expedientes acumulados, copia autenticada de: 1. Factura Comercial; 2. Conocimientos de Embarque; 3. Documentos de Transferencia Bancarias; 4. Constancia Bancaria de no haberse realizado transferencias paralelas Siendo así, con solo estos documentos queda plenamente demostrado que el precio realmente pagado por mercadería es el declarado por nuestra parte, y esto es así por la sencilla razón de que, como mencionamos, la Resolución 89/10 establece requisitos meramente enunciativos, siendo central nada más que la acreditación del precio pagado. No existen documentos más contundentes que los presentados por mi parte. Por otro lado,

debe estarse a la prelación constitucional de los Tratados, siendo así y por aplicación del GATT, el valor en Aduana de las mercaderías importadas será el valor de transacción (Art. 1º). Fuerza probatoria de la documentación adjuntada por mi parte: Conviene destacar que, dentro del presente sumario la documentación presentada por mi parte no ha sido cuestionada por falsedad, ni por el fiscal interviniente, ni por ninguna dependencia aduanera, por lo tanto, su fuerza probatoria es plena. Errores de procedimiento y valoraciones previas: No debe perder de vista el juzgador que el sumario resuelto por la Resolución 58/14 de la DNA fue solicitado por nuestra parte, es decir: la misma empresa ha solicitado el sumario administrativo. De las constancias de autos se desprende que hemos interpuesto todos los recursos necesarios como para que el Departamento de Valoración realizara un dictamen fundado sobre el hecho de su rechazo de la documentación adjuntada por mi parte y las razones para ello. Sin embargo, sistemáticamente se han ratificado en su valoración, Sin dar razones fundadas sobre sus conclusiones y sin referirse a las cuestiones planteadas por mi parte en cada uno de los recursos. Por lo tanto, estas sucesivas ratificaciones de valoración sin fundamento son justamente las cuestiones que mi parte ha querido subsanar y si bien es el órgano aduanero con la potestad de realizar dicha tarea, el juzgador debió estudiar la documentación de fondo. Sin embargo, se ha caído en el absurdo de fundar una resolución en dictámenes que son justamente los que han motivado el presente sumario, vale decir que el dictamen de valoración se constituiría en inapelable *per se* y lo que se ha pretendido es que otra instancia dictamine sobre la procedencia de nuestro pedido en base a la documentación adjuntada. Podrá observarse que todos y cada uno de los dictámenes de valoración son lo que comúnmente se llaman “de cajón”, sin realizar análisis pormenorizados, sin dar razón suficiente de sus conclusiones o del porqué se considera insuficiente la documentación adjuntada. Pero además (y lo abiertamente arbitrario), pese a los recursos planteados por nuestra parte, el Departamento de Valoración se limita a ratificarse, sin dar razón de ello, sin contestar razonadamente nuestros cuestionamientos y sin tomar en cuenta ni las objeciones formuladas ni la documentación adjuntada. Cabe señalar además lo absurdo de los dictámenes de valoración, en el sentido que los mismos no mencionan por qué razón se ha omitido la aplicación de los criterios de valoración establecidos en el acuerdo relativo a la aplicación del GATT y, además, pasando del primer método al séptimo método de valoración de manera arbitraria. El siste-

ma de valoración establecido en el artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 presenta las siguientes características: a) el precio pagado o por pagar, es decir, el valor factura (de origen). En caso de duda, la Administración puede recurrir a métodos comparativos o de otra naturaleza; b) el valor de transacción de mercaderías idénticas. Si con este método resulta insuficiente se recurre al siguiente: c) el valor de transacción de mercaderías similares. Si aún ello es insuficiente, se procede a: d) establecer el valor, basado en el precio unitario en el país de importación, flete, seguro, ganancia del importador, etc. Si persiste la duda: e) el valor a ser asignado, será el valor reconstituido (el valor del material, mano de obra, tiempo de producción, maquinarias utilizadas etc.) y; f) finalmente, si no es posible establecer la valoración conforme al procedimiento resumido, se determinará según criterios razonables, compatibles con los principios y disposiciones generales de este acuerdo. De igual manera los valores establecidos por aduana tienen carácter precautorio, por lo que los mismos deben ser confirmados y ante la duda debe estarse a favor del contribuyente, todo ello en base al principio de buena fe, legalidad y transparencia que rige todo procedimiento aduanero. Sin embargo, se ha presumido la mala fe de nuestra parte, en abierta contravención a preceptos constitucionales y principios generales del derecho comercial. Por todo ello, la resolución hoy recurrida, no analizó la documentación presentada por mi parte y no resolvió conforme a ello y por sobre todo conforme a derecho, sustentándose en valoraciones previas que han sido cuestionadas previamente por esta representación y que igualmente han sido el hecho generador del presente sumario (Esclarecer el valor realmente pagado por la mercadería y por ende obtener la devolución de las pólizas). Negando inclusive la propia naturaleza del sumario. Cuando le convino, no se podía estudiar la cuestión de fondo, sin embargo, fundamenta la confirmación de la Resolución 420/2013 en dictámenes de valoraciones previas que se encuentran en abierta contravención a tratados internacionales ratificados por el Estado paraguayo, medidas adoptadas en uso de facultades del juzgado: en el sumario, se dispuso se recabe informe de todos los bancos, financieras y casas de cambio sobre si la firma Conped S.A., sus directores y accionistas habían realizado transferencias al exterior y todos y cada uno de los informes son contestes en que las transferencias realizadas son única y exclusivamente las declaradas por nuestra parte, por lo que constituye una prueba más que contundente de la veracidad de la correspondencia entre el

precio alegado y el realmente pagado. Esto refuerza aún más el hecho que la DNA no puede basar la ejecución de las pólizas en una presunción, primero arbitraria e ilegal (presunción de mala fe) y, para colmo, tampoco confirmada por otros elementos. Y además el solo hecho del pedido de informe de dicha naturaleza demuestra que sí se pretendía establecer la conducta de mi representada y el precio que la misma había pagado por las mercaderías. La resolución recurrida siquiera menciona este elemento que resulta fundamental para el tema en cuestión. Que, otro de los argumentos del director de Aduanas para confirmar la Resolución 420/2013 es el art. 262 de la Ley 2.422/04 “Código Aduanero” que dispone: “El control y la fiscalización de la valoración de las mercaderías importadas serán competencia exclusiva de la Dirección Nacional de Aduanas, que los practicará a través de sus unidades técnicas, basándose en la declaración y documentación presentada por los interesados”. Ahora bien, mi parte jamás ha cuestionado la competencia o el departamento a través del cual se ha realizado la valoración de las mercaderías, sino la forma de su realización y el hecho que no se tomó en cuenta la declaración y documentación presentada, en abierta contravención a tratados internacionales e inclusive al mismo Código Aduanero. En este sentido el director de Aduanas debió enmendar el error como máxima autoridad de la DNA, ya que la valoración no es imputada a tal o cual departamento sino a la Dirección Nacional de Aduanas como institución estatal. Sin embargo, tampoco ha señalado cuáles son los fundamentos técnicos del valor establecido en cada uno de los despachos y que se encuentren amparados necesariamente por las Normas de Valoración, es decir, no señala las razones técnicas por las cuales se ha descartado la aplicación de los métodos de valoración contemplados en los artículos 2, 3, 5 y 6 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT, sino que directamente pasa –según los informes– del primer método al séptimo. Concretamente, esta parte se refiere a los razonamientos puramente técnicos exigidos que permitan entender y comprender cómo se llegó a establecer el valor en Aduana de las mercaderías importadas y con ello se descarte perfectamente que se traten de valores mínimos, arbitrarios, ficticios u otros, lo cual está expresamente vedado por el artículo 7, numerales 1 y 2, incisos “f” y “g”, del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT, que dice expresamente: “...1. Si el valor en aduana de las mercancías importadas no puede determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1 a 6 inclusive, dicho valor se determinará según criterios razonables,

compatibles con los principios y las disposiciones generales de este Acuerdo y el artículo VII del GATT de 1994, sobre la base de los datos disponibles en el país de importación. 2. El valor en aduana determinado según el presente artículo no se basará en: a) el precio de venta en el país de importación de mercaderías producidas en dicho país; b) un sistema que prevea la aceptación, a los efectos de valoración en aduana, del más alto de dos valores posibles; c) el precio de mercancías en el mercado nacional del país exportador; d) un costo de producción distinto de los valores reconstruidos que se hayan determinado para mercancías idénticas o similares de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6; e) el precio de mercancías vendidas para exportación a un país distinto del país de importación; f) valores en aduana mínimos; g) valores arbitrarios o ficticios...”. Los valores establecidos deben ser fundados y por aplicación de los métodos de valoración en forma sucesiva, pues el Acuerdo no prevé el salto de un método a otro sin la aplicación sucesiva de los métodos contemplados. Que, al mismo tiempo, se puede comprender del texto de dichos informes que los valores establecidos en cada uno de los despachos, no constituyen valores definitivos, sino simplemente referenciales y precautorios en virtud de la aplicación de la Resolución D.N.A. N° 89/10 (inferior jerarquía con relación al Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT), lo que lleva a la necesidad de plantearse si los valores ajustados y ratificados se ajustan plenamente a derecho y la justicia o no de los valores establecidos. También, debe quedar bien sentado que la duda no despejada adecuadamente, a los efectos de la justicia administrativa y tributaria (incluso como principio procesal en el fuero penal), debe ser entendida como en beneficio del contribuyente, ya que la presunción de irreal de los valores declarados no fue confirmada por los informes generados a raíz de la circularización bancaria y financiera solicitada por la D.N.A. y dispuesta por la Superintendencia de Bancos del B.C.P. (obran en el Anexo), y como debe ser sabido por las partes, una presunción no se puede basar en otra presunción. Corresponde también acotar que, más bien, los giros deben ser analizados con la mecánica imperante en el mercado y no solamente por la mera externalidad y pura formalidad, siendo así, se puede comprender que ciertas remesas en ocasiones son realizadas en base a facturas proformas de los proveedores (de ahí que hay veces que no es posible hacer mención al número de la factura original en las constancias de giro). Del mismo modo, cabe señalar que para establecer la sanción de ejecución de las pólizas, que confirma la resolución recurrida, es

necesario concluir irregularidades en los despachos en cuestión y que sean subsumibles dichas supuestas irregularidades en la figura de defraudación contemplada en el artículo 331 del Código Aduanero, que dice: “Concepto. Se considera que existe defraudación en toda operación que, por acción u omisión, realizada en forma dolosa, con la colaboración de funcionarios o sin ella, viole expresas disposiciones legales de carácter aduanero, y se traduzca o pudiera traducirse si pasase inadvertida, en un perjuicio a la renta fiscal, siempre que el hecho no configure contrabando u otro hecho punible...”, que concuerda con el artículo 332 del mismo cuerpo legal, que dice: “...Tipos de defraudación. Constituyen casos de defraudación: a) las declaraciones falsas o inexactas de la base imponible, que no sean consecuencia de errores aritméticos; b) la utilización fraudulenta con fines de evasión o disminución de la obligación tributaria, de las facilidades otorgadas para la importación fraccionada de las partes componentes de un todo; c) la simulación del cumplimiento de algún requisito esencial para efectuar o concluir una operación aduanera; d) el uso, empleo o destino dados a mercaderías introducidas al país con franquicias tributarias, diferentes a los establecidos en las Leyes, que les hayan acordado...”. Sin embargo, no se ha comprobado en el proceso una conducta disvaliosa por mi parte, ni irregularidades, tanto es así que nada menciona la resolución recurrida y no se expide sobre la existencia y comprobación de faltas o infracciones aduaneras, (porque, evidentemente, no las hubo), sino que lisa y llanamente recomienda la ejecución de las pólizas constituidas, sin mencionar que se haya configurado la infracción aduanera de defraudación ni falta aduanera por diferencia. V.S. deberá igualmente notar (al momento de que se remitan los antecedentes administrativos) que el escrito de alegatos del representante fiscal ha sido patrocinado por la Sra. directora jurídica de la Dirección Nacional de Aduana, lo que acarrea serias dudas en cuanto a la imparcialidad en el juzgador, por ser el cargo de Dirección Jurídica de la D.N.A. un cargo de confianza, es decir: Se está desnaturalizando el sumario y queda seriamente comprometida la imparcialidad del juzgador. Conclusiones y consideraciones finales: 1. Se encuentra en el expediente documentación autenticada suficiente para la determinación del precio realmente pagado y las mismas han adquirido plena fuerza probatoria por no haber sido cuestionadas de falsedad y dicha falsedad no puede ser presumida (no puede presumirse la mala fe), arbitrariamente no tenidas en cuenta por el a-quo y sin siquiera referirse a ellas. 2. Todos los Dictámenes de Valoraciones previas han

sido cuestionados por mi parte, sin embargo, los mismos no constituyen prueba alguna de nada, pues no se encuentran fundamentados según criterios jurídicos y ni siquiera tácticos (Normas de Valoración), sino que arbitrariamente han rechazado los valores declarados por mi parte. Habiendo aplicado la DNA valores ficticios, mínimos y arbitrarios, en abierta contravención a lo establecido en el acuerdo relativo a la aplicación del Art. VII del GATT. Y es en estos dictámenes en los que se ha basado la resolución recurrida. 3. Ha quedado demostrado que no se han realizado transferencias paralelas, ni por la empresa ni por ninguno de sus accionistas y directores (prueba producida por la misma DNA). 4. El a-quo no ha realizado ninguna argumentación de fondo, no ha estudiado la documentación adjuntada ni los elementos aportados por mi parte, es decir, ha basado su resolución en meras presunciones ilegales y arbitrarias, dándoles validez intrínseca a dictámenes arbitrarios y por el solo hecho de haber sido emanadas por el Departamento de Valoración. 5. Se ha violado la prelación legal establecida en la misma Constitución Nacional por violar tratados internacionales ratificados por el Estado paraguayo. 6. Si no se demostraron irregularidades en el proceso y se ha adjuntado la documentación requerida dentro del sumario, se debió absolver a mi mandante y disponer la devolución de las pólizas”.

Termina solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso-administrativa.

Que en fecha 31 de julio de 2014, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, la abogada Elodia Almirón Prujel, en representación de la Dirección Nacional de Aduanas (D.N.A.), a contestar la presente demanda contencioso-administrativa. Funda la contestación en los siguientes términos: “Que, solicito el reconocimiento de mi personería en el carácter invocado, por denunciado y constituido el domicilio en el lugar señalado y se me otorgue la intervención legal correspondiente. Que, por expresas instrucciones de mi mandante vengo en tiempo y forma a contestar la demanda contencioso-administrativa promovida por el abogado Sebastián Pascual Porres en representación de la firma Conped S.A. contra la Resolución N° 420/13, de fecha 30 de diciembre de 2013, dictada por el administrador de Aduanas de la Capital, confirmada por Resolución N° 58 de fecha 31 de enero de 2014 dictada por la Dirección Nacional de Aduanas, en base a las consideraciones de hecho y de derecho que a continua-

ción se pasan a exponer: Que, mi representada, niega todos y cada uno de los hechos y afirmaciones expuestos por la firma Conped S.A. en su escrito de demanda, excepto aquellos que fuesen expresamente admitidos por mi mandante. Que, mi mandante, la Dirección Nacional de Aduanas, niega categóricamente que durante el tiempo de tramitación del sumario administrativo que culminó con el dictado de las resoluciones impugnadas, la administración haya cometido arbitrariedades y haya violado Principios y Garantías Constitucionales en perjuicio de la firma Conped S.A. que ameriten la declaración de nulidad de los actos administrativos recurridos ante Vuestra Excelencia. Además, mi mandante niega categóricamente que en las Resoluciones dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas dentro del marco de sus atribuciones, hayan sido violadas leyes, convenios o tratados internacionales, y por supuesto, mucho menos la Constitución Nacional, siendo que estas Resoluciones han sido dictadas conforme a derecho. Sumario administrativo. El sumario administrativo instruido a la firma Conped S.A., de acuerdo a la resolución DNA N° 175/13, se había originado en la acumulación de varios antecedentes y despachos aduaneros tramitados por la citada firma, y que por la diferencia de valor entre lo declarado por la misma y el valor estimado por los técnicos de valoración de la DNA, había determinado la instrucción del sumario para el esclarecimiento de los hechos. En efecto, se puede apreciar que de acuerdo a los antecedentes administrativos DNA N° 013142/13, DPA N° 143312/12 y DPA N° 108080/12, relacionados al despacho de importación N° 12019ic04005746v, consignado a la firma Conped S.A. y remitidos por la administración de Aduana capital-cta. Que, se desprende de las documentaciones recepcionadas que, a raíz de tributos aduaneros diferenciales exigidos por diferencia de valor, en el despacho de importación 12019ic04005746v, consignado a la firma Conped S.A., Ruc N° 80023552-5, ésta ha constituido a favor de la DNA garantía de póliza de seguro N° 1200, identificado como garantía N° 12001adu002893t, en el proceso de desaduanamiento de mercaderías objeto de importación. Asimismo, se ha recomendado la acumulación de los antecedentes con otros sumarios administrativos instruidos a la firma Conped S.A. En efecto, por providencia N° 95/13, de fecha 25 de marzo de 2013, por la cual la jefatura del Departamento de Sumarios Administrativos eleva a la Dirección Nacional de Aduanas los antecedentes del expediente N° 013142/13 para considerar su acumulación al sumario administrativo ya abierto e individualizado como DNA Resolución N° 175/13 - D.S.A.

Nº 23-5/13, caratulado: “Antecedentes administrativos referidos a varias garantías constituidas a favor de la DNA por la firma Conped S.A.”, sumario este que tiene como principal parte sumariada a la firma Conped S.A. por supuestas diferencias de valor en 10 (diez) despachos de importación tramitados, ante varias administraciones aduaneras, pero que en virtud de la Resolución DNA Nº 175/13, de fecha 5 de marzo de 2013, en su oportunidad fueron acumulados previo a la instrucción del mencionado sumario, por lo cual correspondió –en virtud de dicha resolución– al administrador de la Aduana Capital-cta.– disponer la instrucción del sumario administrativo pertinente, quedando en adelante bajo su jurisdicción y competencia conocer y resolver en la causa sumarial que afecta a los despachos de Conped S.A. En consecuencia, VV.EE., se puede apreciar que en la Resolución DNA Nº 175/13, obrante en los antecedentes administrativos, la Dirección Nacional de Aduanas, teniendo en cuenta los principios de economía procesal y concentración, dispone la acumulación de diferentes expedientes y antecedentes administrativos de la firma Conped S.A. referentes a diferencia de valor, garantizadas con pólizas de seguros, para la instrucción del sumario administrativo correspondiente. Que, de esta forma se puede comprobar que en el sumario administrativo instruido por la DNA a la firma CONPED S.A. se procede a la acumulación de varios antecedentes y despachos aduaneros tramitados por la citada firma, y que por la diferencia de valor entre lo declarado por la misma y el valor estimado por los técnicos de valoración de la DNA, la firma CONPED S.A. ha constituido varias garantías a favor de la Dirección Nacional de Aduanas en el proceso de desaduanamiento de sus mercaderías objeto de importación, cuyo detalle se describe

Nº Despacho	Nº Identificador G.	Nº Póliza
11019IC04007945A	3257N/11	166
11017IC04009375U	3341H/11	830
11017IC04010560X	3579U/11	856
11017IC04010782Y	3837R/11	925
11017IC04010833L	3836Z/11	926
11017IC04010834M	3838S/11	927
12004IC04001732G	866R/12	1036
12017IC04001035G	681M/12	1021
12017IC04003579V	1467P/12	1095
12017IC04003955T	1630H/12	1110

Que, en cuanto a los argumentos de fondo por los cuales la Dirección de Aduanas resolvió la ejecución de las pólizas presentadas en garantía por la firma CONPED S.A., las mismas se encuentran claramente expuestas en la Resolución N° 420/13 del 30 de diciembre de 2013, y en sus antecedentes administrativos, así como en la Resolución N° 58 del 31 de enero de 2014, dictada por el Director Nacional de Aduanas, según los cuales el procedimiento de valoración realizado por el Departamento Técnico interviniente se ajusta derecho y, por ende, existe una diferencia de valor que debe ser abonada por CONPED S.A. En efecto, del análisis de los antecedentes se puede inferir que el objeto del sumario administrativo instruido a CONPED S.A. es el de establecer si corresponde o no la cancelación a satisfacción de la DNA, en concepto de si las pólizas fueron constituidas en concepto de diferencia de valor, lo que implica que el importador declaró ante la Aduana mercaderías con una valor imponible determinado, sin embargo, el servicio de valoración local procedió al ajuste de valor, generando una diferencia de tributo a favor del fisco. Esta diferencia fue garantizada por la firma sumariada para el retiro de las mercaderías de zona primaria. En este sentido, el Juzgado de Instrucción, en el trámite del sumario administrativo, solicitó informe a la Unidad Técnica competente sobre la referida diferencia de valor, la que se expidió en todos los casos manifestando que la diferencia de valor existe y debe ser abonada por la firma CONPED S.A., conforme se puede leer textualmente en el Informe, que dice: “Conforme al estudio y análisis correspondiente, se desprende que no se han presentado las documentaciones justificativas del precio realmente pagado, como ser originales de: Factura Comercial, giro bancario, lista de precios, cotizaciones, visadas por la Cámara de Comercio del país de origen y/o contrato de compra-venta, establecidos en el artículo 15 del Decreto N° 13721/01, en concordancia con el artículo 160 del mismo cuerpo legal que dispone: Cuando el importador no pudiera presentar la documentación referida, o en los casos en que la documentación presentada no fuera suficiente para asegurar la veracidad o exactitud de los valores declarados a título de aumentos o descuentos, el valor en aduana no será determinado con arreglo al artículo 1° del Código, en concordancia con la decisión 6.1 del acuerdo del GATT. Vale mencionar además que no se han cumplido con los requisitos establecidos en los Arts. 2° y 3° de la Resolución N° 89/10”. Informe Técnico llega a la conclusión de que: “Por todo lo expuesto, es parecer de esta Unidad Técnica concluir que no están dadas las condiciones para acce-

der a lo solicitado por el recurrente, motivo por el cual nos ratificamos en el valor establecido en su momento por el servicio local de valoración de la aduana como resultado de la aplicación de la Resolución N° 89/10”. Asimismo, cabe agregar que el Informe Técnico transcrito, fue expedido por el Departamento de Valoración en virtud y en los términos del Art. 262 de la Ley N° 2422/04 “Código Aduanero”, que dice: “El control y la fiscalización de la valoración de las mercaderías importadas serán de competencia exclusiva de la Dirección Nacional de Aduanas, que los practicará a través de sus imidades técnicas, basándose en la declaración y documentación presentada por los interesados”, y sobre el punto, la Unidad Técnica Especializada de la Dirección Nacional de Aduanas se ratificó en todos los informes técnicos obrantes en cada uno de los expedientes de cancelación y devolución de pólizas que fueran solicitados por la firma Conped S.A. ante la Dirección de Procedimientos Aduaneros, por lo cual, se puede concluir que las Unidades Técnicas de Valoración, actuando dentro del ámbito de sus competencias establecidas en la Ley, han determinado una diferencia de valor, entre lo declarado por Conped S.A. y el valor real de las mercaderías importadas por la citada esta forma, un valor –adicional y remanente favor del Estado– cuyo tributo debe ser abonado ante la entidad recaudadora, Dirección Nacional de Aduanas. Legalidad de las valoraciones efectuadas por la unidad técnica especializada de la DNA. Que, mi mandante, la Dirección Nacional de Aduanas, niega categóricamente que las valoraciones realizadas por las Unidades Técnicas Especializadas de la Aduana, no se ajusten a derecho, no se hayan ajustado a los documentos presentados por el importador, o no se refieran a las cuestiones de fondo, como lo sostiene la parte actora CONPED S.A., afirmaciones que no se ajustan a la verdad. En este sentido, en la Resolución N° 420/13 dictada por el Administrador de Aduana Capital - CTA, se puede apreciar que el acto administrativo decisorio hace una referencia en forma individual a los actos de valoración efectuados por la Unidad Técnica competente, en cada uno de los Despachos de Importación, y en uso de sus atribuciones legales previstas en el artículo 388 del Código Aduanero, cuando dice que: “Que, el Departamento de Valoración, al momento de expedirse sobre los valores establecidos por el Servicio Local de Valoración de la Administración Aduanera TERPORT en el despacho de importación N° U019IC04007945A, conforme se observa a fs. 80/82 de autos, ha señalado como a continuación se transcribe: “Vale mencionar además que no se han cumplido con los requisitos establecidos en los artículos 2° y

3° de la Res. 89A0, que para mayor ilustración se describen a continuación ... Por todo lo expuesto, es parecer de esta Unidad Técnica concluir que no están dadas las condiciones para acceder a lo solicitado por el recurrente, motivo por el cual nos ratificamos en el valor establecido en su momento por el Servicio Local de Valoración de la Aduana de TERPORT como resultado de la aplicación de la RES. 889/10”. En otro caso, referente al Despacho N°.110171C04009375U tramitado ante la Administración de Caacupemí, el Departamento de Valoración ha señalado: “Por lo expuesto, es parecer de esta Unidad Técnica concluir que no están dadas las condiciones para acceder a lo solicitado por el recurrente, motivo por el cual nos ratificamos en el valor establecido en su momento por el Servicio Local de Valoración de la Aduana de Caacupemí como resultado de la aplicación de la Res. 89/10...”. (fs. 137/138). Igualmente, puede observarse a fs. 194 de autos el informe relativo al despacho N° 120171C04003579V, que señala: “... Del análisis de datos consignados en la Factura Comercial mencionada más arriba, referenciados con documentos previamente aceptados por el Departamento de Valoración, los valores declarados en la misma son ínfimos, respecto a los obrantes en este Departamento, razón por la cual se descarta el valor de transacción como método de valoración, debiendo determinarse el valor con arreglo a lo dispuesto en los Artículos subsiguientes ... El valor en Aduana resultante del análisis, en virtud al Art. 7 de las Normas de Valoración en Aduanas (Art. VII del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994), comparando con los de la Factura Comercial considerada, resultan muy superior ... Sin embargo, se halla vigente la Resolución DNA N° 89, de fecha 12 de febrero de 2010, que establece valores referenciales de carácter precautorio que aún siendo inferiores a los determinados por el Art. 1, este Departamento considera apropiado que el valor en Aduana establecido en el presente Despacho debe ser conforme a dicha Resolución ... Por todo lo expuesto, es parecer de esta Unidad Técnica concluir que no están dadas las condiciones para acceder a lo solicitado por el recurrente, motivo por el cual nos ratificamos en informe de fecha 27 de julio de 2012 ...”. De esta forma, se puede comprobar de que muy lejos a las afirmaciones de la parte actora CONPED S.A. de que supuestamente la Administración Aduanera no había tratado la cuestión de fondo, se puede apreciar en la Resolución previamente indicada, que por el contrario, el administrador de la Aduana Capital se ha referido por caso y en detalle a los despachos de importación presentados por la accionante. Facultad de la DNA para aplicar la

legislación aduanera. Que, es importante resaltar que la Dirección Nacional de Aduanas es la entidad pública competente para la percepción de gravámenes por el Estado paraguayo, por la entrada y salida de mercaderías, conforme se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico paraguayo vigente, por lo cual llama poderosamente la atención las argumentaciones vertidas por la parte actora Conped S.A. cuando cuestiona el proceder y las conclusiones de las Unidades Técnicas de la DNA, que justamente son los órganos previstos por la Ley para cumplir con estas funciones, y entre ellas, la de establecer el valor económico de las mercaderías importadas y, por ende, el tributo que deben pagar al Estado. En efecto, el Art. 385 del Código Aduanero establece cuanto sigue: “Funciones de la DNA. De conformidad a las disposiciones de este Código, sus normas reglamentarias y complementarias le compete: 1. Aplicar la legislación aduanera; 2. Aplicar las normas relativas a clasificación, origen y valoración de mercaderías; 3. Aplicar, percibir y fiscalizar el impuesto aduanero exigible en ocasión del ingreso o egreso de mercaderías del territorio aduanero y los demás gravámenes de carácter fiscal, monetario, cambiario y otros de cualquier naturaleza”. Y asimismo, el Artículo 5° del mismo cuerpo legal hace referencia a la potestad aduanera. “Potestad aduanera. La potestad aduanera es el conjunto de atribuciones y deberes de la Dirección Nacional de Aduanas y de las autoridades dependientes de la misma, investida de competencia para la aplicación de la legislación aduanera para fiscalizar la entrada y salida de mercaderías del país, autorizar su despacho, ejercer los privilegios fiscales, determinar los gravámenes aplicables, imponer sanciones y ejercer los controles previstos en la legislación aduanera nacional”. Que, de esta forma se puede comprobar conforme lo destaca la jurisprudencia y la doctrina de los tribunales, que la Dirección Nacional de Aduanas tiene la competencia y las atribuciones, para entender, tramitar y resolver las cuestiones relativas a la entrada y salida de mercaderías del país, aplicar la legislación aduanera, y ejercer todas las demás funciones relacionadas con la misma, por lo cual se trata de la Autoridad de Aplicación en la materia. En consecuencia, éstas y otras consideraciones apuntan a arribar a la conclusión de que la valoración de las mercaderías ingresadas por Conped S.A. en varios puntos y administraciones aduaneras del país, el cotejo y determinación del valor real de la transacción económica, la viabilidad o no solicitud del recurrente, establecer la valoración y el tributo que deben pagar al Estado por dichas importaciones, son todas, y cada una de ellas, funciones y atribucio-

nes legales de la Dirección Nacional de Aduanas, y sus dependencias, por lo cual, conforme lo ha señalado el maestro Salvador Villagra Maffiodo, son actos administrativos ejercidos por las autoridades que tienen el poder legal de dictar los mismos”.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda contencioso-administrativa y confirmando consecuentemente la disposición ministerial.

Y el Miembro magistrado Dr. Arsenio Coronel Benítez, prosiguió diciendo: La presente acción contencioso-administrativa es contra los siguientes actos administrativos:

Resolución N° 420 de fecha 30 de diciembre de 2.013, dictada por el Administrador del Aduanas, la cual resuelve: Art. 1°. Clausurar el sumario administrativo individualizado como D.N.A. Res. N°.175/13 – D.S.A N°.23-5/13, caratulado: “Antecedentes administrativos referidos a varias garantías constituidas a favor de la D.NA. por la firma CONPED S.A., y en consecuencia disponer el archivamiento del expediente sumarial respectivo, de conformidad a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución. Art. 2°. Disponer la ejecución de las pólizas de seguro afectadas y relacionadas a los despachos e identificadores de garantía listados a continuación:

	N° Despacho	N° Identificador
1.	11019IC04007945A	3257N/11
2.	11017IC04009375U	3341H/11
3.	11017IC04010560X	3579U/11
4.	11017IC04010782Y	3837R/11
5.	11017IC04010833L	3836Z/11
6.	11017IC04010834M	3838S/11
7.	12004IC04001732G	866R/12
8.	12017IC04001035G	681M/12
9.	12017IC04003579V	1467P/12
10.	12017IC040003955T	1630H/12
11.	12019IC04005746V	2893T/12. Art. 3°. Notificar...”

Resolución N° 58 de fecha 31 de enero de 2014, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas, la cual resuelve: Art. 1°. No hacer lugar al recurso de

apelación interpuesto por el abogado Sebastián Pascual Porres, representante de la Firma Conped S.A. contra la Resolución N° 420 de fecha 30 de diciembre de 2013, dictada por la Administrador de Aduana de Capital. Art. 2°. Confirmar en todos sus términos la resolución apelada. Art. 3°. Comunicar...”

Haciendo un análisis exhaustivo de los antecedentes traídos a la vista y las pruebas aportadas por las partes y teniendo en cuenta que las mismas disienten frontalmente respecto a la normativa jurídica que debe regir y ser aplicada en este tipo de disputa que mantienen el poder administrativo y perceptor de tributos, con el contribuyente. Mientras que la entidad estatal defiende la legalidad de los actos de que debe ser ejecutada la garantía ofrecida (póliza) por el contribuyente a favor la Dirección Nacional de Aduanas, la parte actora cuestiona y pone en entredicho la validez del acto administrativo.

Que, entrando a analizar el fondo de la cuestión, se advierte que por Resolución N° 420 de fecha 30 de diciembre de 2013, se resuelve la ejecución de las Pólizas de Seguro constituidas a favor de la Dirección Nacional de Aduanas en concepto de diferencia de valor por las mercaderías, que debemos recordar que para que se puede realizar dicha ejecución se debe demostrarse fehacientemente la existencia de una diferencia entre el valor real de las mercaderías y de lo pagado al momento del retiro de la mercaderías.

Que, de las constancias de autos y en los antecedentes administrativos se desprende que el Departamento de Valoración no ha tenido en cuenta la documentación que han sido arrimadas por la parte actora dentro del sumario administrativo obrantes a fs.609/640 (antecedentes administrativos), en total contravención a lo establecido en el Art. 261 del Código Aduanera, que reza: “Valor en Aduana. El valor en aduana de las mercaderías importadas constituye la base imponible para la aplicación del impuesto aduanero resultante del examen y análisis de la declaración del interesado, conforme a lo establecido en los acuerdos internacionales vigentes y sus normas reglamentarias”.

Que, las diferencias encontradas entre el valor real y lo pagado por la firma Conped S.A. sobre las mercaderías importadas por la mencionada firma, se han realizado con el fundamento de que surgieron de los informes técnicos, manifestando que “no están dadas las condiciones para acceder a lo solicitado por la firma Conped S.A., motivo por el cual se ratifican en el valor establecido en su momento por el servicio local de valoración de la Aduana”, extremo el cual no se ha probado en el sumario por parte de la acusación, el órgano administrador ha

tratado de demostrar con precios de referencia o facturas de otras mercaderías de similares características que tengan otro valor más elevado, es decir, la simple mención de despachos de importación sin el legajo de valor de origen, no constituye elemento suficiente para determinar valores superiores a las que existen en los documentos de origen, más aún teniendo en cuenta que los técnicos evaluadores tuvieron a mano las facturas y los depósitos bancarios que demuestran el valor de las mercaderías, los cuales son productos con marca de la empresa importadora, y obviamente de una calidad diferentes que las marcas reconocidas internacionalmente, por lo cual el impuesto determinado en primer momento es el correcto, conforme a las normas aduaneras, y al valor en Aduana demostrado. Además, es importante considerar el Principio de Igualdad, que se convierte en norma en varios artículos de la Carta Magna vigente. En el caso que nos ocupa se encuentra en el Artículo N° 181 que dice en su parte pertinente: “La igualdad es la base del tributo, ningún impuesto tendrá carácter confiscatorio”, al efecto, hay que considerar el principio aristotélico de tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como tales, nótese que lo que busca el artículo 108 de la Carta Magna es permitir la circulación de los productos nacionales y extranjeros dentro del territorio nacional, dentro de lo que doctrinariamente se conoce como libre circulación, evitando que se le apliquen impuestos indebidos una vez que hayan sido introducidos legalmente, siempre determinando la calidad y tipo de producto para la aplicación de los impuestos, como un mecanismo tendiente al fomento de la actividad. Sobre el particular, explica el antes citado autor argentino Dr. Héctor Belisario Villegas, expresa: “Para aumentar el detrimento de ‘la igualdad’ tantas veces declamada, los jueces también han aceptado, sin ambages, que mediando razones tan difusas como la prosperidad, el progreso o el bienestar (valorables por el Poder Ejecutivo nacional sin posibilidad de revisión judicial), es perfectamente legítimo e incluso mandato constitucional que se prescindiera de la igualdad, la generalidad y la capacidad contributiva. Los orígenes del principio en estudio suelen remontarse a Aristóteles, quien propugnaba tratar como igual a los iguales y a los desiguales como desiguales”. Las enseñanzas y reflexiones del filósofo griego se referían al principio de “igualdad genérica”, o sea aquel cuyo destinatario era el conjunto de personas consideradas en sí mismas. En lo que hace a la igualdad tributaria, el postulado aristotélico puede ser adaptado, y en tal caso resulta también aplicable, ya que, según su mandato, las personas en tanto estén sujetas a cualquier

tributo y se encuentra en iguales o parecidas condiciones relevantes a los efectos tributarios han de recibir el mismo trato. De esto deriva, como consecuencia lógica, la situación tributaria desigual de las personas que se hallen en condiciones desiguales. Como pusimos de manifiesto inicialmente, es obvio que esta igualdad de los contribuyentes frente a la Ley no es una igualdad aritmética, sino la igualdad de tratamiento frente a igualdad de situaciones o circunstancias. Ello supone que a situaciones o circunstancias desiguales corresponden tratamientos desiguales. En sus máximas sobre la imposición, Adam Smith decía que los súbditos debían contribuir al Estado en proporción a sus respectivas capacidades, y en este caso conforme la calidad de los productos. En suma, imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación económica es tan injusto como que quienes tengan iguales medios sean gravados de distinta forma”.

Así las cosas, se debe determinar que los tributos pagados por la parte actora fueron realizados en debida forma, por lo que no corresponde imponer a la misma el pago de tributo por una supuesta diferencia de valor, más teniendo en cuenta que dentro del sumario administrativo, la administración no ha podido demostrar ningún tipo de irregularidad ni intento de fraude por parte de la Empresa CONPED S.A a la Administración.

En consecuencia y no existiendo justificación legal que sustente razonablemente el criterio adoptado por la Dirección Nacional de Aduanas para sostener la determinación asumida en el acto administrativo impugnado, conforme el análisis y los fundamentos precedentes, soy de criterio de que la presente demanda contencioso-administrativa instaurada en estos autos por la firma CONPED S.A., debe prosperar, haciéndose lugar a la misma y, en consecuencia, revocar la Resolución N° 420 de fecha 30 de diciembre de 2011, y la Resolución N° 58 de fecha 31 de enero de 2014, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas. En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la perdedora conforme al art. 192 del CPC. Es mi voto.

A su turno el Dr. Mario Ygnacio Maidana Griffith dijo: Que, con el debido respeto me permito disentir con la pre-opinión de mi distinguido colega el Dr. Arsenio Coronel Benítez en lo que hace al fondo de la cuestión debatida, permitiéndome respetuosamente expresar algunos conceptos referentes a la resolución del caso concreto sometido a análisis de esta magistratura.

Que, el Código Aduanero en su artículo 5° establece que la potestad aduanera es el conjunto de atribuciones y deberes de la Dirección Nacional de Adua-

nas y de las autoridades dependientes de la misma, investida de competencia para la aplicación de la legislación aduanera para fiscalizar la entrada y salida de mercaderías del país, autorizar su despacho, ejercer los privilegios fiscales, determinar los gravámenes aplicables, imponer sanciones y ejercer los controles previstos en la legislación aduanera nacional.

Que, la parte actora sostiene que la Resolución 58/2014 y la Resolución 420/13, dictadas por el administrador de Aduana constituyen un absurdo jurídico, limitándose a disponer la ejecución de las pólizas, sin establecer cuáles son las faltas aduaneras cometidas, sin estudiar el fondo de la cuestión y limitándose a fundar la ejecución de las pólizas en valoraciones técnicas arbitrarias. Sostiene además que las resoluciones son injustas y sin motivación, ya que no mencionan el fundamento real, concreto y técnico, del por qué se determina la ejecución de las pólizas en garantía.

Que, según las constancias de autos, la firma importadora Conped S.A., constituyó a favor de la Dirección Nacional de Aduanas varias garantías para el libramiento de sus mercaderías sometidas al régimen de importación, sobre 11 Despachos. Las garantías serían ejecutadas en caso de existir diferencias de valor entre el valor de las mercaderías declarado por la firma y el valor de las mercaderías estimado por los técnicos de valoración de la DNA, a través del correspondiente sumario administrativo, el cual efectivamente se instruyó arrojando como resultado las diferencias de valor a favor de la Dirección Nacional de Aduanas, resultado que es cuestionado por la firma demandante.

Que, en dicho sumario administrativo, la firma Conped S.A. presentó una serie de documentos, que para la Aduana no fueron suficientes para asegurar la veracidad o exactitud de los valores declarados, por lo tanto. a los efectos de la valoración de dichas mercaderías se deberá determinar de acuerdo al Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), según lo dispone el Decreto N° 13.721/01 que establece las normas complementarias para la aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994).

Que, el artículo 261 del Código Aduanero dispone que el valor en Aduana de las mercaderías importadas constituye la base imponible para la aplicación del impuesto aduanero resultante del examen y análisis de la declaración del interesado, conforme a lo establecido en los acuerdos internacionales vigentes y sus normas reglamentarias. Asimismo, el artículo 262 del mismo Código se refiere

a la competencia exclusiva, puntualizando que el control y la fiscalización de la valoración de las mercaderías importadas serán competencia exclusiva de la Dirección Nacional de Aduanas, que los practicará a través de sus unidades técnicas, basándose en la declaración y documentación presentada por los interesados.

Que, el Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994) se refiere a la Valoración en aduana, expresando en el punto 2 inciso a) que: El valor en aduana de las mercancías importadas debería basarse en el valor real de la mercancía importada a la que se aplique el derecho o de una mercancía similar y no en el valor de una mercancía de origen nacional, ni en valores arbitrarios o ficticios. Según el punto b), el “valor real” debería ser el precio al que, en tiempo y lugar determinados por la legislación del país importador, las mercancías importadas u otras similares son vendidas u ofrecidas para la venta en el curso de operaciones comerciales normales efectuadas en condiciones de libre competencia... Finalmente el punto c) establece que cuando sea imposible determinar el valor real de conformidad con lo dispuesto en el apartado b) de este párrafo, el valor en aduana debería basarse en el equivalente comprobable que se aproxime más a dicho valor.

Que, por la presunción de legitimidad de los actos de los funcionarios públicos, los actos de determinación de los organismos recaudadores del Estado se presumen legítimos, lo que produce la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del contribuyente demostrar que la estimación, en este caso de VALOR, realizada por la Aduana Nacional no corresponde. Si bien la parte actora presentó una serie de documentos, estos no alcanzaron para torcer la conclusión a la que llegaron los organismos administrativos de la Aduana Nacional, por todo lo cual considero que la Administración Aduanera actuó con criterios de razonabilidad adecuada a sus facultades regladas por la Constitución y las leyes aplicables al caso en análisis.

Que, del análisis realizado por esta magistratura, surge que la Dirección Nacional de Aduanas, a través de su organismo técnico competente, ha procedido a fijar el valor real de las mercaderías, encontrando de esta manera la existencia de una diferencia de valor a favor de la Aduana Nacional, la que surge de la diferencia entre los valores de la mercadería declarados por la firma actora y los valores reales que ha fijado la Administración aduanera, a través de la aplicación de la legislación nacional e internacional a que se ha hecho referencia en el presente voto.

Que, por lo expuesto considero que respecto a los demás argumentos esgri-

midos por la accionante, se debe señalar que la Administración ha dado un amplio trámite administrativo a la cuestión planteada, dando a la firma demandante todas las garantías constitucionales que implican el derecho a la defensa y el debido proceso, consagradas en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, no encontrando esta magistratura vicios que tornen nula la decisión final de la Administración, por lo que es evidente que la misma ha actuado dentro de sus facultades regladas, respetando el Principio de Legalidad que debe tener en cuenta la Administración en su actuar.

Que, el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. El principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, como forma de garantizar que los organismos del Estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El Principio de Legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. El equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado. El fundamento de este sistema de garantías es la realización de la justicia distributiva del bien común –libertad, igualdad, etc.– entre los particulares. La sujeción de la Administración a la Ley constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho. El nacimiento del Principio de Legalidad se debe al pensamiento revolucionario de 1789, que, al modificar la concepción del antiguo régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración Pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforman en una haz de derechos subjetivos públicos (Thomas Hutchinson, “Regimen de Procedimientos Administrativos”, Editorial Astrea, 2º Edición actualizada, 1994).

Que, la función de la Administración de tomar Resoluciones no tiene fuerza de verdad legal, justamente por eso la decisión del órgano administrativo es revisable en sede judicial, y en nuestro proceso legal administrativo el juez natural, que está dotado de independencia e imparcialidad para revisar los

actos de los órganos administrativos es el Tribunal de Cuentas (artículo 265 de la Constitución Nacional, artículo 30 del Código de Organización Judicial) que tiene a su cargo el control judicial de las decisiones administrativas.

Que, en este sentido la revisión judicial en el proceso contencioso-administrativo a cargo del Tribunal de Cuentas, es la mayor garantía para el administrado, ya que “...La verdadera defensa de los derechos individuales contra los actos ilegítimos del poder administrador está en los tribunales, que pueden ser judiciales o no, según lo determine el sistema jurídico-político. Porque, cualquiera que fuera la idea que se tenga sobre la jurisdicción, lo fundamental es que el órgano encargado de decidir sea independiente del que emitió el acto impugnado...” (Roberto Enrique Luqui. “Revisión Judicial de la Actividad administrativa – Juicios Contencioso-administrativos”. Editorial Astrea, año 2005, página 8).

Que, en base a lo expuesto surge que la Administración Nacional de Aduanas, en los actos administrativos que se pretenden impugnar, ha actuado dentro de sus facultades legales previstas en la Constitución Nacional y la Ley, por lo que del análisis que ha realizado esta magistratura, surge que no se ha violado el Principio de Legalidad, por lo tanto se concluye que no se observan en autos vicios de procedimiento en la actuación de la administración aduanera que acarrearán la nulidad de los actos administrativos cuestionados, por lo que corresponde No Hacer Lugar a la demanda y, como consecuencia, se deben confirmar los actos administrativos atacados. En cuanto a las Costas, deben ser soportadas por la parte perdedora. Es mi voto.

A su turno el Miembro Magistrado Gregorio Ramón Rolando Ojeda manifiesta: Que se adhieren al voto del Miembro preopinante por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas Segunda Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

Visto: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala,

RESUELVE:

1. Hacer Lugar a la demanda Contencioso-Administrativa interpuesta por la firma CONPED S.A. contra la Dirección Nacional de Aduanas y, en consecuencia;

2. Revocar La Resolución N° 420 de fecha 30 de diciembre de 2013, y la Resolución N° 58 de fecha 31 de enero de 2014, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas, conforme a los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

3. Imponer las costas a la perdedora.

4. Notificar, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arsenio Coronel Benítez, Gregorio Ramón Rolando Ojeda, y Mario Maidana Griffiths

Abog. Diego Mayor Gamel. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 36

Cuestión Debatida: *Que en estos autos se solicita la revocatoria de la Resolución que resolvió su destitución por considerar la misma nula, alega haber adquirido la estabilidad requerida por la Ley 1626/00 y sólo puede ser destituida con sumario administrativo.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad del Funcionario Público.

QUE, de las constancias de autos podemos precisar que la actora de esta demanda fue nombrada por Decreto N° 10236, de fecha 14 de diciembre de 2012, siendo cesada de su cargo por Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, habiendo la misma cumplido el requisito de seis meses como período de prueba, por lo tanto, la misma ya adquirió el estatus como funcionaria de carrera, con estabilidad provisoria, detentando el derecho a no ser despedida de la institución donde prestaba servicios sin las formalidades prescriptas en la Ley para ello, pues este derecho surge como una limitación al poder discrecional de la Administración de despedir al trabajador, unilateralmente y sin cumplir con los procedimientos establecidos en la norma.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad del Funcionario Público.

La doctrina aplicable, en relación al tema, sustenta la estabilidad a la que hacen mención los artículos citados precedentemente, y se refiere a la llamada

protección contra el despido, la cual es una de las medidas adoptadas por la legislación para evitar el despido arbitrario del funcionario, por parte de la administración, precautelando de este de modo sus derechos como trabajador, constituyéndose en una garantía para el funcionario y una limitación para el poder administrador. Caso contrario, se estaría siempre inseguro en el puesto laboral.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Que, el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. El principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, como forma de garantizar que los organismos del Estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El Principio de Legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. El equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado. El fundamento de este sistema de garantías es la realización de la justicia distributiva del bien común –libertad, igualdad, etc.– entre los particulares.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El nacimiento del Principio de Legalidad se debe al pensamiento revolucionario de 1789, que, al modificar la concepción del antiguo régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración Pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforman en una haz de derechos subjetivos públicos (Thomas Hutchinson, “Régimen de Procedimientos Administrativos”, Editorial Astrea, 2ª Edición actualizada, 1994.

T. de Ctas., Segunda Sala. 18/02/2015 “LEYLA MARÍA MEDINA GONZÁLEZ CONTRA DECRETO N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013 dictado por el Poder Ejecutivo (Ac. y Sent. N.° 36).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda

Y el Miembro Del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, dijo: Que, en fecha cinco de febrero del 2014 (fojas 22/31 de autos), se presentaron ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, los Abogs. Raúl Mongelos Shneider y Edgar Sanabria González, en representación de la Sra. Leyla María Medina González, a promover demanda Contencioso-Administrativa, contra el Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el Poder Ejecutivo. Funda la demanda en los siguientes términos: “Hechos. Que, La señora Leyla Meria Medina González, por Decreto N° 10236 de fecha 14 de diciembre de 2012, fue nombrada en la Categoría S11. Y por el citado Decreto se lo Designa como funcionario del Ministerio de Justicia y Trabajo, dependiente de La presidencia de la República, con el cargo de Profesional Sanatorio (I), percibía una remuneración mensual de guaraníes Tres Millones Cuatrocientos Ochenta y Ocho Mil Doscientos (Gs. 3.488.200), tal como se prueba con el mencionado decreto y certificado de sueldo y empleo agregados a esta presentación. Que, nuestra representada, se desempeñaba en su cargo con honestidad e idoneidad, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 07:00 a 15:00 hs. Que, Decreto N° 783 de Fecha 27 de noviembre de 2013 dictado por el Ministerio de Justicia y Trabajo, dependiente de la Presidencia de La República del Paraguay, por la cual se dan por terminadas las funciones de la señora Leyla María Medina González, en total violacion de las leyes vigentes, considerando que el argumento del despido se basa en el Art. 47 de la Ley 1.626/00, De la Función Pública, que establece que la estabilidad en la Administración Pública se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función publica. ...”. El decreto de destitución arguye para la destitución de nuestra poderdante es el Art. 47 de la Ley 1626/00 que dispone: “Se entenderá por estabilidad el derecho

de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicios en la función pública”. En fecha 04 de febrero de 2014, nuestra mandante, por intermedio de la escribana pública María Julia Rivarola, con Registro N° 14, mediante Acta Notarial N° 7, el cual se adjunta a esta presentación, se apersonó a los efectos de que se me entregue la notificación de la desvinculación ordenada por Decreto 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, a mi representada. Estabilidad de los Funcionarios. Nuestra poderdante ha adquirido la estabilidad requerida por la Ley 1626/00 y solo pueden ser destituido con sumario administrativo que declare su responsabilidad en faltas graves y por una autoridad competente. Al ser destituida arbitrariamente sin sumario previo el Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013 dictado por el Ministerio de Justicia y Trabajo dependiente de la Presidencia de la República del Paraguay por la cual se dan por terminadas las funciones de la senora Leyla María Medina González, esta es totalmente nula. Que la Constitución Nacional, en su Artículo 238, Numeral 6, faculta a quien ejerce la Presidencia de la República a nombrar y remover a los funcionarios de la Administración Pública. Que la Ley N° 1.626/2000, De la Función Pública, en su Artículo 47, establece que se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la Función Pública”. Que el Ministerio de Justicia y Trabajo ha realizado un diagnóstico y la evaluación de sus distintas reparticiones, en cuanto a los recursos humanos asignados a las mismas; resultando la necesidad de realizar una reingeniería del personal en las dependencias de dicha Secretaría de Estado. Que, en primer lugar debemos establecer quiénes son considerados Funcionarios Públicos, al respecto el artículo 4° de la Ley N° 1626/2000, De la Función Pública, establece: “Es funcionario público la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrolle tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios. El trabajo del funcionario público es retribuido y se presta en relación de dependencia con el Estado”. De la lectura del artículo mencionado, podemos inferir que es adquirida la calidad de funcionario público mediante el nombramiento, que como lo señala la norma, debe ser mediante acto administrativo de autoridad competente para ocupar de

manera permanente un cargo incluido en el Presupuesto General de la Nación; así, tenemos que la antigüedad de los funcionarios a los efectos del cálculo de su antigüedad se cuenta a partir de su nombramiento efectivo como funcionario permanente, que en el caso de marras es: Leyla María Medina González, por Decreto N°10.236 de fecha 14 de diciembre de 2012. Fue nombrada en la Categoría S11. Y Por el citado Decreto se lo designa como Funcionario del Ministerio de Justicia y Trabajo, dependiente de la Presidencia de la República, con el cargo de Profesional Sanitario (I). Que, como ya ha sido manifestado anteriormente, el término de las funciones de los accionantes se produzco en fecha 04 de febrero de 2014, fecha en la cual fue notificado a mi representada del Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, se adjunta acta notarial de notificación, la cual demuestra claramente que la actora prestó sus funciones hasta la notificación efectiva de la desvinculación, con las instrumentales adjuntadas ha quedado acreditado sin lugar a duda, que la misma ostentaba la estabilidad dentro de la función publica. El periodo a que refiere dicho artículo es de 6 meses, de conformidad al Art. 18 del mismo cuerpo legal: “El nombramiento de un funcionario tendrá carácter provisorio durante un periodo de seis meses, considerándose éste como un plazo de prueba. Durante dicho periodo cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación jurídica sin indemnización ni preaviso alguno”. Igualmente, el Art. 7° de la Ley 213/93 expone lo siguiente: “Si se suscitase duda sobre interpretación o aplicación de las normas de trabajo, prevalecerán las que sean más favorables al trabajador”. Que, en este punto es importante manifestar que nuestra legislación vigente, Ley N° 1626/2000, establece dos tipos de estabilidad: provisorio y definitiva. La primera es adquirida tras sobrepasar los 6 meses de periodo de prueba y la segunda a los dos años de ejercicio ininterrumpido en la función pública. Respecto a este último tipo de estabilidad, la Ley N° 1626/2000 dispone en su Art. 18: “El nombramiento de un funcionario tendrá carácter provisorio durante un periodo de seis meses, considerándose este como un plazo de prueba. Durante dicho periodo cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación jurídica sin indemnización ni preaviso alguno”. Que, por otra parte, el Art. 40 del mismo cuerpo legal en su inc. c) establece como causal de terminación de la relación jurídica entre el Estado y sus funcionarios la destitución, y de igual manera en el Art. 43 preceptúa que la destitución del funcionario público será dispuesta por la autoridad que lo designó y deberá estar precedida de fallo condenatorio recaído en el correspon-

diente sumario administrativo. Que, de esta manera, el actor está asistido del derecho a la estabilidad en el cargo, garantizada en los artículos 18 y 19 de la Ley N° 1626/2000, debido a que ha sobrepasado el periodo de 6 meses exigido por la norma, y siendo de esta manera, la vía correspondiente para ponerle un fin a la carrera de este trabajador, era mediante la instrucción del correspondiente sumario administrativo donde se comprobara la comisión de una falta que merezca su destitución. Que, con el hecho de no habersele instruido sumario administrativo, sus derechos fueron avasallados; lo expresado en la Ley Suprema de la Nación, nuestra Constitución Nacional de 1992, en sus Artículos 16 y 17 no han sido tenidos en cuenta por la Administración, con lo cual no se le ha dado la oportunidad de ejercer su defensa. De igual manera, ante esta circunstancia, son violados varios preceptos constitucionales, tales como: el Art. 86, “Del Derecho al Trabajo: Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas. La Ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables”; el Art. 94 de la Estabilidad y de la Indemnización: “El derecho a la estabilidad del trabajador queda garantizado dentro de los límites que la Ley establezca, así como su derecho a la indemnización en caso de despido injustificado”; el Art. 101, de los Funcionarios y de los Empleados Públicos: “Los funcionarios y los empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen derecho a ocupar funciones y empleos públicos. La Ley reglamentará las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios y empleados prestan servicio, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, militar y policial”; el Art. 102, de los Derechos Laborales de los Funcionarios y de los Empleados Públicos: “Los funcionarios y los empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en h) sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la Ley y con resguardo de los derechos adquiridos”, el Art. 106, de la Responsabilidad del Funcionario y del Empleado Público: “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de este a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”. Que, en el Prefacio de la obra

“La Justicia Constitucional y la Administración”, el Prof. Dr. Luis Enrique Chase Plate enuncia que: “La Constitución es la Ley Superior, la columna vertebral, a la que se deben someter todas las normas jurídicas. Todo el ordenamiento jurídico de un Estado o de una Nación tiene que estar estructurado, teniendo en cuenta los principios y los valores que sustentan la Constitución. Esta define los valores y principios fundamentales de la comunidad política. Contiene no solo normas imperativas, sino que estas normas manifiestan un sentido, una dirección, una indicación, un deber en cuanto a la declaración de los derechos fundamentales del ciudadano y la forma de organización de los poderes públicos”. Analizando el Preámbulo de nuestra Carta Magna, observamos que en el mismo se expresan los principios filosófico-políticos que orientan la consagración de los principios, derechos y garantías constitucionales, así como el principio rector en donde se encuentra el reconocimiento de la dignidad humana como factor integral en la protección del individuo y elemento necesario para obtener y conservar su libertad, igualdad y acceso a la justicia, reafirmando los principios de la democracia representativa, participativa y pluralista, marco este donde se puede conseguir el respeto hacia esa dignidad humana, con la consagración de valores democráticos. Por lo que podemos afirmar, que la destitución que es recurrida en estos autos por la señora Leyla María Medina González indudablemente ha lesionado “derechos” de la funcionaria en su calidad de agente de la Administración. No fueron respetados derechos de la trabajadora consagrados en nuestra Carta Magna; la hoy afectada por la destitución recurrida ha sido destituida de su puesto de trabajo sin sumario administrativo previo, siendo que ya había pasado el llamado periodo de prueba (Art. 18, Ley N° 1626/00). Siendo así, la misma tenía derecho a que se le instruya un sumario administrativo previo a su destitución, tal como lo establece el Art. 43 del mismo cuerpo legal. De igual manera, con la destitución arbitraria de la actora por parte de la Administración, no solo se ha violado su derecho a la permanencia o conservación de su puesto de trabajo (Estabilidad) sino también su derecho a la carrera, que consiste en el derecho a la mejora, ya sea en el orden jerárquico, por atribución de un cargo más elevado, ya sea pecuniariamente, por aumento de sueldo o remuneración (“Derecho Administrativo”. Tomo III. Rafael Bielsa). Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de La República del Paraguay. Debe revocarse la resolución dictada por la Municipalidad de Fernando de la Mora que destituyó al actor de su cargo de Inspector en la Dirección de Medio Ambien-

te. El funcionario cuando el mismo ya había superado el plazo de prueba previsto legalmente, 6 meses, por lo que no podía ser despedido sin un fallo condenatorio que demostrara su culpabilidad. Arts. 18 y 43 de la Ley 1626. Cuando el nombramiento de un auxiliar se realiza mediante un proceso de selección simplificado establecido en el reglamento interno del organismo o entidad respectiva y el concurso de oposición no es requisito indispensable para que el mismo acceda como empleada de la función pública. Cuando el procedimiento de selección por concurso público de oposiciones, dispuesto en el art. 15 de la Ley N° 1626 aún no estaba reglamentada por la Secretaría de la Función Pública y aprobada por decreto del Poder Ejecutivo como lo dispone la norma, al ser nombrada el actor. CS, Paraguay, Sala Penal 2011/03/24. Estigarribia, Hugo. A. c/ la Municipalidad de Fernando de la Mora s/ Revocatoria de las Res. N° 18 del 08/01/, Reposición en el cargo y pago de salarios caídos. (As. y Sent. N° 103). Así mismo, nuestro país es signatario del Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, suscripta el 25 de junio de 1958 en la ciudad de Ginebra, aprobado por Ley de nuestra República N° 1154 de fecha 29 de julio de 1966, el cual integra nuestro sistema jurídico y se encuentra incluso en rango superior a las leyes nacionales, conforme a lo establecido en nuestra Carta Magna. El mismo establece que: Artículo 1°: “A los efectos de este convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;” (...). Artículo 3°: “Todo miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales a: (...) d) llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional”; ejerciendo la discriminación en el ejercicio del trabajo u ocupación se violentan además los derechos consagrados en el Código del Trabajo, Art. 9°; y en la Ley N° 1626/00, De la Función Pública, Art. 49, inc. j). Es con el motivo de tratarse el Decreto de la Presidencia de la República del Paraguay, es un abierto acto de discriminación en el trabajo, que venimos a solicitar al Excelentísimo Tribunal la Nulidad de la misma. Doctrina y Jurisprudencia. “El fariseísmo de los Despidos en La Función Pública”, Prof. Dr. Jorge Darío Cristaldo Montaner. Se argumenta oficialmente que los despidos se justifican por la necesidad de eliminar a los planilleros, de racionalizar y moder-

nizar el aparato burocrático, de disminuir costos administrativos, de reducir el déficit fiscal, de contar con más recursos para invertir en infraestructura, etc. Todas estas razones sin embargo, no justifican ningún despido según la legislación vigente, pues el Art. 40 de la Ley de la Función Pública, preceptúa: “La relación jurídica entre un organismo o entidad del Estado y sus funcionarios terminará por: a) renuncia; b) jubilación; c) supresión o fusión del cargo; d) destitución; e) muerte; g) cesantía por invalidez física o mental debidamente comprobada”. Los argumentos invocados por las autoridades para justificar despidos de funcionarios y empleados públicos, son falaces, por no estar permitido, por la Ley, el despido como modo de terminar la relación jurídica de los funcionarios y empleados públicos. Doctrina sobre discriminaciones laborales. La nulidad del despido procede cuando este obedece a motivos cuya naturaleza no consiente que se admita su validez como supuestos legitimadores del acto extintivo del empleador, en él existe una causa recusada por el ordenamiento jurídico por implicar una vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal, como persona y como ciudadano, dicho en otras palabras, se trata de un despido con causa ilícita. La determinación de estas causas se encuentra expresa y taxativamente señalados en el art. 88 de la Constitución Nacional en concordancia con el Art. 9° del Código Laboral, el cual prescribe las causas que pueden concurrir para considerarse un despido como nulo por violación de la garantía constitucional. Los actos discriminatorios del empleador, como los de cualquier persona, entidad y obviamente autoridad pública en sus relaciones con los particulares y en especial con los trabajadores, deben ser sancionados porque ofenden garantías básicas contenidas en la Constitución de la República del Paraguay. Discriminar es separar, distinguir, diferenciar una cosa de la otra; dar trato de inferioridad a una persona por motivos raciales, religiosos, políticos, etc... Esta discriminación es totalmente voluntaria y dolosa de la igualdad de trato. En nuestra ley laboral se prohíbe toda clase de discriminación, en una norma enunciativa y no taxativa (Art. 9° y demás concordante del C.T.). Tanto la igualdad de trato como la prohibición de la discriminación recibieron en nuestro derecho tratamiento constitucional, incluso al incorporar tratados sobre derechos humanos entre los que se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, que prohíbe toda clase de discriminación, a igual protección ante la Ley. La OTI (Organización Internacional del Trabajo) ha desarrollado una política activa en combatir la discriminación y desigualdad

de trato en materia laboral. Cabe recordar en tal sentido, los convenios 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación; y el Convenio 110 sobre la igualdad de la remuneración. Nuestra Constitución ha puesto sobre el tapete el tema de la condición supra legal de estos Convenios de la OIT al establecer que los Tratados internacionales aprobados por el Congreso Nacional tienen la jerarquía superior a las leyes (Art. 156 de la C.N.). No es admisible impedir, obstruir, restringir o de algún modo menoscabar arbitrariamente el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional. En esos casos, a pedido del interesado, el infractor será obligado a dejar sin efecto el acto administrativo o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material causado. Cosa Demandada. Que, en mérito de lo expuesto, a VV.EE. venimos por la presente demanda a solicitar la nulidad del Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, y en consecuencia la reincorporación de la funcionaria Leyla María Medina González, al puesto de trabajo y cargo que ocupaba en la mencionada fecha, así como el cobro de los salarios caídos desde la fecha mencionada hasta su reincorporación efectiva al cargo, así como la reparación de los daños ocasionados a los afectados, a raíz de ver afectada su carrera en la Función Pública. Solicitud de medida cautelar: Atendiendo la urgencia del caso, considerando que el trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano, así como la necesaria presencia y ocupación efectiva del funcionario a fin de que pueda realizar la carrera administrativa dentro de la institución y que le sean reconocidos los derechos adquiridos y hacer uso efectivo de los derechos en expectativa, y con el objeto de evitar que se produzcan daños mayores, como ser el perjuicio que se cause a la carrera profesional de nuestro principal, así como el desafío patrimonial que acarraría al Estado el cobro de salarios caídos por parte del mismo a la institución sin prestar servicios efectivo, venimos también por el presente escrito a solicitar la suspensión de los efectos del Decreto recurrido, y en consecuencia la inmediata restitución en el cargo de la funcionaria Leyla María Medina González, ofreciendo desde ya la correspondiente caución juratoria, o la contra cautela de la naturaleza que el Alto Tribunal determine en caso de que la medida sea solicitada sin derecho”.

Termina ofreciendo sus pruebas y realizando el petitorio en concordancia con los términos de su demanda, solicitando que cumplidos con los trámites correspondientes se haga lugar a la presente demanda con costas.

Posteriormente, en fecha 20 de junio del 2014, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Anildo Caballero Ortega, en nombre y representación del Ministerio de Justicia y Trabajo, a contestar la presente demanda contencioso-administrativo. Funda la contestación en los siguientes términos: “Contestación: En primer lugar, esta parte niega y rechaza todas y cada una de las manifestaciones vertidas en la demanda, salvo aquellas expresas aceptaciones que de acuerdo a la presente contestación se pueda hacerlo precedentemente. El representante convencional de la accionante alega y pide la nulidad del Decreto N° 783 del 27 de noviembre de 2013, dictado no por el Ministerio de Justicia y Trabajo, sino que fue dictado por el Poder Ejecutivo, en la persona del Presidente de la República. Que, dicho Decreto dio por terminadas las funciones de varios funcionarios, entre ellos la actora Leyla María Medina González, con C.I. N° 2.376.482, como funcionaria con cargo profesional sanitario I, categoría S3h, del Programa Justicia con Dignidad, del Ministerio de Justicia y Trabajo. Que, por Decreto N° 10.236 de fecha 14 de febrero de 2012, fue nombrada en un cargo de Categoría Profesional Sanitario, Categoría SIL, en la Penitenciaría Regional de Concepción, dependiente de la Dirección General de Establecimientos Penitenciarios del Ministerio de Justicia. Refiere la parte actora que su salario fue de Gs. 3.488.200 (tres millones cuatrocientos ochenta y ocho mil doscientos) y presenta una constancia de trabajo, en la que certifica que la Sra. Leyla María Medina González con C.I. N° 2.376.482 es funcionaria de la Correccional de Mujeres “Casa del Buen Pastor”, quien se desempeña como Odontóloga de Consultorio, cumpliendo una carga horaria de 6 hs. Semanales, los días lunes y martes, cuyo documento acompañado tiene fecha 12 de marzo de 2012. Que, según dicho certificado la referida profesional, en primer lugar no se encontraba cumpliendo las funciones a la que fue nombrada por Decreto N° 10.236 de fecha 14 de febrero de 2012, fue nombrada en un cargo de Categoría Profesional Sanitario, Categoría Sil, En La Penitenciaría Regional de Concepción, y que a la vez se encontraba realizando trabajos profesionales 24 horas mensuales en total, en abierta violación de la Ley N° 1.626/00, con especialidad lo dispuesto por el art. 57, inc. a) que dice: “Son obligaciones del Funcionario Público... a) realizar personalmente el trabajo a su cargo en las condiciones de tiempo, forma, “lugar” y modalidad que determinen las normas dictadas por la autoridad competente...”. Y además, el art. 59 de la citada Ley establece: “La jornada ordinaria de trabajo efectivo, salvo los casos especiales

previstos en reglamentación de la presente Ley, será de cuarenta horas semanales...”. Resulta que, los gobiernos que entran en la nueva administración, a través de sus programas de gobiernos, se establecen esquemas de mejoramiento de sus respectivas dependencias, y en ese orden de reordenamientos y facultades de dirección efectiva, realizan sus gestiones a través de los lineamientos que le otorgan la Constitución y las leyes de la República, a fin de obtener los resultados programados en sus campañas electorales. Por lo precedentemente expuesto, debe verificarse si hubo o no extralimitación de poder en el dictado del Decreto impugnado por parte del Presidente de la República, que constituye el acto administrativo cuestionado por esta vía. Tenemos que el cargo de la accionante no contenían haber realizado lo previsto en el art. 15 de la Ley N° 1.626/00 que dice: “El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso público de oposición. Se entenderá por concurso público de oposición, el conjunto de procedimientos técnicos, que se basará en un sistema de ponderación y evaluación de informes, certificados, antecedentes, cursos de capacitación y exámenes, destinados a medir los conocimientos, experiencias e idoneidad del candidato, expresándolos en valores cuantificables y comparables, conforme al reglamento general que será preparado por la Secretaría de la Función Pública y aprobado por decreto del Poder Ejecutivo, por lo que se considera el Decreto impugnado como un acto voluntario del Poder Ejecutivo, sujeto a lo establecido en el art. 238 de la C.N. numeral 6) que textualmente dice: “Nombrar y remover por sí a los Ministros del Poder Ejecutivo, al Procurador General de la República y a los funcionarios de la Administración Pública, cuya designación y permanencia en los cargos no están reglados de otra forma por esta Constitución o por la Ley”. A través del Decreto cuestionado en autos, un acto discrecional, el Poder Ejecutivo resolvió remover de su cargo al actor. Ahora bien, la Ley N° 1462/35 establece la inadmisibilidad de la acción contenciosa contra los actos administrativos discrecionales; ya que la ley dispone expresamente que debe emanar del ejercicio de facultades regladas. La excepción a la regla sería en que el Órgano Administrativo en el dictamiento de un acto discrecional se extralimite de poder, cuestión que habilitaría el uso de la acción contencioso-administrativa, a fin de precautelar su derecho el recurrente. En este sentido el autor Bielsa en su obra “Derecho Administrativo”, T. I., pág. 133 menciona lo siguiente: “En cuanto a los actos de autoridad, cabe con respecto a ellos el juicio contencioso-administrativo, cuyo procedimiento se halla

reglado por la Ley 1A62/35, juicio que, sin embargo, solamente procede contra resoluciones dictadas en uso de facultades regladas (art. 3º, inc. b). Vale decir, que si el acto administrativo es discrecional no cabe contra el mismo acción alguna –salvo caso de extralimitación o desviación de poder–, abriéndose por tanto, en ese caso la vía del amparo”. En atención a lo expuesto precedentemente se concluye, que el acto administrativo cuestionado por esta vía constituye un acto discrecional del Poder Ejecutivo, en el cual el Poder Ejecutivo no se extralimitó en sus facultades en el dictamiento del Decreto cuestionado, debiendo rechazarse la demanda contenciosa planteada contra el citado acto presidencial y en consecuencia confirmar el Decreto del Poder Ejecutivo N° 783, Art. 4º del 27 de noviembre de 2013.

conculcacion al libre acceso a la función pública: La igualdad para el acceso a la función pública: Artículo 47: De las Garantías de la Igualdad. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad”. Si bien es cierto que el Artículo 14 de la Ley 1626/00 “Del Acceso a la función pública” dice: “Los interesados en ingresar a la función pública deberán reunir las siguientes condiciones: d) poseer idoneidad y capacidad, necesarias para el ejercicio del cargo, comprobadas mediante el sistema de selección establecido para el efecto”; en el caso particular que nos ocupa, no se ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 15 de la Ley 1.626/00 que dice: “El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso publico de oposición. Se entenderá por concurso público de oposición, el conjunto de procedimientos técnicos, que se basará en un sistema de ponderación y evaluación de informes, certificados, antecedentes, cursos de capacitación y exámenes, destinados a medir los conocimientos, experiencias e idoneidad del candidato, expresándolos en valores cuantificables y comparables, conforme al reglamento general que será preparado por la Secretaría de la Función Pública y aprobado por decreto del Poder Ejecutivo”. El acto administrativo cuestionado fue dictado en ejercicio de las potestades legales, a las atribuciones que la Constitución Nacional, en su Art. 238, Numeral 6, faculta a quien ejerce la Presidencia de la República a nombrar y remover a los funcionarios de la Administración Publica. Así las cosas, resulta evidente que el acto administrativo cuestionado fue dictado en ejercicio de las potestades legales atribuidas a la administración por las normas que regulan el régimen jurídico de los funcionarios públicos. Carece de toda consistencia la pretensión del demandado de obte-

ner la reposición de los efectos del decreto que lo destituye del cuadro de la administración. En esta postura, resulta claro que en este caso se ha ejercido con regularidad, legalidad y legitimidad, el poder jurídico para obrar conferido a la máxima autoridad administrativa del país, a los fines de llevar adelante la tarea constitucionalmente asignada, dirigida a hacer realidad el bien común, razón por la cual esta Demanda debe ser rechazada por su notoria improcedencia.- Sin duda alguna y de conformidad a las alegaciones y pretensiones contenidas en esta acción contencioso-administrativa instaurada por la citada Leyla María Medina González contra el Decreto N° 783, Art. 4° de fecha 27 de noviembre de 2013, resulta manifiestamente claro que el pedido de revocación del citado decreto y la reposición en el cargo solicitados resultan total y absolutamente improcedentes y así solicito sea declarado por el Excelentísimo Tribunal. Derechos: Invoco como respaldo normativo de los derechos de la parte que represento, las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, en la Ley N° 1626/00 de la Función Pública, en la Ley N° 1535/99 de Administración Financiera del estado y a las normas procedimentales del Código Procesal Civil. Finalmente reitero, que el Estado debe contar necesariamente con personales capaces de comprender el verdadero sentido del ejercicio de la Función Pública, como un compromiso muy grande y difícil de dimensionar, teniendo en cuenta que el trabajo de dar respuesta a los particulares, que devolverá la credibilidad pública a los ciudadanos que pagan sus impuestos y exigen seguridad pública, en la cotidiana convivencia social, dentro de un Estado de Derecho, pregonando el Bienestar General de la Nación. En consecuencia, corresponde a V. E. se sirva de dictar Resolución rechazando con costas la acción citada incoada contra el Estado Paraguayo, por ajustarse a derecho con costas”.

Terminan solicitando, que previo los tramites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda contencioso-administrativa, con costas.

Que, en fecha 24 de junio del 2014, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Roberto Moreno Rodríguez A., procurador general de la República y la Abog. María Angélica Mora E., procuradora delegada, a contestar la presente demanda contencioso-administrativo. Funda la contestación en los siguientes términos: “Hechos: La señora Leyla María Medina González promueve demanda ante el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, con el objeto de obtener la nulidad del Decreto N° 783 de fecha 27 de diciembre de 2013

dictado por el Poder Ejecutivo y por el cual se dan por terminadas sus funciones, en el cargo Profesional Sanitario I, categoría S3H. El Decreto recurrido está basado en el art. 47 de la Ley 1626, De la Función Pública. Pretensiones de la actora: "...nulidad del Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, y en consecuencia la reincorporación de la funcionaria Leyla María Medina González al puesto de trabajo y cargo que ocupaba en la mencionada fecha, así como el cobro de los salarios caídos desde la fecha mencionada hasta su reincorporación efectiva al cargo, así como la reparación de los daños ocasionados... (sic). La contestación de la demanda: Negación de carácter general: Al contestar la demanda de la Sra. Leyla María Medina de conformidad a lo dispuesto por el Art. 235 inc. a) del Código Procesal Civil, negamos y rechazamos de manera categórica y enfática, todas las aserciones contenidas en el libelo introductorio de esta acción, salvo aquellas que de manera indubitable y expresa surjan como afirmativas de esta contestación. Que es cierto que por Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013 a la recurrente le dieron por terminadas sus funciones como funcionaria del Ministerio de Justicia y Trabajo. No es cierto que el decreto recurrido sea arbitrario, como equivocadamente lo expresa la parte actora. Decimos que no es cierto por cuanto la decisión del poder administrador está reglada por su juridicidad, por estar inmersa en la potestad otorgada por la Ley y la propia Constitución Nacional. Lo que implica deducir que si dicha facultad le fuera cercenada por otro poder extraño ello equivaldría a desnaturalizar dicha potestad. No es cierto que para dicho efecto la destitución de la Sra. Leyla María Medina se debió realizar previamente un sumario administrativo. Tampoco es cierto que la Sra. Leyla María Medina haya adquirido la estabilidad laboral, por ello la realización de un sumario administrativo, invocada por la parte actora como requisito previo para su destitución, no es aplicable al caso. El acto administrativo recurrido –reiteramos– reposa en pleno apoyo de facultades regladas conferidas por la Constitución Nacional y la Ley 1626/00. Por tanto, es completamente lícita la determinación adoptada, imposible de ser cuestionada en este ámbito por arrojarse enteramente dentro del marco legal aplicable al caso. Los actos administrativos se presumen legítimos mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción presunción de legalidad de validez o pretensión de legitimidad. Efectivamente, en la acción que nos ocupa la causal de la decisión asumida por el Presidente de la República, está basada en el Art. 47 de la Ley 1626/00 “De la

función pública”, que establece: “Que se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la Función Pública”. Está plenamente demostrado que el nombramiento de la recurrente en la función pública data del 14 de diciembre del año 2012 y su destitución de fecha 27 de noviembre de 2013, ello le da un total de 11 meses de antigüedad como funcionaria pública a la Sra. Leyla María Medina. Consecuentemente, la misma no tenía estabilidad definitiva ni tampoco carrera administrativa. Es importante resaltar lo que dispone el Art. 42 de la Ley 1626 “De la función pública”, que preceptúa: “Es funcionario público la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrolla tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios”. La ocupación permanente del cargo a que alude el artículo citado se adquiere luego de dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública, conforme lo dispone el art. 47 ya transcripto. Como primer punto de lo expuesto tenemos que conforme a la Ley 1626, Art. 4º, funcionario público es: 1) El nombrado mediante acto administrativo; 2) para ocupar de manera permanente un cargo. La actora conforme a la fecha del Decreto de su nombramiento y al tiempo en que se le dio por terminada sus funciones, aún no había cumplido con este requisito indispensable de estar en el cargo por dos años ininterrumpidos. También conforme a la Ley 1626 la estabilidad equivale a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados. En el caso que nos ocupa la recurrente estuvo previamente contratada, lo que significa que la misma no tenía un cargo, sino la asignación de una función o tarea; y tampoco contaba con una jerarquía, en consecuencia, al contabilizar su antigüedad desde la fecha de su nombramiento como funcionaria pública, se tiene que la misma no alcanzó la estabilidad definitiva. Teniendo en cuenta las disposiciones citadas y las consideraciones que anteceden, se deduce que el poder administrador tiene atribuciones para destituir al funcionario con estabilidad provisoria que no cumpla las exigencias legales y reglamentarias para acceder al cargo en forma definitiva. En lo que respecta al punto de que la parte actora ya obtuvo una estabilidad provisoria, decimos al respecto que los Arts. 19 y 20 de la Ley 1626/00 son claros al otorgarle al Poder Administrador la potestad de que el funcionario con estabilidad provisoria llegue o no a la estabilidad definitiva. Ello es así porque el Art.

19 los considera provisorio (temporal) y el Art. 20 condiciona a más del tiempo (2 años) también a la aprobación –por parte del funcionario– de las evaluaciones contempladas en el reglamento, requisito este indispensable para obtener la estabilidad definitiva. En el caso que nos ocupa indudablemente este requisito –evaluación– no fue aprobado por la actora. Habiendo dejado en claro el punto de la supuesta estabilidad laboral de la Sra. Leyla María Medina, exponemos a continuación una situación primordial y determinante que deja este supuesto así como la necesidad de un sumario administrativo invocado por la actora para su destitución en segundo plano, y que hace que la acción que nos ocupa sea improcedente; a continuación la exponemos: Acto Administrativo de Nombramiento Nulo. La actora Sra. Leyla María Medina reclama en esta acción derechos que en realidad no los tiene, es decir, solicita su reposición a un cargo que desde el punto de vista legal no le corresponde, y afirmamos que su pretensión es improcedente basados en las siguientes disposiciones: Artículo 15 de la Ley 1626/2000, De la Función Pública dispone: “... El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso público de oposición...”. La Resolución de la SFP N° 150/2012 del 29 de febrero del 2012: “Establece el reglamento general del sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública, en cargos permanentes, mediante la realización de concursos públicos de oposición, de conformidad a los artículos 15 y 35 de la Ley N° 1626/2000, De la función pública”. Que, indiscutiblemente la actora de la presente demanda no ha cumplido con el sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública que es el concurso público de oposición, por lo que de igual manera el acto administrativo que la nombró como funcionaria pública, es nulo, por expresa disposición del Artículo 17 de la Ley N° 1626/00 que dispone: “...El acto jurídico por el que se dispuso el ingreso a la función pública en transgresión a la presente Ley de sus reglamentos será nulo, cualquiera sea el tiempo transcurrido. Los actos del afectado serán anulables, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera corresponder a los responsables del nombramiento. La responsabilidad civil de los funcionarios, contratados y auxiliares, será siempre personal y anterior a la del Estado, que responderá subsidiariamente...”. Reiteramos que la Sra. Leyla María Medina ingresó a la función pública por medio de un acto administrativo nulo, al no dar cumplimiento a lo previsto en el Art. 15 de la Ley 1626/00. Asimismo el art. 17 de la Ley 1626/00 expresamente sanciona con nulidad los nombramientos sin

concurso. Al operar en el ámbito del derecho público, dicha nulidad se torna de orden público y no puede ser convalidada por las partes ni por actos posteriores. Es sabido que la nulidad no genera derechos; y un acto irregular no puede, bajo ningún punto de vista, ser fuente de pretensiones para quienes han incumplido expresos mandatos legales. El ingreso a la carrera de la función pública sin concurso implica, lisa y llanamente, una violación legal; y dicha violación no puede generar derechos para quienes se amparan en ello a fin de solicitar la estabilidad que, como consecuencia jurídica vinculada con el ingreso a la función pública, presupone un acto regular. La irregularidad apuntada, de la que adolece el nombramiento de la Sra. Leyla María Medina, torna imposible que esta funde derechos en un acto de tal tipo, lo que Vuestras Excelencias habrán de considerar. Consecuentemente, el Poder Ejecutivo ha obrado dentro de las facultades constitucionales y legales al dictar el decreto recurrido conforme se tiene demostrado. La pretensión de la actora de esta demanda de obtener la nulidad del acto administrativo colisiona frontalmente con ella. Se evidencia en el caso que nos ocupa que la recurrente no cuenta con elementos legales para sostener sus pretensiones, en atención a que no ha cumplido con las disposiciones legales establecidas ni en lo que se refiera al artículo 47 de la Ley 1626/2000, ni en lo que hace el ingreso en la administración pública: art. 15, Ley 1626/00, concurso público de oposición. Conforme a lo expuesto, Vuestras Excelencias entenderán que esta acción resulta improcedente y por consiguiente no corresponde la concesión de ninguna de sus pretensiones: reposición y pago de salarios caídos, como equivocadamente lo solicita”.

Terminan solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda contencioso-administrativa, con costas.

Que a fojas 74 de autos, consta el A.I. N° 569, de fecha 08 de julio de 2014, del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que dice: “Declarar la competencia del Tribunal, para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar, recibir la causa a prueba por todo el término de Ley”.

Que a fojas 155 vlto. de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 04 de noviembre del 2014, donde el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, llama Autos Para Sentencia.

Y el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, prosiguió diciendo: Que, en fecha 5 de febrero de 2014, se

presentan ante este Tribunal los abogados Raúl Mongelos Schneider y Edgar Sanabria González en representación de la señora Leyla María Medina González, de conformidad al poder obrante en autos, a plantear demanda contencioso-administrativa contra el Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el Poder Ejecutivo.

Que, en su escrito de demanda obrante a fs. 22/31 de autos, la misma expresa entre otras cosas cuanto sigue: “...Nuestra poderdante ha adquirido la estabilidad requerida por la Ley 1626/00 y solo puede ser destituida con sumario administrativo que declare su responsabilidad en faltas graves y por una autoridad competente. Al ser destituida arbitrariamente sin sumario previo, el Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el Ministerio de Justicia y Trabajo, dependiente de la Presidencia de la República del Paraguay, por la cual se dan por terminadas las funciones de la señora Leyla Medina González, es totalmente nula”.

Que, en fecha 20 de junio de 2014 se presenta ante este Tribunal el abogado Anildo Caballero Ortega en nombre y representación del Ministerio de Justicia y Trabajo, según poder obrante en autos, a fin de contestar la demanda contencioso-administrativa y lo hace en los siguientes términos: “Que, resulta que los gobiernos que entran en la nueva administración, a través de sus programas de gobierno, se establecen esquemas de mejoramiento de sus respectivas dependencias y en ese orden de reordenamientos y facultades de dirección efectiva, realizan sus gestiones a través de los lineamientos que le otorgan la constitución y las leyes de la República, a fin de obtener los resultados programados en sus campañas electorales...”.

Que, en fecha 30 de junio de 2014 se presenta ante este Tribunal el procurador general de la República, abogado Roberto Moreno Rodríguez, a fin de contestar la demanda contencioso-administrativa y entre otras cuestiones manifiesta cuanto sigue: “...Que, la señora Leyla María Medina González promueve demanda ante el Tribunal de Cuentas Segunda Sala, con el objeto de obtener la nulidad del Decreto N° 783 de fecha 27 de diciembre de 2013, dictado por el Poder Ejecutivo y por el cual se dan por terminadas las funciones, en el cargo profesional sanitario I, categoría S3H. El decreto recurrido está basado en el art. 47 de la Ley 1626, De la función pública. Que, al contestar la demanda de la Sra. Leyla María Medina, de conformidad a lo dispuesto por el art. 235 inc.) a del Código Procesal Civil, negamos y rechazamos de manera categórica y

enfática, todas las aserciones contenidas en el libelo introductorio de esta acción, salvo aquellas que de manera indubitable y expresa surjan como afirmativas de esta contestación.

Que, el análisis que debe realizar el Tribunal se circunscribe a la comprobación de la legalidad en el ejercicio de las facultades regladas del órgano emisor del acto administrativo, y respecto a las facultades discrecionales que posee el Poder Ejecutivo, esta Magistratura procederá al análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de las mismas.

Que, la actora de esta demanda, se agravia por lo resuelto en el Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, ya que el citado acto administrativo dispuso dar por terminadas sus funciones, como funcionaria del Ministerio de Justicia y Trabajo, sin que previamente haya mediado sumario administrativo alguno, tal como lo establece la Ley 1626 “De la Función Pública”, que es el marco legal aplicable. A ese respecto, la Ley 1626/2000, en su Art. 18, dispone: “El nombramiento de un funcionario tendrá carácter provisorio durante un período de seis meses, considerándose éste como un plazo de prueba. Durante dicho período cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación jurídica sin indemnización ni preaviso alguno...”. Asimismo, el Art. 19 del mismo cuerpo legal, establece: “Cumplido el período de prueba sin que las partes hayan hecho uso de la facultad establecida en el artículo anterior, el funcionario adquirirá estabilidad provisoria hasta el cumplimiento del plazo previsto en el Capítulo VII de esta Ley”.

Que, de las constancias de autos podemos precisar que la actora de esta demanda fue nombrada por Decreto N° 10.236, de fecha 14 de diciembre de 2012, siendo cesada de su cargo por Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, habiendo la misma cumplido el requisito de seis meses como período de prueba, por lo tanto, la misma ya adquirió el estatus como funcionaria de carrera, con estabilidad provisoria, detentando el derecho a no ser despedida de la institución donde prestaba servicios sin las formalidades prescriptas en la ley para ello, pues este derecho surge como una limitación al poder discrecional de la Administración de despedir al trabajador, unilateralmente y sin cumplir con los procedimientos establecidos en la norma. La doctrina aplicable, en relación al tema, sustenta la estabilidad a la que hacen mención los artículos citados precedentemente, y se refiere a la llamada protección contra el despido, la cual es una de las medidas adoptadas por la legislación para evitar el despido arbi-

trario del funcionario, por parte de la Administración, precautelando de este modo sus derechos como trabajador, constituyéndose en una garantía para el funcionario y una limitación para el poder administrador. Caso contrario, se estaría siempre inseguro en el puesto laboral.

Que, el punto central de la cuestión radica en torno a la legalidad o no de la decisión adoptada a través de los actos administrativos, y al respecto podemos precisar que un funcionario público no podrá ser despedido sin sumario administrativo previo, en el cual, con la debida intervención del funcionario, se arribe a la conclusión de que el mismo ha sido encontrado con responsabilidad administrativa y le corresponda la sanción de despido o destitución del cargo, que establece el Art. 43 de la Ley 1626/200, que dispone: "...La destitución del funcionario público será dispuesta por la autoridad que lo designó y deberá estar precedida de fallo condenatorio recaído en el correspondiente sumario administrativo".

Que, en autos no obra constancia alguna de que la actora de esta demanda haya sido sometida a un sumario administrativo, con las formalidades establecidas en las normas citadas precedentemente, tampoco existe constancia alguna que indique que el actor haya sido sometido a evaluaciones y que en las mismas haya reprobado, conforme lo dispone el Art. 21 del antes citado cuerpo legal, que establece: "Los funcionarios públicos que resulten reprobados en dos exámenes consecutivos de evaluación serán desvinculados de la función pública, dentro de un plazo no mayor a treinta días".

Que, en la condiciones analizadas podemos concluir que el Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, impugnado por la actora, lesiona gravemente el derecho del accionante, puesto que fue dictado de manera arbitraria, sin considerar las formalidades previstas en la ley como también sin derecho a la defensa por parte del afectado, violando de esta manera el Debido Proceso y el Principio de Legalidad por el que deben regirse los actos administrativos.

Que, el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. El principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, como forma de garantizar que los organismos del Estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El Principio de Legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar

que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. El equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado. El fundamento de este sistema de garantías es la realización de la justicia distributiva del bien común, libertad, igualdad, etc., entre los particulares. La sujeción de la Administración a la Ley constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho. El nacimiento del Principio de legalidad se debe al pensamiento revolucionario de 1789, que, al modificar la concepción del antiguo régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración Pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforman en una haz de derechos subjetivos públicos (Thomas Hutchinson, “Régimen de Procedimientos Administrativos”, Editorial Astrea, 2ª Edición actualizada, 1994).

Que, por lo expuesto esta magistratura es del criterio que esta demanda debe prosperar, y en consecuencia este Tribunal debe Hacer Lugar a la presente demanda contencioso-administrativa, revocando el Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, en la parte concerniente a la señora Leyla María Medina González, por la que se da por terminada la relación jurídica laboral con la actora de esta demanda, y disponiendo la restitución de la citada funcionaria en el cargo que venía desempeñando al tiempo en que fue dictado el acto impugnado que produjo su destitución, o en otro de similar categoría y remuneración, con derecho a percibir sus salarios caídos y demás beneficios sociales dejados de percibir con sus accesorios e intereses legales, a partir de la fecha de su cesantía, hasta el momento de su efectiva reincorporación, de conformidad y de acuerdo a los fundamentos desarrollados en el presente acuerdo.

Que, en cuanto a las costas de la instancia, ellas deberán ser soportadas por la parte perdedora, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno los señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel y Gregorio Ramon Rolando Ojeda, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Preopinante, Dr. Mario Ygnacio Maidana Griffith, por los mismos fundamentos.

JURISPRUDENCIA

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala,

RESUELVE:

1) Hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa planteada por los Abogs. Raúl Mongelós Shneider y Edgar Sanabria González, en representación de la Sra. Leyla María Medina Gonzalez, contra Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el Poder Ejecutivo y, en consecuencia

2) Revocar el Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el Poder Ejecutivo.

3) Disponer la restitución de la citada funcionaria en el cargo que venía desempeñando al tiempo en que fue dictado el acto impugnado que produjo su destitución, o en otro de similar categoría y remuneración, con derecho a percibir sus salarios caídos y demás beneficios sociales dejados de percibir con sus accesorios e intereses legales, a partir de la fecha de su cesantía, hasta el momento de su efectiva reincorporación, de conformidad a los fundamentos desarrollados en el presente acuerdo.

4) Imponer las costas a la parte perdedora.

5) Notificar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda

Abog. Diego Mayor Gamell. Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 42

Cuestión debatida: *En el presente fallo el recurrente se agravia de la Resolución dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, que le ha denegado el pago de haberes jubilatorios atrasados y pago de aguinaldo proporcional.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Imprescriptibilidad del derecho a la devolución de los haberes jubilatorios.

Cabe destacar que en nuestra legislatura nacional, encontramos artículos inherentes a este tema que nos toca atender; al principio, podemos citar Ley N° 430/73, que establece el derecho al beneficio de jubilaciones y pensiones, específicamente en el Art. 30. En donde se hace énfasis, que las jubilaciones y pensiones son inalienables, imprescriptibles e inembargables, cuestión así, en la actualización de esta norma, se encuentra la Ley N° 98/92 que establece el régimen unificado de jubilaciones y pensiones complementarias, en su Artículo 2°, modifica el Artículo 30 de la Ley N° 430/73.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la propiedad Privada.

Que, en nuestra Carta Magna también se encuentran consagrado en el Art. 109 “De la Propiedad Privada”, se hallan contemplados derechos que les son inherentes al aportante jubilatorio, de no hacerlo así, el Ministerio de Hacienda incurriría en “enriquecimiento ilegítimo”, violando el derecho constitucional del actor a la intangibilidad de su derecho de propiedad, habida cuenta que los aportes cuya devolución solicita, integran de manera inexcusable su patrimonio. Cobra relevancia al ser analizado desde una perspectiva constitucional, así al aplicarle una restricción para solicitar la devolución de sus haberes jubilatorios, es atentatorio al régimen de seguridad social del que debe gozar todo ciudadano y violatorio del principio constitucional del derecho de propiedad.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la propiedad Privada. JUBILACIÓN. Protección Constitucional.

El Art. 103 “Del Régimen de Jubilaciones”, que debemos recordar que la jubilación está fundada sobre los aportes jubilatorios durante la realización de un trabajo lícito por el tiempo legal establecido, y podríamos definir al aporte

jubilatorio en términos sencillos, como el descuento compulsivo que sufre el funcionario público de su sueldo o salario para integrar los fondos de jubilaciones y pensiones. Que, por lo tanto, corresponde entonces conforme a derecho la devolución de los aportes descontados del salario que como empleado abocado a la Función Pública que le fueran deducidos por la Caja de Jubilaciones del Ministerio de Hacienda al señor Anibal Darío Sánchez Gauto, durante el lapso que duró en su desempeño como empleado de la Antelco.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Que, el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo, y ante la comprobación de que la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda no actuó conforme a derecho al denegar de forma ilícita los aportes jubilatorios, debidamente aportados por el recurrente, violó los principios de Legalidad, Defensa en Juicio y Debido Proceso reconocidos por la Constitución Nacional, las leyes y reglamentos administrativos, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Dgjp N° 828, de fecha 22 de abril de 2014 y otras, dictadas por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, figurando en las fojas 43/44 de autos, y posteriormente siguiendo con las doctrinas y jurisprudencias, guiadas por el ilustre tratadista Roberto E. Luqui, que es necesario que el mismo Estado, creador del derecho objetivo, proporcione los medios que permitan dirimir la contienda y restablecer el derecho violado, pues de otra manera el derecho carecería de eficacia y sería una simple expresión de deseo, tomando en cuenta lo acontecido en autos, no se deben olvidar los abusos del poder administrador, que constituye una verdadera constante histórica que lamentablemente seguimos soportando, circunstancia que obligan a perfeccionar las técnicas de revisión, a fin de evitar resoluciones que cercenen derechos de las personas, que por ley son correspondidas, a fin de impedir nuevos excesos que son cometidos por los gobernantes, en la emisión de resoluciones que tengan carácter violatorio de normas constitucionales que son garantizadas en la Carta Magna, a cada ciudadano de la República. (Roberto Enrique Luqui, “Revisión”, 2005).

T. de Ctas. Segunda Sala. 19/02/2015 “ANIBAL DARÍO SÁNCHEZ CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 828 DE FECHA 22 DE ABRIL DE 2014 Y OTRAS DICTADAS POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA (Ac. y Sent. N° 42).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, dijo: Que, en fecha 12 de mayo de 2014 (fojas 49/52 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Sr. Aníbal Darío Sánchez Gauto, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover demanda contencioso-administrativa, contra la Resolución N° 828, de fecha 22 de abril de 2014 y otras, dictadas por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda. Funda la demanda en los siguientes términos: “HECHOS: Soy Jubilado de la Administración Pública, mediante Resolución SSEAF N° 551 de fecha 9 de abril de 2003 del Ministerio de Hacienda “POR LA CUAL SE Acuerda Jubilacion Extraordinaria Al Sr. Aníbal Darío Sánchez Gauto, funcionario de la Administración Pública”, que en el Art. 1° dispone: “Acordar Jubilación Extraordinaria al Sr. Aníbal Darío Sánchez Gauto, en la suma mensual de guaraníes Un Millón Trescientos Noventa y Nueve Mil Ochocientos Treinta y Seis (G. 1.399.836) en mérito a los veinte años y cuatro meses de servicios prestados en la Administración Pública, de conformidad con los Arts. 253 de la Ley de Organización Administrativa y 1° de la Ley N° 116 del 15 de enero de 1992”. En fecha 4 de abril de 2013 solicité a la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda el pago de haberes atrasados correspondientes a los siguientes meses: agosto a diciembre de 2001 y enero a diciembre de 2002 y aguinaldo proporcional, monto que legítimamente me corresponde en razón de que fui incluido en la planilla fiscal para el pago de haberes jubilatorios desde el mes de abril de 2003, con acumulación desde el mes de enero de 2003. Sin embargo, fui desvinculado de la Función

Pública conforme a la Resolución N° 1104 de fecha 30 de agosto de 2001 y solicité al Ministerio de Hacienda mi jubilación en el mes de agosto de 2001, por lo que me corresponde percibir los haberes jubilatorios devengados desde el mes de agosto de 2001 a diciembre de 2002 y aguinaldo. El Ministerio de Hacienda denegó ilegítimamente mi solicitud de pago de haberes atrasados mediante la Resolución DGJP-B N° 409/14 y la Resolución N° 828 de fecha 22 de abril de 2014, denegatoria del Recurso de Reconsideración interpuesto en sede administrativa contra la Resolución DGJP-B N° 409/14, actos administrativos que impugno en la presente demanda y cuya revocatoria solicito por ser ilegales y atentatorios de mis legítimos derechos adquiridos. En efecto, la directora general de Jubilaciones y Pensiones fundamentó el rechazo de mi solicitud de pago de haberes atrasados en una supuesta prescripción, citando el art. 660 del Código Civil que copiado dice: “Prescriben por (5) años las acciones para reclamar: ...c) Lo que no siendo capital, deba pagarse por años o plazos periódicos más cortos, como las anualidades de las rentas vitalicias; y los intereses que deben abonarse periódicamente”. Empero, a todas luces se advierte que la referida disposición legal no es aplicable a una solicitud de pago de haberes atrasados. En este sentido, el art. 659 del Código Civil establece que: “Prescriben por diez años: ... e) todas las acciones personales que no tengan fijado otro plazo por la Ley...”. Es esta la disposición legal aplicable a la prescripción de la acción para solicitar el pago de los haberes atrasados, teniendo en cuenta que se trata de una acción personal y que en la Ley de Organización Administrativa (cuerpo legal que se encontraba vigente cuando se me otorgó la Jubilación Extraordinaria por Resolución SSEAF N° 551/03) no se ha fijado plazo alguno para la solicitud de pago de haberes ante el Ministerio de Hacienda. Siendo así, se tiene que presenté mi solicitud ante el Ministerio de Hacienda dentro del plazo legal, por lo que la denegatoria efectuada a través del acto administrativo que impugno en esta demanda carece de todo sustento fáctico y jurídico. Asimismo, mi derecho a percibir los haberes atrasados surge del Art. 255 de la Ley de Organización Administrativa, que dispone: “Otorgada la jubilación, empezará a correr desde la fecha en que hubiere sido solicitada”. Como puede observarse, el Ministerio de Hacienda me abonó los haberes jubilatorios recién desde el mes de enero del año 2003, dejando de abonarme ilegítimamente los haberes jubilatorios devengados a partir de la fecha de mi solicitud de jubilación, conculcando así lo dispuesto en el art. 247 de la Ley de Organización Administrativa, que dice: “Nin-

guna autoridad podrá disponer de los fondos de jubilaciones y pensiones ni retardar su entrega para darles otra aplicación que no sea la que expresamente les esta asignada”. Los haberes jubilatorios son considerados propiedad privada del aportante, con lo cual se hallan protegidos por garantías constitucionales, tales como el art. 103 de la Constitución Nacional, que establece al respecto: “Del régimen de jubilaciones: Dentro del sistema nacional de seguridad social, la Ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y de los empleados públicos, atendiendo a que los organismos autárquicos creados con ese propósito acuerden a los aportantes y jubilados la administración de dichos entes bajo control estatal. Participaran del mismo régimen todos los que, bajo cualquier título, presten servicios al Estado”; en concordancia con el art. 9º del mismo cuerpo constitucional, que garantiza la propiedad privada en los siguientes términos: “De la propiedad privada: Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la Ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos. La propiedad privada es inviolable. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial...”. Así lo ha considerado la doctrina imperante y la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, tanto Primera como Segunda Sala. Que por las consideraciones expuestas los actos administrativos que impugno en la presente demanda, la Resolución DGJP-B N° 409/14 y la Resolución N° 828 de fecha 22 de abril de 2014 denegatoria del Recurso de Reconsideración interpuesto en sede administrativa contra la Resolución DGJP-B N° 409/14 no se ajustan a derecho, teniendo en cuenta que vulneran mis legítimos derechos adquiridos, razón por la cual peticiono a VV.EE. la revocación de las citadas Resoluciones y que el Ministerio de Hacienda me abone los haberes jubilatorios devengados desde el mes de agosto de 2001 a diciembre de 2002”.

Termina ofreciendo sus pruebas y realizando el petitorio en concordancia con los términos de su demanda, solicitando que cumplidos con los trámites correspondientes se haga lugar a la presente demanda con costas.

Que, a fojas 89 vuelto de autos consta el Informe del Actuario de este Tribunal, de fecha 21 de Agosto de 2014, que textualmente dice: “...Notando el proveyente que por cédula de notificación de fecha 11 de julio de 2014, se corre traslado de la presente demanda contencios-administrativa a la parte demandada, sin que hasta la fecha la haya contestado, habiendo transcurrido el plazo legal que tenía para hacerlo. Téngase por decaído el derecho que ha dejado de

usar la parte demandada para contestar la presente demanda contencioso-administrativa. De la solicitud de declaración de puro derecho, córrase traslado a la adversa para que la conteste dentro del termino de Ley”.

Que a fojas 143 de autos, consta el A.I. N° 875, de fecha 23 de setiembre de 2014, del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que dice: “Declarar la competencia del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, para entender en el presente juicio, y no existiendo hechos que probar, declarar la cuestión de puro derecho, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 242 del C.P.C., y córrase nuevo traslado a las partes por su orden”.

Que a fojas 160 vlto. de autos, consta el Informe del actuario de fecha 27 de noviembre del 2014, donde el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, llama Autos Para Sentencia.

Y el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, Prosiguió diciendo: “Que con cargo que en su presentación ante la Secretaría de este Tribunal luce fecha 12 de mayo de 2014 (fs. 49/52 de Autos), se presenta el señor Aníbal Darío Sánchez Gauto, por sus propios derechos y bajo patrocinio de abogado, a plantear demanda contencioso-administrativa contra la Resolución Dgjp N° 828, de fecha 22 de abril de 2014 y otras, dictadas por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda (a fs.43/44 de autos) alegando la recurrente que fue afectado por dicha resolución.

Que es importante señalar que en su escrito de presentación de demanda (fs. 49/52 de autos), el señor Aníbal Darío Sánchez Gauto, menciona entre otras cosas cuanto sigue: “...En fecha 4 de abril de 2003 solicité a la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda el pago de haberes atrasados correspondientes a los siguientes meses: agosto a diciembre de 2001 y enero a diciembre de 2002 y aguinaldo proporcional, monto que legítimamente me corresponde en razón de que fui incluido en la planilla fiscal para el pago de los haberes jubilatorios desde el mes de abril de 2003, en acumulación desde el mes de enero de 2003. Sin embargo, fui desvinculado de la función pública conforme la Resolución N° 1104 de fecha 30 de agosto de 2001 y solicite al Ministerio de Hacienda mi jubilación el mes de agosto de 2001, por lo que corresponde percibir los haberes jubilatorios devengados desde el mes de agosto de 2001 a diciembre de 2002 y aguinaldo” (SIC).

Que, a fs. 193 vlto., se dicta providencia de fecha 24 de agosto de 2014, en donde se tiene por decaído el derecho de contestar de la parte demandada,

dando lugar de esta manera a la declaración de puro derecho, contestando la adversa, el Ministerio de Hacienda a fs. 150/160, el escrito de réplica que transcrito dice: “Que lo solicitado por el accionante se hallan totalmente prescriptos por aplicación igualmente del Art. 660, Inc. c) del Código Civil vigente que establece como plazo máximo de cinco (5) años de plazo establecido en el propio Código Civil han sobrepasado en demasía. Al respecto, el Código Civil dispone claramente lo siguiente en su Art. 660: “Prescriben por cinco años: c) Las que no siendo capital deban pagarse por años o plazos periódicos más cortos” (SIC).

Que, haciendo un estudio del fondo del caso que nos compete, tenemos que el actor señor Aníbal Darío Sánchez Gauto, solicitó el retiro de los aportes jubilatorios, ocupando un cargo en la Función Pública, específicamente en la institución de Antelco, que estuvo 20 años y 4 meses, en la función y por ende de aportes a la caja fiscal, totalizando la cuenta de los haberes trazados, que abarcan desde agosto a diciembre de 2001 y enero a diciembre de 2002 y aguinaldo proporcional, desde entonces no se realizaron pagos por el aporte jubilatorio correspondiente y el recurrente desea retirar dichos aportes que en su momento ha dejado de percibir.

Cabe destacar que en nuestra legislatura nacional encontramos artículos inherentes a este tema que nos toca atender, al principio, podemos citar Ley N° 430/73, que establece el derecho al beneficio de jubilaciones y pensiones, específicamente en su Art. 30. En donde se hace énfasis, que las jubilaciones y pensiones son inalienables, imprescriptibles e inembargables, cuestión así, en la actualización de esta norma, se encuentra la Ley N° 98/92 que establece el régimen unificado de jubilaciones y pensiones complementarias, en su Artículo 2°, modifica el Artículo 30 de la Ley N° 430/7.

Que, en nuestra Carta Magna también se encuentran consagrados en el Art. 109 “De la Propiedad Privada”, se hallan contemplados derechos que les son inherentes al aportante jubilatorio, de no hacerlo así, el Ministerio de Hacienda incurriría en “enriquecimiento ilegítimo”, violando el derecho constitucional del actor a la intangibilidad de su derecho de propiedad, habida cuenta que los aportes cuya devolución solicita, integran de manera inexcusable su patrimonio. Cobra relevancia al ser analizado desde una perspectiva constitucional, así, al aplicarle una restricción para solicitar la devolución de sus haberes jubilatorios, es atentatorio al régimen de seguridad social del que debe gozar todo ciudadano y violatorio del principio constitucional del derecho de propie-

dad, y el Art. 103 “Del Régimen de Jubilaciones”, que, debemos recordar que la jubilación está fundada sobre los aportes jubilatorios durante la realización de un trabajo lícito por el tiempo legal establecido, y podríamos definir al aporte jubilatorio, en términos sencillos, como el descuento compulsivo que sufre el funcionario público de su sueldo o salario para integrar los fondos de jubilaciones y pensiones. Que, por lo tanto, corresponde entonces conforme a derecho la devolución de los aportes descontados del salario que como empleado abocado a la función pública que le fueran deducidos por la Caja de Jubilaciones del Ministerio de Hacienda al señor Aníbal Darío Sánchez Gautó, durante el lapso que duró en su desempeño como empleado de la Antelco.

Por otra parte, se desvirtúa lo planteado en su defensa por la parte demandada, siendo que se encuentra en vigencia la Ley de Organización Administrativa y Financiera del Estado del año 1909, en su Art. 247 (que no ha sido derogado por Ley N° 2345/03) establece: “Ninguna autoridad podrá disponer de los fondos de jubilaciones y pensiones ni retardar su entrega para darles otra aplicación que no sea la que expresamente les está asignada. Las que violen esta disposición serán acusados ante la jurisdicción criminal como defraudadores o malversadores de caudales públicos según sea la aplicación que se haya dado a los fondos”.

Que, por todo lo expuesto, debemos insistir en que es indudable el reconocimiento del derecho patrimonial sobre los aportes jubilatorios de las personas, sea en el ámbito de la jubilación pública o privada de acuerdo a la legislación vigente, que garantizan la devolución de los aportes sin condicionamiento alguno cuando no se acuerda el beneficio de la jubilación por las razones que fuere, así se colige de la jurisprudencia de los tribunales contenciosos y de la Corte Suprema de Justicia que así lo han declarado en innumerables fallos.

Que, el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo, y ante la comprobación de que la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda no actuó conforme a derecho al denegar de forma ilícita los aportes jubilatorios, debidamente aportados por el recurrente, violó los principios de Legalidad, Defensa en Juicio y Debido Proceso reconocidos por la Constitución Nacional, las Leyes y reglamentos administrativos, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Dgjp N° 828, de fecha 22 de abril de 2014 y otras, dictadas por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Mi-

nisterio de Hacienda, figurando en las fojas 43/44 de autos, y posteriormente siguiendo con las doctrinas y jurisprudencias, guiadas por el ilustre tratadista Roberto E. Luqui, que es necesario que el mismo Estado, creador del derecho objetivo, proporcione los medios que permitan dirimir la contienda y restablecer el derecho violado, pues de otra manera el derecho carecería de eficacia y sería una simple expresión de deseo; tomando en cuenta lo acontecido en autos, no se deben olvidar los abusos del poder administrador constituye una verdadera constante histórica que lamentablemente seguimos soportando, circunstancia que obliga a perfeccionar las técnicas de revisión, a fin de evitar resoluciones que cercenen derechos de las personas, que por ley son correspondidas, a fin de impedir nuevos excesos que son cometidos por los gobernantes, en la emisión de Resoluciones que tengan carácter violatorio de normas constitucionales que son garantizadas en la Carta Magna, a cada ciudadano de la República. (Roberto Enrique Luqui, “Revisión”, 2005).

Que, ante la demostración de que la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda no ha obrado conforme a derecho, provocando así con la impugnada resolución una injusta retención de los aportes jubilatorios, pretendidos a ser cobrados por el actor, transgrediendo así los Principios de Legalidad, Defensa en juicio y Debido Proceso reconocidos por la Carta Magna, las leyes y reglamentos administrativos, concierne declarar la nulidad de la Resolución Dgjp N° 828, de Fecha 22 de abril de 2014 y otras, dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, a fs. 43/44 de autos, donde dispone rechazar por improcedente, planteado por el actor, reafirmandose así la anomalía de los actos administrativos que motivaran la presente demanda, por lo que la Resolución debe ser revocada.

Que, de conformidad a la reiterada jurisprudencia administrativa del Tribunal de Cuentas, 2ª Sala, y en numerosas otras causas que han merecido igual tratamiento por este Tribunal y en consecuencia por los fundamentos precedentemente expresados, esta Magistratura es del criterio de que la presente demanda contencioso-administrativa instaurada en estos autos por el señor Aníbal Darío Sánchez Gauto, contra Resolución Dgjp N° 828, de fecha 22 de abril de 2014 y otras, dictadas por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, a fs. 43/44 de autos, deben ser revocadas, haciéndose lugar a la presente demanda contencioso-administrativa y, en consecuencia, ordenar el pago de los haberes jubilatorios atrasados desde agosto a diciembre

JURISPRUDENCIA

de 2001 y enero a diciembre de 2002 y aguinaldo proporcional. En cuanto a las costas de la instancia, ellas deberán ser soportadas por la parte perdidosa del juicio. ES MI VOTO.

A su turno los señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel y Gregorio Ramón Rolando Ojeda, manifiestan que se adhieren al voto del distinguido Conjuez, Mario Ygnacio Maidana Griffith, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala Resuelve:

1) Hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa promovida por el Sr. Aníbal Darío Sánchez Gauto, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contra Resolución N° 828, de fecha 22 de abril de 2014 y otras, dictadas por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, y en consecuencia,

2) Revocar la citada resolución, fundada en el exordio de la presente resolución, y ordenar el pago de los haberes jubilatorios atrasados desde agosto a diciembre de 2001 y enero a diciembre de 2002 y aguinaldo proporcional.

3) Imponer las costas a la parte perdidosa.

4) Notificar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Firmados: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Abog. Diego Mayor Gamell. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 64

Cuestión debatida: *Que en el presente fallo la recurrente se agravia contra el dictamamiento de una Resolución que provocó una disminución de su salario, atentando así el derecho laboral adquirido por la misma.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad.

Que, ello es así porque es ampliamente conocido que por Principios Constitucionales el poder punitivo del Estado, en este caso en relación a sus funciones, no pueden aplicarse medidas que evidencian las transgresiones como el Artículo 46 - de la igualdad de las persona. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.. FUNCIONARIO PUBLICO. Derechos adquiridos. Estabilidad del funcionario Publico.

El Artículo 88 de la no discriminación. No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales. El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado. Y por último el Artículo 102 - de los derechos laborales de los funcionarios y de los empleados públicos. Los funcionarios y los empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la Ley y con resguardo de los derechos adquiridos. Y en concordancia con la Ley “De la Función Pública” Artículo 47, “de la Estabilidad del Funcionario Público”, con todas las normativas citada esta magistratura puede concluir la ANDE incurre en un desconocimiento total de la capacidad de gestión del actor, ya sea por su antigüedad en la Institución y trayectoria de su legajo personal que despliega en el desarrollo de su labor.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

QUE, el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. El

principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, como forma de garantizar que los organismos del estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El Principio de Legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. El equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado. El fundamento de este sistema de garantías es la realización de la justicia distributiva del bien común –libertad, igualdad, etc.- entre los particulares. La sujeción de la Administración a la Ley constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho.

T. de Ctas., Segunda Sala 05/05/2013 “SANDRA OSORIO MARTI CONTRA RESOLUCIÓN N.º 3410 DE FECHA 13 DE SETIEMBRE DE 2013 DICTADA POR LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD (ANDE) (Ac. y Sent. N.º 64).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, dijo: Que, en fecha 17 de octubre del 2013 (fojas 47/56 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, la Sra. Sandra Osorio Martí, por sus propios derechos y bajo patrocinio de los abogados Rolando P. Díaz Delgado y Carmen García Casado, a promover demanda contencioso-administrativa contra la Resolución N.º 3410, de fecha 13 de setiembre de 2013, dictada por la Administración Nacional de Electricidad (ANDE). Funda la demanda en los siguientes términos: “I. HECHOS. Que, soy funcionaria de carrera de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) desde el día 16 de julio del año 2002, fecha desde la cual he desarrollado mi carrera laboral desde Ingeniero Civil Junior hasta el cargo de Asesora de la Presidencia, en el cual fui

nombrada en el año 2012. Que, empecé a prestar servicios en la Administración Nacional de Electricidad en fecha 02 de noviembre de 2001 como Ingeniero Civil Junior, habiendo sido nombrada por Resolución N° 17.855, de fecha 16 de julio de 2002; posteriormente, por Resolución N° 18291 de fecha 04 de febrero de 2003 fui designada Jefa de la Sección Desarrollo y Evaluación de Índices de Gestión; por Resolución N° 19.486 de fecha 10 de febrero de 2004 fui designada Jefa de la Sección Políticas y Sistemas de Gestión; por Resolución N° 20.255 de fecha 03 de noviembre de 2004, Jefa del Departamento de Acompañamiento del Personal; por Resolución N° 20.726 de fecha 03 de marzo de 2005 fui designada Coordinadora del Comité de Evaluación para estudios de las ofertas inherentes a la Licitación Pública Nacional ANDE N° 01/2005; por Resolución N° 21.303, Coordinadora del Comité de Evaluación para el estudio de las ofertas inherentes a la Licitación Pública Nacional N° 87/2005; por Resolución N° 21.466 de fecha 02 de diciembre de 2005, Coordinadora del Comité de Evaluación para el estudio de las ofertas inherentes a la Licitación Pública Nacional ANDE N2 81/2005; por Resolución de PACIER N° 02/2007 fui designada en fecha 31 de mayo de 2007 Delegada Alterna del Comité Nacional Paraguayo PACIER, para integrar el Grupo de Trabajo de Responsabilidad Social; por Resolución N° 27.541 de la Presidencia de la ANDE, fui designada Coordinadora del Equipo de Trabajo Multisectorial a cargo de la revisión, ajustes, seguimiento y nuevas definiciones de las parametrizaciones relativas a las operaciones comerciales incluidas en la interface Contable del Sistema de Gestión Comercial; por Nota P. 2645/11 del 28 de junio de 2011 fue designada para colaborar con el Comité Nacional de Eficiencia Energética (CNEE); por Resolución N° 29.361 del 30 de junio de 2011, fui designada Coordinadora del Equipo de Trabajo Multisectorial a cargo de la elaboración del catastro de clientes de la ANDE; por Resolución de la Presidencia N° 31.368 de fecha 03 de julio de 2012 fui nombrada como Directora de Recursos Humanos de la ANDE; y por Resolución de la Presidencia N° 31.897 de fecha 17 de octubre de 2012 fui nombrada como Asesora de la Presidencia de la ANDE. Que, en el mes de julio de 2012, siendo Directora de Recursos Humanos, recibí instrucciones expresas del entonces Presidente de la Administración Nacional de Electricidad, el Ing. Carlos D. Heisecke Sosa, para elaborar una propuesta de encuadre de los Ejecutivos y Directivos de la ANDE, manifestándome que el criterio de la Presidencia era que la responsabilidad de cada ejecutivo era equivalente, en relación con las áreas específicas de las cuales

estaban al mando, por lo que correspondía equiparar salarialmente a los directores y gerentes al nivel de la Gerencia Financiera, Secretaría General y Coordinador de Gabinete de Presidencia. Que, en cumplimiento de las instrucciones recibidas, en fecha 24 de julio de 2012, por medio del Interno DRH/62/2012 la Dirección de Recursos Humanos elevó a la Presidencia de la ANDE la siguiente propuesta de encuadre de los Ejecutivos y Directivos de la ANDE, basada en el Plan de Cargos y Carreras (PCC) vigente: Que de conformidad con lo dispuesto por la Presidencia de la Institución, a partir del mes de julio de 2012 los Directivos y Ejecutivos de la ANDE percibieron el salario correspondiente al encuadre aprobado (Nivel 88 del Vector Salarial), que en mi caso fue el Plano Profesional, Nivel Consultor y Subnivel E, al que corresponde el Nivel 88 del Vector Salarial del Plan de Cargos y Carreras (PCC) vigente, como se desprende de mi Liquidación de Sueldos y Jornales de los meses de julio y agosto de 2012. Que, ante la presión de funcionarios sindicalizados de la institución, la Presidencia de la institución, por Interno PR/29/12, dispuso reducir los salarios de ejecutivos y directivos en funciones, reajustándolos a un nivel inferior del vector salarial al que fuera aprobado por Interno DRH/62/12, descendiendo mi nivel salarial del 88 al 76. Cabe mencionar que dicha reducción de salarios se aplicó reencuadrándolos en el Plano de Responsabilidad o Carrera Gerencial, siendo que dicho Plano de Responsabilidad no fue nunca homologado por la Secretaría de la Función Pública y, además, fue posteriormente dejado sin efecto por Resolución N° P/N° 32639 de la Presidencia de la ANDE de fecha 25/02/13. En síntesis, la Presidencia de la ANDE elevó mi nivel salarial por Interno DRH/62/2012 al Nivel 88, lo cual es expresamente reconocido en el acto administrativo impugnado, segundo párrafo, y se desprende igualmente de la Liquidación de Sueldos y Haberes de los meses de julio y agosto de 2012, para posteriormente reducirlo al Nivel 76, fundando su decisión –obviamente invalidada– en el encuadre en un Plano de Responsabilidad que a la fecha del citado interno no estaba vigente, por no haber sido homologado y que, además, a la fecha de emisión de la Nota P. 3410/2013 –acto impugnado– ya había sido dictada la Resolución P/N° 32639 de la Presidencia de la ANDE, por la cual se dejaba sin efecto la Resolución P/27024 de fecha 28 de abril de 2010 por la que se aprueba la carrera gerencial en la institución. Que, por lo tanto, habiéndome la Presidencia de la Administración Nacional de Electricidad, de forma lícita y en uso de sus facultades regladas, asignado una categoría salarial determinada, resulta a todas luces ilegíti-

ma e ilegal la reducción posterior de mi salario de forma unilateral, por carecer de sustento y validez legal. Atendiendo a la disminución ilegal aplicada a mi salario, elevé el correspondiente reclamo por nota presentada a la Presidencia de la institución en fecha 12 de noviembre de 2012, por la cual solicité la corrección de mi asignación salarial, y el pago de la diferencia salarial correspondiente a los meses caídos hasta ese momento (septiembre y octubre de 2012). No obtuve respuesta alguna a mi reclamo, y seguí percibiendo un salario inferior al que me fuera asignado por interno DRH/62/2012, durante los meses subsiguientes, por lo que formulé cuatro urgimientos solicitando un pronunciamiento de la Presidencia –notas de fecha 05 de diciembre de 2012 (SG/DSME/09867/13), 08 de marzo de 2013 (SG/DSME/02867/13), 12 de agosto de 2013 (SG/DSME/09867/13) y 03 de setiembre de 2013 (SG/DSME/10926/13–, mediante las cuales reiteraba mi solicitud de pago de las diferencias salariales impagas. Finalmente, la Presidencia de la ANDE se expidió al respecto mediante nota N° 3410/2013, objeto de la presente acción contencioso-administrativa, rechazando el pedido de corrección de asignación salarial y el pago de la diferencia salarial de los meses caídos. Es de destacar que el acto administrativo impugnado reconoce expresamente que la Presidencia de la ANDE aprobó y aplicó a partir del mes de julio de 2012 la Propuesta de Encuadre Salarial, por la cual se me encuadraba en el Plano Profesional, Nivel Consultor y Subnivel E, al que corresponde el Nivel 88 del Vector Salarial del Plan de Cargos y Carreras (PCC) vigente en esa fecha. Transcribo la parte pertinente de la nota P. 3410/13: Al respecto, cumplimos en informarle que en atención al Interno DRH/62/2012 elaborado por la Dirección de Recursos Humanos (DRH) en fecha 24 de julio del 2012, ha sido elevada la propuesta de encuadre salarial de Ejecutivos y Directivos de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), aprobada y aplicada a partir del mismo mes. Continúa la citada nota exponiendo que por Interno PR/29/12, tras una revisión exhaustiva, se reencuadró mi salario en el Plano de Responsabilidad Nivel Jerárquico C, Dirección, Subnivel A; al que corresponde el Nivel 76 del Vector Salarial, esto es, seis niveles por debajo del nivel designado previamente. Es decir, que la Presidencia de la ANDE reconoce expresamente que se me asignó un salario determinado, y que posteriormente se procedió a reducir sustancialmente dicho salario, de forma unilateral y basándose en un Plano de Responsabilidad o Carrera Gerencial no homologado por la Secretaría de la Función Pública y, además, que ya había sido dejado sin efecto a la fecha en que

fue emitido el acto administrativo impugnado. Que, por otro lado, el resto de los ejecutivos y directores en funciones sujetos al encuadre salarial dispuesto por el Interno DRH/62/2012, y afectados también por la reducción ilegítima del salario aplicada por Interno PR/29/12, vieron posteriormente satisfechos sus reclamos, reasignándoseles niveles salariales equivalentes a los dispuestos por el Interno DRH/62/2012, conforme será demostrado en su oportunidad, con lo que queda patente que la negativa de la Presidencia a mis reclamos es arbitraria e ilegal, y constituye un acto de discriminación, expresamente prohibido por el Artículo 34 de la Ley 1626/00, De la Función Pública, y por el Artículo 92 de la Constitución Nacional. Que, por lo tanto, corresponde que sea revocada la resolución instrumentada en la nota P. 3410/2013, de fecha 13 de septiembre de 2013, por arbitraria y violatoria de los derechos que me asisten como funcionaria de carrera con jerarquía adquirida de la Administración Nacional de Electricidad, que ha sido dictada en abierta violación de las disposiciones constitucionales que garantizan la estabilidad del trabajador y el respeto de los derechos adquiridos; derechos que por otra parte son irrenunciables y que deben ser respetados por la administración, que está obligada al cumplimiento de las Leyes que rigen la materia. II. Derechos. El acto administrativo impugnado es arbitrario e ilegal, y supone un grave daño a mi carrera profesional, y a más del evidente menoscabo económico, menoscaba tanto mi derecho a desarrollar mi trabajo en condiciones justas y dignas, como el derecho a la estabilidad y el respeto a los derechos adquiridos, de conformidad con las disposiciones legales vigentes: Constitución Nacional: “Artículo 86. Del derecho al trabajo. Todos los habitantes de la República tienen el derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas. La Ley protegerá el trabajo en todas sus formas, y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables”. “Artículo 94. De la estabilidad y de la indemnización. El derecho a la estabilidad del trabajador queda garantizado dentro de los límites que la Ley establezca, así como su derecho a la indemnización en caso de despido injustificado”. “Art. 102. De los derechos laborales de los funcionarios y de los empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de los derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras, dentro de los límites establecidos por la Ley y con resguardo de los derechos adquiridos”. LEY 1626/2000, De la Función Pública, Artículo 47. “Se entenderá por estabilidad el derecho de los

funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón”. Artículo 49: “Los funcionarios públicos tendrán derecho a: a) percibir el salario y demás remuneraciones previstas por la Ley;... f) la estabilidad en el cargo, de conformidad con lo establecido en la presente Ley; j) la igualdad, sin discriminación alguna, de oportunidades y de trato en el cargo; Ley 213/93, Código Del Trabajo. Artículo 2º. “Estarán sujetos a las disposiciones del presente Código: d) Los trabajadores de las empresas del Estado y de las empresas municipales productoras de bienes o prestadoras de servicios”. Artículo 15. “Todo trabajador debe tener las posibilidades de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el ejercicio de su trabajo [...]”. Artículo 61. “El contrato de trabajo debe ser cumplido de buena fe, y obliga no solo a lo que este formalmente expresado en él, sino a todas las consecuencias derivadas del mismo o que emanen de la naturaleza jurídica de la relación o que por Ley correspondan a ella”. Artículo 62. “Son obligaciones de los empleadores: ...b) Pagar la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos en el contrato, o en las leyes o reglamentos de trabajo y cláusulas de los contratos colectivos, o en su defecto, según la costumbre”; Artículo 63: “Queda prohibido a todo empleador: I) Ejecutar cualquier acto que directa o indirectamente restrinja los derechos que este Código y demás Leyes pertinentes otorgan a los trabajadores”. Artículo 67: “Los trabajadores tienen los siguientes derechos: ...e) Disfrutar de una existencia digna, así como de condiciones justas en el desarrollo de su actividad”. Es, por tanto, evidente que la Administración Nacional de Electricidad, mediante la reducción de mi salario, ha violado las disposiciones constitucionales que garantizan la estabilidad del trabajador y el respeto de los derechos adquiridos; derechos que por otra parte son irrenunciables y que deben ser respetados por la patronal. Bajo una pretendida cobertura de legalidad, la Administración Nacional de Electricidad ha menoscabado mis derechos adquiridos en la carrera administrativa, lo que me supone un grave daño y atenta directamente contra los mandatos del Código Laboral, que garantizan el derecho del trabajador a desarrollar su trabajo en condiciones justas y dignas, imponiendo al empleador la obligación de respetar su dignidad. En síntesis, la situación que viene arrastrándose desde el mes de septiembre de 2012 constituye un grave agravio a mi dignidad como funcionaria de carrera, y las condiciones ilegales y arbitrarias a las que estoy siendo sometida en relación a la reducción de mi salario supone un fragante menoscabo a mis derechos. d) Los traba-

jadores de las empresas del Estado y de las empresas municipales productoras de bienes o prestadoras de servicios. Artículo 15: “Todo trabajador debe tener las posibilidades de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el ejercicio de su trabajo”. Artículo 61: “El contrato de trabajo debe ser cumplido de buena fe, y obliga no solo a lo que esté formalmente expresado en él, sino a todas las consecuencias derivadas del mismo o que emanen de la naturaleza jurídica de la relación o que por Ley correspondan a ella”. Artículo 62: “Son obligaciones de los empleadores: ...b) Pagar la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos en el contrato, o en las Leyes o reglamentos de trabajo y cláusulas de los contratos colectivos, o en su defecto, según la costumbre”. Artículo 63: “Queda prohibido a todo empleador: I) Ejecutar cualquier acto que directa o indirectamente restrinja los derechos que este Código y demás Leyes pertinentes otorgan a los trabajadores”. Artículo 67: “Los trabajadores tienen los siguientes derechos: ...e) Disfrutar de una existencia digna, así como de condiciones justas en el desarrollo de su actividad”. Es por tanto evidente que la Administración Nacional de Electricidad, mediante la reducción de mi salario, ha violado las disposiciones constitucionales que garantizan la estabilidad del trabajador y el respeto de los derechos adquiridos; derechos que por otra parte son irrenunciables y que deben ser respetados por la patronal. Bajo una pretendida cobertura de legalidad, la Administración Nacional de Electricidad ha menoscabado mis derechos adquiridos en la carrera administrativa, lo que me supone un grave daño y atenta directamente contra los mandatos del Código Laboral, que garantizan el derecho del trabajador a desarrollar su trabajo en condiciones justas y dignas, imponiendo al empleador la obligación de respetar su dignidad. En síntesis, la situación que viene arrastrándose desde el mes de septiembre de 2012 constituye un grave agravio a mi dignidad como funcionaria de carrera, y las condiciones ilegales y arbitrarias a las que estoy siendo sometida en relación a la reducción de mi salario supone un fragante menoscabo a mis derechos. Es más, este tipo de actos, al conculcar la dignidad del trabajador atacan igualmente el resto de los derechos de la persona, sean o no de naturaleza laboral. Por lo tanto, lo resuelto por la Administración Nacional de Electricidad mediante nota P:3410/2013, por la cual se rechaza de forma arbitraria la restitución de la categoría salarial asignada por Interno DRH/62/2012, viola todas las disposiciones transcritas así como las demás concordantes por cuanto viola abiertamente las disposiciones constitucionales que garantizan la digni-

dad, la estabilidad del trabajador y el respeto de los derechos adquiridos; derechos que por otra parte son irrenunciables y que deben ser respetados. Por lo expuesto, corresponde que VV.EE. revoquen la resolución de la Administración Nacional de Electricidad instrumentada en la nota de la Presidencia P. 3410/2013, de fecha 13 de septiembre de 2013, disponiendo mi reencuadre salarial al Plano Profesional Nivel Consultor y Subnivel E, Nivel 88 del Vector Salarial del Plan de Cargos y Carreras (PCC), y el pago de la diferencia de salario entre el Nivel 76 y el Nivel 88, desde el mes septiembre de 2012 en adelante. III. Procedencia de la Acción. Que, concurren en el presente caso los presupuestos procesales enunciados en la Ley 1462/35, ya que la resolución de la Presidencia de la ANDE instrumentada en la Nota P. 3410/2013, cuya revocación se solicita: a) causa estado, al haber sido dictada por la máxima autoridad del ente, no cabiendo recurso alguno contra ella –de conformidad con el artículo 87 de la Ley 1626/00–; b) procede del uso de las facultades regladas del presidente de la ANDE; c) No existe otro juicio pendiente sobre el mismo asunto, extremo que declaro bajo fe de juramento; d) la resolución vulnera mis derechos administrativos preestablecidos, conforme se ha expuesto supra; (inc. e) Derogado”.

Termina ofreciendo sus pruebas y realizando el petitorio en concordancia con los términos de su demanda, solicitando que cumplidos con los trámites correspondientes se haga lugar a la presente demanda con costas.

Posteriormente, en fecha uno de abril del 2014, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, la Abog. Adriana Alice Texeira González, en nombre y representación de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), a contestar la presente demanda contencioso-administrativo. Funda la contestación en los siguientes términos: “Que ante todo, niego todos y cada uno de los extremos alegados por la actora de la demanda, salvo aquellos que expresamente los reconociere en este juicio. Disquisiciones iniciales. Como principio debe quedar establecido que la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) es una institución autárquica, descentralizada de la Administración Pública, “sujeta a las disposiciones civiles y comerciales comunes”, en todo lo que no estuviere en oposición a las normas contenidas en su Carta Orgánica (art. 2º, Ley 966/64), y en cuando respecta al “Régimen del Personal”, se remite a la “Reglamentación Interna”, con la obligación de adecuar a las disposiciones del Código de Trabajo en todo lo que se refiera a “Jornada de trabajo, horas extraordinarias y nocturnas, descansos legales, vacaciones, salario mínimo, asignaciones familia-

res, aguinaldos, indemnizaciones y terminación de trabajo” (art.37, Ley 966/64). En estricta observancia de lo anterior, la cuestión referida al Régimen de Personal ha pasado a ser regulada por las disposiciones administrativas emanadas de las autoridades de la ANDE (es decir, primeramente por resoluciones del Consejo de Administración y posteriormente de la Presidencia de la ANDE), respetando las normas del Derecho Laboral común. Posteriormente, con la promulgación de la Ley 1626 en fecha 27 de diciembre del año 2000, “De la Función Pública”, ha quedado derogada aquella disposición, en virtud a lo establecido en el Art.1º que textualmente indica: “Esta Ley tiene por objeto regular la situación jurídica de los funcionarios y de los empleados públicos, el personal de confianza funcionarios y de los empleados públicos que presten servicio en la Administración, en los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y las municipalidades, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Banca Pública y los demás organismos y entidades del Estado. Las leyes especiales vigentes y las que se dicten para regular las relaciones laborales entre el personal de la administración central con los respectivos organismos y entidades del Estado, se ajustarán a las disposiciones de esta Ley aunque deban contemplar situaciones especiales...”. En efecto, las normas contempladas en la Ley 1626/00 igualmente son de cumplimiento obligatorio para esta institución, al igual que las disposiciones establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, así como las reglamentarias. Además, bajo la vigencia de esta disposición, ante el nuevo órgano de aplicación (Secretaría de Función Pública) la ANDE ha gestionado y obtenido la homologación del “Nuevo Plan de Cargos, Carreras y Salarios (PCC) de la ANDE”, para todos los niveles ocupaciones de la institución, que en su momento fuera aprobado internamente por parte de la Resolución del Consejo de Administración de la ANDE N° 442/99 de fecha 13 de diciembre de 1999. Esta normativa comprende: I) Estructura Ocupacional, conformada por los Planos Profesional, Técnico, Operacional Técnico y Administrativo, con la composición y niveles por cada Plano Ocupacional (Anexo I). II) Posicionamiento relativo de los Planos Ocupacionales y Carreras respectivas en la estructura del Vector Salarial, conforme a la evaluación de los cargos correspondientes (Anexo II). III) Líneas de Carrera y de Acceso por cada Plano Ocupacional (Anexo III); y Reglas de Encuadramiento del Personal, Normas y Procedimientos de Sustentación relativas a la implantación, operacionalización y mantenimiento del Plan (Anexo IV), que fueron implementadas a través de los Manua-

les de Procedimientos Generales (IPE) sobre “Adicional por función”, “Creación de vacancia”, “Conversión de vacancia”, “Cobertura de vacancia” (Promoción Funcional, Movilidad de Personal, Concurso Interno, Concurso Externo p/admisión del personal), “Designación para función de Jefatura”, “Promoción Funcional” (definiendo objetivamente los requisitos esenciales respecto a desempeño y logro de objetivos, “Factor Tiempo “ -antigüedad en el cargo y antigüedad en la empresa, “Escolaridad”, “Perfil Profesional” –madurez profesional o habilidad–), “Promoción Salarial”, “Encuadramiento del Personal” (basado en el “mérito”, “trayectoria”, “escolaridad”, “perfil de actividades”, “factor tiempo”, etc.). En este contexto, la Sra. Sandra Osorio Martí es funcionaria de esta Institución (personal N° 5847, nombrada por Resolución P/N° 17855 de fecha 11 de julio de 2002) y, en fecha 03 de julio de 2012, por Resolución P/N° 31368 fue designada como Directora de Recursos Humanos de la ANDE. Posteriormente, por Resolución P/N° 31897 de fecha 17 de octubre de 2012 se dieron por terminadas estas funciones superiores de Directora de Recursos Humanos, siendo designada Asesora de la Presidencia de la ANDE. En el lapso del cumplimiento de sus funciones como máxima responsable de la administración de los Recursos Humanos de la ANDE, que datan del 3 de julio hasta el 17 de octubre de 2012, se produjeron desprolijidades en el manejo administrativo, que hoy reclama la demandante. Para una mejor ilustración, el cómputo del tiempo transcurrido desde la designación como Directora de Recursos Humanos hasta su remoción y asignación a otras funciones, y que serán de elementos fundamentales para mejor clarificación de VV.EE. Para una mejor ilustración de VV.EE, respetuosamente nos adelantamos a exponer este cuadro cronológico comparativo que de manera ilustrativa aclara, lo que en adelante será la exposición y argumentos fácticos y jurídicos de contestación de esta representación legal a la demanda promovida por la Sra. Sandra Osorio Martí:

Disposición Administrativa	Descripción	Fecha de resolución
Resolución N° 442	Por la que se implementa el Plan de Cargos, Carreras y Salarios - PCC (Planos Profesional, Técnico,	13 de diciembre 1999

JURISPRUDENCIA

	Operacional, Administrativo) y la Instrucción de Procedimiento General “Adicional por Función” solo durante el ejercicio efectivo de la función.	
Resolución P/N° 27024	Se aprueba la creación del Plano de Responsabilidad o también llamada Carrera Gerencial e implementa gradualmente en el PCC como un Plano a más de los mencionados, y jerárquicamente establece: (Presidencia, Gerencias - Sría. General - Asesoría Legal, Direcciones, Jefes de División, Jefes de Departamento y Jefes de Sección).	28 de abril de 2010
Resolución P/N° 29044	Aprueba la Instrucción de Procedimiento Generales IPE-55 “Bonificación por responsabilidad y disponibilidad en el cargo, y de su conversión en bonificación adicional.	13 de mayo de 2011

TRIBUNAL DE CUENTAS – SEGUNDA SALA

Resolución P/N° 29844	Se implementa efectiva el Plano de Responsabilidad o Carrera Gerencial en todos los niveles establecidos.	30 de setiembre de 2011
Resolución P/N° 31368	Se designa a la Sra. Sandra Osorio Martí como Directora de Recursos Humanos de la ANDE	03 de julio de 2012
Interno DRH/62/2012, de la Dirección de Recursos Humanos	Encuadra a los Directores al mismo nivel de las Gerencias, en contraposición a lo Resuelto en la Resolución P/N° 27024 de 28/04/10	24 julio 2012
	La Sra. Sandra Osorio Martí, al lograr la aprobación del Interno anterior, se autoasigna el salario de Directora por todo el mes de julio, cuando recién había sido nombrada a dicho cargo el día 03 de este mes.	31 julio 2012

JURISPRUDENCIA

Interno PR/29/12, de la Presidencia de la ANDE	Por la que deroga lo dispuesto en el Interno DRH/62/2010.	30 de agosto de 2012
Resolución P/Nº 31897	Se dan por terminadas las funciones como Directora de Recursos Humanos de la ANDE a la Sra. Sandra Osorio Martí. Obs: a la fecha, la funcionaria continúa percibiendo el correspondiente a lo establecido en la IPE-55.	17 de octubre de 2012

Hechos: Que, de las disposiciones señaladas precedentemente se pueden extraer algunas consideraciones fundamentales y que señalarán como antecedentes iniciales que la demanda interpuesta carece de veracidad y razonabilidad, salvo aquellos aspectos que expresamente lo manifestaremos en esta contestación, en virtud a los fundamentos que pasamos a exponer de la siguiente manera: Asignación Lícita y Remoción: La demandante sostiene que el presidente de la institución, en uso de sus facultades regladas, asigna a la actora una categoría salarial equivalente al Cargo de Profesional “Consultor” subnivel “E” (Nivel 88 del Vector Salarial), pero que de una manera “ilegítima e ilegal” la reduce posteriormente al Nivel 76 del vector salarial y correspondiente al cargo de Profesional “Senior” subnivel “E” de la Estructura Ocupacional. Llama poderosamente la atención a esta representación técnica que la demandante considera que el aumento o encuadramiento a niveles superiores se hayan realizado “lícitamente”, o conforme a lo manifestado en la demanda “en uso de sus facultades regladas”, y sin embargo, cuando el presidente de esta institución resuel-

ve subsanar la Categoría y Nivel asignado indebidamente, sí lo hace de manera “ilegítima e ilegal”. Del texto del INTERNO PR/29/2012 de fecha 30 de agosto de 2012 es factible deducir con claridad que, la máxima autoridad de la ANDE, en usos de atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, solicitó a la Dirección de Recursos Humanos (a cargo de la hoy demandante), “...realizar una revisión exhaustiva de las asignaciones salariales de los ejecutivos en actividad, en la que deben ser consideradas todas las resoluciones y procedimientos vigentes en la materia, considerando además, la antigüedad, carrera y méritos de todos los afectados, tomando especial atención en los casos de la Asesoría Legal, Dirección de Recursos Humanos y la Dirección de Logística y Telemática. El informe respectivo deberá ser presentado a la Presidencia en la brevedad. Esta Presidencia anticipa que en caso de surgir inequidades en la decisión tomada, las asignaciones deberán ser corregidas, para adecuarse a las normativas vigentes...”. A su vez, este INTERNO fue tramitado en el ámbito de la Dirección de Recursos Humanos, por la hoy demandante, quien elevó el Informe respectivo a la Presidencia en fecha 10 de setiembre de 2012, con las adecuaciones introducidas, considerando todas las Resoluciones y Procedimientos vigentes, y la Presidencia a su vez providenció como sigue: “A DRH, c.c. A G. Financiera: Ajustar los salarios de los ejecutivos en funciones conforme a lo indicado en el “Resumen de Aplicaciones Salariales - Personal Ejecutivo”, casilla “Total Salario s/Normativa”. La diferencia resultante a favor de ANDE, coordinar con los afectados”, documento que fue remitido al ámbito de la DRH (repcionado y providencia para su cumplimiento por la hoy demandante). Es decir, la ANDE revió su postura inicial, a la luz que los motivos que impulsaron al presidente de la empresa a la revisión de los salarios del Cuadro de Ejecutivos de la ANDE, en la que se encontraba la directora de Recursos Humanos, en este caso, la Sra. Sandra Osorio Martí, fue una propuesta realizada por ella misma (sin precisar las asignaciones correspondientes, indicando únicamente “Consultor E”), y si el presidente incurrió en un error de apreciación contra las reglas procedimentales que disponían los mecanismos administrativos para promociones del plantel de funcionarios de la ANDE, fue porque la demandante en su afán de percibir mayores ingresos, realizó argumentaciones en contra de las disposiciones administrativas que regían en momento en la Empresa “Plano de Responsabilidad”, en donde para las “Subgerencias y Direcciones” establece la Categoría “C” del nivel 76), resueltas por el presidente de esta institución en uso de sus facultades

regladas. La demandante, en su carácter de directora de Recursos Humanos, generó en fecha 24 de julio de 2012, el documento denominado “Interno” e identificado como “DRH/62/2012”; o sea, un documento de su propia autoría, sin requerir de los estamentos organizacionales inferiores técnicos en materias de cargos y salarios (es por ello la sigla de DRH al inicio de enumeración que significa directamente de la Dirección de Recursos Humanos) que hubieran opinado en contrario a su propuesta, a razón que la conclusión a la que hizo arribar al presidente de la ANDE, se encontraba viciada de irregularidades. Es por ello que la Presidencia, a su vez, por medio del “Interno identificado como PR/29/12 de fecha 30 de agosto de 2012”, solicita la revisión exhaustiva de las asignaciones salariales a los ejecutivos de la empresa, revisión que fue ordenada y realizada por la misma hoy demandante, de cuyo resultado la misma ha sido encuadrada en el nivel y subnivel que debía corresponder: Nivel Jerárquico “C” (Dirección), Subnivel “A” del “Plano de Responsabilidad” vigente en ese momento en la ANDE (correspondiente al Nivel 76 del Vector Salarial, como debió ser en todo momento), conforme lo hemos mencionado en las disquisiciones iniciales. Vuestras Excelencias podrán apreciar que, quien tenía la obligación de cuidar los procedimientos administrativos para garantizar la correcta aplicación de las disposiciones resueltas por el Presidente de la Institución en materia de Recursos Humanos, en este caso la directora de esa unidad específica y actora de esta demanda, la Sra. Sandra Osorio Martí, fue la que sugirió contra las reglas aprobadas y vigentes en ese momento en la ANDE, la aprobación de encuadres salariales de ejecutivos de la empresa, en contra de lo prescripciones contenidas en el “Nuevo Plan de Cargos, Carreras y Salarios (PCC)”, específicamente en el “Plano de Responsabilidad”, con la única intención de hacerse de un ingreso mayor en detrimento de los intereses económicos de esta institución y los demás funcionarios de la misma, con trasgresiones que atentan contra los “Principio de la Igualdad” y de la “Legalidad” de los actos administrativos. Por lo mismo, la ANDE entiende que de prosperar el reclamo de la recurrente, estaría desnaturalizando las prescripciones contenidas en el ordenamiento jurídico vigente, en donde define la “responsabilidad” que le cabe al Estado o a sus agentes, en el desempeño de sus funciones por él asignadas, ya sea por su actuación como sujeto de derecho público o privado, en los siguientes términos: Constitución Nacional, Art.106. “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos

o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado...”. Ley 1626, Art.64. “Los funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa por incumplimiento de sus deberes u obligaciones o por infringir las prohibiciones establecidas en esta Ley y las Leyes análogas, haciéndose pasible de las sanciones disciplinarias determinadas en este capítulo”. Código Civil, Art. 1845. “Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, de las Municipalidades, y de los entes de Derecho Público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los autores y coparticipes responderán solidariamente. El Estado, las Municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de estos”. Ley 1535/99 de Administración Financiera del Estado, Art. 82. “Responsabilidad de las autoridades y funcionarios. Las autoridades, funcionarios y, en general, el personal al servicio de los organismos y entidades del Estado a que se refiere el Artículo 3º de esta Ley que ocasionen menoscabo a los fondos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a sus obligaciones legales, responderán con su patrimonio por la indemnización de los daños y perjuicios causados, con independencia de la responsabilidad disciplinaria o penal que les pueda corresponder por las Leyes que rigen dichas materias”. Lo expuesto precedentemente fue señalado en la Nota P. 3410/2013 de fecha 13 de setiembre de 2013, cuando el presidente en ejercicio le aclara taxativamente cuanto sigue: “Al respecto, cumplimos en informarle que en atención al Interno DRH/62/2012 elaborado y emitido por la Dirección de Recursos Humanos (DRH) en fecha 24 de julio del 2012, ha sido elevada la propuesta de encuadre salarial de Ejecutivos y Directivos de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) aprobada y aplicada a partir del mismo mes. La evaluación de dicha propuesta fue realizada, siendo usted directora de la DRH, en base al Plan de Cargos, Carreras y Salarios - PCC, escala correspondiente al Plano Profesional”. En este sentido, en la Nota de contestación al reclamo administrativo de la demandante, el presidente de la institución remarcó que la propuesta de encuadre salarial a ejecutivos de la ANDE, evaluada y aplicada a partir del mismo mes de presentación (julio 2012) fue realizada siendo la Sra. Sandra Osorio Martí directora de la Dirección de Recursos Humanos (DRH), de lo que se desprende, que si se cometió alguna irregularidad será producto del mal asesoramiento de la garante en la adminis-

tración de recursos humanos de la empresa, o sea, la directora Recursos Humanos (Sra. Sandra Osorio Martí). Además, el presidente de esta institución, en la Nota P.3410/2013, destaca claramente lo que ha acontecido cuando la Sra. Sandra Osorio ejercía las funciones de directora de Recursos Humanos, en el siguiente texto: “Posteriormente, a través del Interno PR/29/12 de fecha 30 de agosto de 2012, la Presidencia de esta Institución solicita a la Dirección de Recursos Humanos, a través de su Unidad competente, la revisión exhaustiva de las asignaciones salariales de los Ejecutivos en actividad, obteniendo como resultado el encuadre de su Salario en el Plano de Responsabilidad Nivel Jerárquico “C”; “Dirección”, subnivel A en base a la Resolución P/Nº 29844 por la que se actualiza e implementa el Plano de Responsabilidad establecido en el Plan de Cargos, Carreras y Salarios - PCC vigente, subsanando de este modo las desprolijidades observadas incurridas en el ámbito de la DRH, que se encontraba bajo su responsabilidad”. Aquí, claramente la máxima autoridad de la institución destaca que la propuesta elevada exclusivamente por la directora de Recursos Humanos, Sra. Sandra Osorio Martí, a través del INTERNO DRH/62/2012 de fecha 24 de julio de 2012, provocó desprolijidades en el ámbito de Recursos Humanos que se encontraba bajo su responsabilidad. Esta manifestación del presidente de esta institución, refuerza el fundamento y teoría esgrimida por esta representación legal, en el sentido que la Sra. Sandra Osorio Martí valiéndose de su condición de responsable de la administración de los Recursos Humanos, como ya explicáramos, recomendó a la Presidencia de la ANDE la aplicación de un encuadre a Ejecutivos de la empresa, en respetar las disposiciones contenidas en la Carrera Gerencial (Plano de Responsabilidad) que fuese aprobada por Resolución P/Nº 27024 de fecha 28 de abril de 2010 e implementada efectivamente por medio de la Resolución P/Nº 29844 de fecha 30 de setiembre de 2011, al solo efecto de lograr una mayor recategorización de lo que establecía el acto administrativo citado precedentemente e inobservando su condición de garante en la aplicación de las reglas en lo que respecta al PCC vigente en ese momento en la institución. Esta última posición refrendada por el presidente de la ANDE, cuando en la Nota recurrida por la vía contencioso-administrativa manifiesta enfáticamente a la actora de esta demanda: “Por tanto, de conformidad a los registros obrantes en la DRH de esta institución, el encuadramiento de su cargo y subnivel se corrigió en concordancia con las normativas vigentes y la práctica uniforme de las mismas a partir de la implementación de la Carre-

ra Gerencial y su incorporación dentro del Plan de Cargos, Carreras y Salarios - PCC, herramienta utilizada para el tratamiento igualitario en cuanto a las asignaciones salariales del Personal Ejecutivo”. Otro aspecto sumamente llamativo es que la hoy demandante, a través del INTERNO DRH/62/2012 de fecha 24 de julio de 2012 pretendió eludir otra clara normativa para acceder al Nivel de “CONSULTOR”, haciendo caso omiso a las disposiciones vigentes “PROMOCIÓN FUNCIONAL” (ipe-51 aprobado por la Resolución P/N° 30360 de fecha 15 de diciembre de 2011, en su numeral 4.8 textualmente indica: “4.8. Las propuestas de Promoción Funcional para los niveles de cargos de Consultor (Plano Profesional) y Especialista (Plano Técnico), se regirán complementariamente por la Instrucción de Procedimientos Generales “Habilitación de Encuadramiento en niveles de cargos Consultor y Especialista” aprobada por Resolución P/N° 20378, en lo que respecta a las condiciones obligatorias señaladas en los numerales 4.b, 4.c., 4.d. y 4.f y a los indicadores para la evaluación de postulantes a Consultor y Especialista. Hasta tanto se apruebe la propuesta de una nueva Instrucción de Procedimiento aplicable para el nivel CS/ESP”. Asimismo, cabe puntualizar que el “factor Tiempo” requerido para acceder al Nivel Consultor, conforme al procedimiento enunciado precedentemente es de “12 años de ejercicio profesional, como mínimo”, recaudo este que la misma no reunía a la fecha en que fuera designada como directora de Recursos Humanos (3 de julio de 2012) y generó el INTERNO DRH/62/2012 (24 de julio de 2012). Derecho Adquirido: La demandante de estos autos requiere a VV.EE se respete el “derecho adquirido, derechos que por otra parte son irrenunciables y que deben ser respetados por la patronal...” (sic), reza el escrito de la demanda. Respecto al mismo, cabe puntualizar que tanto la asignación como el consecuente pago irregular fue procesado bajo responsabilidad directa de la hoy demandante, sin dar estricto cumplimiento a las normas contempladas en la disposición administrativa vigente a esa fecha (“Carrera Gerencial, Plano de Responsabilidad” aprobada por Resolución P/N° 27024 de fecha 28 de abril de 2010 e implementada efectivamente por medio de la Resolución P/N° 29844 de fecha 30 de setiembre de 2011), por lo que desde el punto de vista estrictamente jurídico, la misma no puede invocar beneficio adquirido basado en el error de aplicación, o complicidad administrativa habiendo existido disposiciones expresas de cumplimiento obligatorio contemplado tanto en la Ley 1626/00 así como en el Plan de Cargos, Carreras y Salarios (PCC) aprobado por la Resolución del Consejo de

JURISPRUDENCIA

Administración de la ANDE N° 442/99 y homologado por la autoridad competente (SFP). A la luz de los elementos señalados anteriormente, fue la propia demandante, en su carácter de directora de Recursos Humanos, quien intentando configurar pagos de asignaciones e ingresos mayores a lo permitido en la normativa administrativa aprobada y vigente en la Empresa, propicio e indujo al error y el Presidente de la Institución, dictó una providencia administrativa –autorización (Visto Bueno)– para procesar el “Encuadre Salarial” conforme al Interno DRH/62/2012 de fecha 24/07/12. Este acto permitiría que la misma directora, hoy demandante, logre su propio encuadramiento a niveles del Plano de Responsabilidad, por encima de lo aprobado (debió corresponder el Nivel 76, pero autoasignó el Nivel 88) por Resolución de la Presidencia de la Empresa en la Resolución P/N° 27024 de fecha 28 de abril de 2010 e implementada efectivamente por medio de la Resolución P/N° 29844 de fecha 30 de setiembre de 2011 “Plano de Responsabilidad”. Antes de ser designada como directora de Recursos Humanos (por Resolución P/N° 31.368 de fecha 3 julio de 2012), la señora Osorio Martí se encontraba como Ingeniero Civil Senior “C”, con Salario Básico de Gs.9.478.700. más Complemento de PCC de Gs. 2.5654.800. (Salario Total Vector = Gs. 12.044.500, correspondiente a NIVEL 72). No obstante debemos aclarar que, de haberse encuadrado en debida forma en el cargo de directora de Recursos Humanos, debió de corresponder las siguientes asignaciones:

Propuesto por la Dirección de Recursos Humanos s/ INTERNO DRH/62/2012 d fecha 24 de julio de 2012	Subsanado por la Presidencia de la ANDE s/ INTERNO PR/29/2012 de fecha 30 de agosto de 2012
Nivel 88, Consultor “E” (En este documento no describe suma alguna a ser asignada en concepto de Salario Básico complemento PCC y bonificación por responsabilidad, e indica únicamente que corresponde al “Ingeniero Civil Consultor”	Nivel 76. Salario básico: Gs. 9.951.900 Complemento PCC: Gs. 3.601.500 Bonificación por responsabilidad en el cargo: Gs. 2.946.400

Esta representación se excusa de entender ni mucho menos consentir que se haya generado derecho adquirido, cuando la demandante obtuvo un ingreso salarial mejor, durante 3 (tres) meses y 13 (trece) días, por haber inducido en la equivocación y el error al presidente de la empresa, por lo que quien reclama obtener las condiciones de sujeto habilitante a ese derecho, en realidad no los tiene, ya instigó a la equivocación en la máxima autoridad de la institución, y este apenas se percató de la irregularidad ejerció la potestad revocatoria en uso de las facultades conferidas en la Ley 966/64 (modificado por el Art. 16 de la Ley 2199/03), concordante con la Ley 1626/00, bastando señalar al respecto que existe la posibilidad de revocar un acto administrativo cuando este haya sido dictado de manera irregular y antijurídicamente, ya que ese acto fue realizado de buena fe, bastando al respecto señalar el axioma latino que circunscribe toda esta situación: *fraus omnia corrumpit* (“El fraude todo lo corrompe”). Entonces, en el caso de que lo detectado fuese un error de hecho, material o aritmético, el presidente de esta institución pública se halla obligado a corregir en la brevedad posible, y mantener incólume lo establecido en las disposiciones administrativas vigentes (las normas contempladas en el PCC, la Resolución P/N° 27024 de fecha 28 de abril de 2010 e implementada efectivamente por medio de la Resolución P/N° 29844 de fecha 30 de setiembre de 2011 “Plano de Responsabilidad”. A ese efecto, una vez que el presidente de esta institución se haya percatado del error cometido, solicitó inmediatamente a la Dirección de Recursos Humanos, por medio del Interno PR/29/12 de fecha 30 de agosto de 2012, un poco más de un mes del Interno anterior (DRH/62/2012 de fecha 24/07/12), la revisión exhaustiva del encuadramiento a los ejecutivos de la empresa, a razón de las desprolijidades observadas en la administración de Recursos Humanos, unidad del cual la Sra. Sandra Osorio Martí era directora en ese instante, en especial, su autoencuadramiento y autoaumento fuera de las normativas vigentes en la empresa. Por lo que nos afirmamos en señalar que el autoencuadramiento al Nivel 88 del Vector Salarial por parte de la hoy demandante, gestionada y obtenida en su carácter de directora de Recursos Humanos, no puede ni debe generar las características de cosa juzgada administrativa, habida cuenta la existencia de vicios de nulidad que lo hace susceptible de ser revocado. Pues, el presidente de la institución, en uso de sus atribuciones conferidas por la Ley 966/64 “Carta Orgánica de la ANDE”, decidió revisar y subsanar un acto administrativo por contener vicios propios de ilegalidad, ya que el acto administra-

tivo revocado fue aprobado en contra de las disposiciones resolutorias de la Presidencia de la Ande, es decir, contra las normativas vigentes en la institución, de cumplimiento obligatorio. En este punto específico, respetuosamente ratificamos a VV.EE., la plena vigencia del Principio de Legalidad que destaca “los actos administrativos son siempre reglados, salvo que la discrecionalidad sea admitida expresamente por la Ley”, por lo que la directora de Recursos Humanos no podía desconocer la existencia de una resolución emanada de la máxima autoridad de la empresa, de la plena vigencia de un Plan de Cargos, Carreras y Salarios (PCC) y de la “Carrera Gerencial - Plano de Responsabilidad”, instrumentos estos aprobados con antelación tanto por Resolución del Consejo de Administración así como de la Presidencia de la AND, bajando así sin fundamentos jurídicos válidos la pretendida y exagerada mejoría salarial. “Interno” y no “Resolución de Presidencia”: Conforme a las propias manifestaciones realizadas por la demandante, en el escrito de demanda deducido en estos autos, expresa taxativamente cuanto sigue: “Que, en cumplimiento de las instrucciones recibidas, en fecha 24 de julio de 2012, por medio del Interno DRH/62/2012 la Dirección de Recursos Humanos elevo a la Presidencia de la ANDE la siguiente propuesta de encuadre de los Ejecutivos y Directivos de la ANDE, basada en el Plan de Cargos y Carreras (PCC) vigente: 1. El Presidente, se encuadra en el Plano Profesional, Nivel Consultor y Subnivel 2. Los Ejecutivos, conforme la Carta Orgánica de la ANDE: Gerente Técnico, Gerente Comercial, Gerente Financiero, Asesora Legal, Auditor Interno y Secretario General; en el Plano Profesional, Nivel Consultor y Subnivel E. 3. Los Directivos, Director de Distribución, Coordinador del Gabinete, Director de Contrataciones Públicas, Director de Estudios y Proyectos de Expansión, Director de Administración del MECIP, Director de Logística y Telemática, Director de Recursos Humanos, con equivalente responsabilidad que los Ejecutivos, equiparados salarialmente a los mismos, se encuadran en el Plano Profesional, Nivel Consultor y Subnivel E. Que, dicha propuesta de encuadre fue aprobada y autorizado el correspondiente ajuste de los salarios por el presidente de la ANDE en la misma fecha, a través Interno DRH/62/2012. O sea, la aprobación obtenida por la directora de Recursos Humanos de la ANDE, la Sra. Sandra Osorio Martí, del presidente de la Institución, de un autoencuadramiento a niveles salariales superiores a lo establecido en la Resolución P/N27024 de fecha 28 de abril de 2010 se aprobó la Carrera Gerencial en la institución, la escala salarial por niveles

jerárquicos, las normativas relacionadas y se autorizó su aplicación gradual, que luego fue implementado efectivamente por medio de la Resolución P/N 29844 de fecha 30 de setiembre de 2011, en la que se actualizó e implementó el Plano de Responsabilidad (Carrera Gerencial) en el Plan de Cargos, Carreras y Salarios (PCC) de la ANDE, fue a través de un documento utilizado para formalizar comunicaciones y trámites internos entre las diversas unidades administrativas de la institución, como ser un “INTERNO”, de similares características que un “Memorándum”, aunque con diferente aplicación a aquel, dentro de la Estructura Organizacional de esta institución. Dicho de otro modo, un documento de trámite administrativo denominado INTERNO, de nivel inferior en el tráfico jurídico administrativo de la ANDE, reemplazó a una Resolución de la Presidencia de la Empresa, es incorrecto este proceder administrativo, habida cuenta la orden de prelación establecida en el Art. 137 de la Constitución Nacional. La demandante podría aducir que lo que importa es la firma del presidente de la Institución y no el tipo ni la característica del documento que lo contiene; sin embargo, en la Ley 966/64 “Carta Orgánica de la ANDE” y reglamentado por la Instrucción de Procedimientos Generales de Organización IOR-OI “Documentos básicos de la Organización” que especifica y taxativamente establece que la Resolución “son documentos adoptados por la Presidencia, según la Ley 966/64, serán emitidos y archivados por la Secretaría General”. Con ello se establece claramente que las resoluciones son documentos que emanan de las autoridades en ejercicio de sus funciones, sobre asuntos de su competencia y se basan en dispositivos legales, pues, el Presidente de la ANDE hace saber de sus decisiones a través de un documento oficial, denominado “Resolución P”, basado en lo proscripto en la Carta Orgánica de la ANDE y que deberá ser archivada por la Secretaría General. Es importante destacar lo expuesto, dado que es la resolución administrativa la que vincula directamente al presidente de la ANDE con una decisión, conforme a la Ley y al procedimiento administrativo aprobado por la Presidencia de la institución. y lo que es más importante, una Resolución P., solo podrá ser actualizada, modificada, reemplazada o derogada por otra de igual jerarquía, o sea, otra, Resolución P. en seguimiento a lo expuesto, nunca un interno pudo haber actualizado o modificado lo establecido en una Resolución P. de la Presidencia de la ANDE, aun con la suscripción o autorización de la máxima autoridad de la institución, habida cuenta que un instituto jurídico trascendental como fue la implementación del “Plano de Responsabilidad” o

también denominado “Carrera Gerencial” por sendas resoluciones emanadas por presidente de la ANDE, debía ser modificada o derogada por otra Resolución de la Presidencia, tal como ocurrió en fecha 25 de febrero de 2013, que por medio de la Resolución P/N° 32639 dejó sin efecto la Resolución P/ 27024 de fecha 28 de abril de 2010; o sea, dejó sin efecto el “Plano de Responsabilidad” o también denominado “Carrera Gerencial”. Por lo tanto, la directora de Recursos Humanos de la ANDE, como administradora de esa área específica de la institución y principal garante de las resoluciones que establecen institutos laborales que hacen al presidente de la ANDE, jamás debió establecer criterios de encuadramiento en niveles salariales fuera de lo establecido en las resoluciones que implementaban la carrera gerencial, que a esa fecha se encontraban plenamente vigentes en la institución, a través de documentos de jerarquía inferior a las resoluciones, ya que los internos no tienen la misma categoría e importancia que las resoluciones de la Presidencia, por expresa disposición del art. 137 de la Constitución Nacional, la Ley y las Normativas Internas vigentes la percepción efectiva por el ejercicio de la Dirección: Como norma institucional, la percepción efectiva de los emolumentos ordinarios y complementarios correspondientes al cargo o función ejercida se realiza posterior al cumplir el mes de ejercicio de la función, en la liquidación mensual que corresponda, dicho de una manera más clara para que VV.EE lo comprendan mejor, la Sra. Sandra Osorio Martí ha sido designada al cargo de directora de Recursos Humanos en fecha 03 de julio de 2012 por medio de la Resolución P/N° 31368, ello implicaba que debía percibir en concepto de salario mensual y adicional por Bonificación por responsabilidad y disponibilidad en el mes de agosto/12 por todo el mes de agosto/12 y 27 días del mes de julio/12 y de allí en adelante los meses subsiguientes. Esto se puede comprobar con las Liquidación de Sueldos y Jornales de la ANDE del mes de Julio/12, aportado por la propia demandante en el escrito de demanda respectivo, y en efecto, VV.EE. podrán apreciar que el concepto de identificado bajo el Cód. 131 de Gs. 2.946.400, recién aparece en la Liquidación de Sueldos y Jornales del mes de agosto/12 y no en el de julio/12, más la diferencia por el tiempo del ejercicio efectivo como directora de Recursos Humanos en el mes de julio/12, o sea, 27 días, con el Cód. 135 de Gs. 2.749.973, tal como VV.EE lo pueden comprobar en las respectivas liquidaciones mensuales que se adjuntan en el mismo escrito de demanda interpuesta por la actora, la Sra. Sandra Osorio Martí. Sin embargo, para muestra de la única intención de obtener réditos personales e

inducir al error en el presidente de la Institución por parte de la Sra. Sandra Osorio Martí, como directora de Recursos Humanos y administradora del pago de salarios a la nómina de funcionarios y contratados de la ANDE; el mismo criterio utilizado y señalado en el párrafo anterior con relación al concepto de Bonificación por Responsabilidad y Disponibilidad, el cual fue pagado en el mes posterior, no se tuvo con respecto al salario del cargo aprobado por medio del Interno DRH/62/2012 de la Dirección de Recursos Humanos (a más de que en este Interno no se halla identificado los montos a ser pagados, sino únicamente indica el “Cargo de Encuadre”, Ingeniero Civil Consultor “E”); o sea, elaborado y refrendado por la Sra. Sandra Osorio Martí, ya que una vez aprobado en fecha 24 de julio de 2012, obtuvo la aplicación a partir de ese mismo mes en lo que respecta a su salario, conforme se puede apreciar la liquidación de sueldos y jornales de la ANDE del mes de JULIO12 con los Cód. 1 “Sueldos y Jornales” de Gs. 9.951.900 y Cod. 132 “Complemento PCC” de Gs. 9.380.500 dando como suma de ambos el total de Gs. 19.332.400 que corresponde al nivel 88 del vector salarial, conforme se puede apreciar en el adjunto aportado por la misma actora de la demanda, nivel salarial que no corresponde a una Dirección, conforme a la disposición administrativa vigente a esa fecha. Esta institución no desconoce el derecho que sus trabajadores adquieren cuando al acceder a un cargo o función de mayor nivel jerárquico perciban en los salarios ordinarios y extraordinarios que corresponde según el encuadramiento y salario establecido en el PCC, en igualdad de condiciones para todos los dependientes laborales, sin distinción de funciones, ya que, para la ANDE que tiene por objeto primordial “satisfacer en forma adecuada las necesidades de energía eléctrica del país, con el fin de promover su desarrollo económico y fomentar el bienestar de la población...”, no puede merecer a un sector o cargo y desmerecer a otros, en trasgresión al “Principio de Igualdad” y de la “Legalidad” de los actos administrativos. En ese sentido, la Sra. Sandra Osorio Martí, valiéndose de su condición de directora de Recursos Humanos de la ANDE, responsable en la aplicación de los cuadros de cargos y el pago de los salarios del plantel de funcionarios y contratados de esta institución, abuso de la confianza puesta en dicha función y providenció el pago de su salario en el mismo mes que consiguió la aprobación de la Presidencia, vía artilugios o falsas fundamentaciones, consignando no solo una inobservancia a los procedimientos internos de esta institución, sino una clara violación de las normas vigentes en materia de PCC y pago del salario del funcionario

de la ANDE, violentando todo proceso y contaminando su liquidación salarial de nulidad, motivo por el cual llevó al presidente de la institución a la revisión de dicha autorización, con la consabida expresión manifestada en la Nota de Contestación: “Desprolijidad en el ámbito de Recursos Humanos que se encontraba bajo su responsabilidad”. Pero las arbitrariedades en el ejercicio de sus funciones al frente de la Dirección de Recursos Humanos no ha acabado en lo señalado en párrafo anterior, sino que, además de percibir en el mismo mes de conseguido la aprobación irregular del documento de su autoencuadramiento, con tremenda desfachatez percibe por el total del mes de julio/12, cuando en realidad ha sido designada en la función de directora el día 03 de julio de 2012. Con el debido respeto a VV.EE. me permito explicar mejor, en el mes de JULIO/12 percibió por 30 días como directora, cuando en realidad solo lo ejerció por 27 días. La demandante procedió al pago de sus salarios como directora por días en la que no ejercía las funciones en el cargo designado a partir del día 03; es decir, los salarios diarios de los días 01 y 02 fueron percibidos como directora, sin embargo, la Sra. Sandra Osorio Martí se encontraba en otras funciones en la ANDE. Este hecho, tal vez no tan relevante o dañino, permite demostrar la abierta y manifiesta deslealtad y mala fe de la hoy demandante, quien en un arbitrario uso de las atribuciones que le fueron conferidas al ser designada como directora de Recursos Humanos, no solamente cobró antes del cumplimiento del mes en la función, sino también, cobró por los días en que no era directora. Esto último constituye un verdadero absurdo jurídico en una institución pública en donde rige el Derecho Administrativo; es por ello, que el presidente de la ANDE revió su postura original y revocó su postura anterior, invalidando el Autoencuadramiento de la directora de Recursos Humanos y aplicando lo dispuesto en las resoluciones sobre el Plano de Responsabilidad. Manifestaciones finales: A VV.EE.: Esta representación legal manifiesta la confianza puesta en que VV.EE., sabrán valorar correctamente lo expuesto en este escrito de contestación, ya que absurdos administrativos como los mencionados, de prosperar ocasionará caos administrativo, económico, financiero y presupuestario exponiendo a la institución a una gravísima crisis institucional, ya que bastaría que algún funcionario deshonesto, infiel, acceda a un cargo de relevancia, indujera a un error administrativo, y luego manifieste derecho adquirido, cuando el mismo ha propiciado a la omisión de decisiones de importancia en la empresa. Conclusión. Queda claro que la funcionaria N° 5847 de la ANDE, señora Sandra Osorio Martí, designada

directora de Recursos Humanos de esta institución en fecha 03/07/12, propició la aprobación del Interno DRH/62/12 por parte del presidente de esta empresa, en fecha 24/07/12 sobrejerarquizando el cargo de directora en contraposición a la Resolución P/N° 27024 de fecha 28 de abril de 2010 que aprobó la Carrera Gerencial en la institución y la escala salarial por niveles jerárquicos, cobró lo correspondiente al cargo de directora en el mismo mes en que fue designada y por los 30 días, cuando en realidad solo tenía 27 días en el ejercicio de esa función. Ante lo expuesto, la Presidencia de la ANDE, habiendo observado los errores e irregularidades administrativas cometidas e inducidas por la propia directora de Recursos Humanos, ordenó a través del Interno Pr/29/12 de fecha 30 de agosto de 2012, un poco más de un mes del Interno anterior (DRH/62/2012 de fecha 24/07/12), la “revisión exhaustiva” de la actuación administrativa cumplida en virtud del Interno DRH/62/2012, entre la que se encontraba la directora de Recursos Humanos, procediendo a rever lo realizado por la hoy demandante, encuadrando a los ejecutivos, conforme a los criterios técnicos establecidos en el PCC y en la Resolución P/N° 27024 de fecha 28 de abril de 2010 que aprobó la “Carrera Gerencial” en la institución, la escala salarial por niveles jerárquicos, las normativas relacionadas y se autorizó su aplicación gradual, que luego fue implementado efectivamente por medio de la Resolución P/N° 29844 de fecha 30 de setiembre de 2011, en la que se actualizó e implementó el Plano de Responsabilidad (Carrera Gerencial) en el Plan de Cargos, Carreras y Salarios (PCC) de la ANDE”.

Terminan solicitando, que previo los tramites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda contencioso-administrativa, con costas.

Que a fojas 169 de autos, consta el A.I. N° 252, de fecha 14 de Abril de 2014, del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que dice: “Declarar la competencia del Tribunal, para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar, recibir la causa a prueba por todo el término de Ley”.

Que a fojas 465 vlto. de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 10 de diciembre del 2014, donde el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, llama Autos Para Sentencia.

Y el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, prosiguió diciendo: Que, en fecha 17 de Octubre de 2013, se presenta ante este Tribunal la señora, Sandra Osorio Marti, por derecho propio

y bajo patrocinio de abogado, a promover demanda contencioso-administrativa contra la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), según escrito obrante a fojas 47/56 de autos, manifestando entre otras cuestiones cuanto sigue: “Que, en el mes de Julio de 2012, siendo directora de Recurso Humanos, recibí instrucciones expresas del entonces presidente de la Administración Nacional de Electricidad, el Ing. Carlos Heisecke Sosa, para elaborar una propuesta de encuadre de los ejecutivos y directivos de la ANDE, manifestándome que el criterio de la presidencia era que la responsabilidad de cada ejecutivo era equivalente, en relación con las áreas específicas de las cuales estaban al mando, por lo que correspondía equiparar salarialmente a los directores y gerentes al nivel de Gerencia Financiera, Secretaría General y Coordinador de Gabinete de Presidencia. Que, ante la presión de funcionarios sindicalizados de la institución, la presidencia de la institución, por interno PR/29/12, dispuso reducir los salarios de ejecutivos y directivos en funciones, reajustándolos a un nivel inferior del vector salarial al que fuera aprobado por interno DRH/62/12, descendiendo mi nivel salarial del 88 al 76...”.

Que, en fecha 1 de abril de 2014, se presenta ante este Tribunal la abogada Adriana Alice Texeira González en representación de la Administración Nacional de Electricidad, de conformidad al poder obrante en autos, a fin de contestar la presente demanda contencioso-administrativa y lo hace en los siguientes términos “Que, como principio debe quedar establecido que la ANDE es una institución autárquica, descentralizada de la Administración Pública, “sujeta a las disposiciones civiles y comerciales comunes”, en todo lo que no estuviere en oposición a las normas contenidas en su Carta Orgánica (art. 2º, Ley 966/64), y en cuanto respecta al “Régimen de Personal” se remite a la “Reglamentación Interna”, con la obligación de adecuar a las disposiciones del Código de Trabajo en todo lo que se refiera a “jornada de trabajo, horas extraordinarias y nocturnas, descansos legales, vacaciones, salario mínimo, asignaciones familiares, aguinaldos, indemnizaciones y terminación de trabajo”. En estricta observancia de lo anterior, la cuestión referida al régimen de personal ha pasado a ser regulada por las disposiciones administrativas emanadas de las autoridades de la ANDE (es decir, primeramente por resoluciones del Consejo de Administración y posteriormente de la presidencia de la ANDE), respetando las normas del derecho laboral común...”.

Que, haciendo un estudio del fondo de la cuestión, se observa en forma clara y concisa que la señora Sandra Osorio Marti, es funcionaria nombrada de la

Administración Nacional de Electricidad desde la fecha de 16 de julio de 2002, hasta la fecha, contando así con una antigüedad de 12 años y 7 meses y con una vigente carrera desempeñándose actualmente en el cargo de asesora de Presidencia de la institución, siendo designada en dicho cargo por Resolución N° 31-897 de fecha 17 de octubre de 2012.

Que, prosigue diciendo la actora que el acto atacado de nulidad, en su motivación asienta argumentaciones en su contra al sentirse agraviado en su patrimonio, ya como en sus derechos de serlos cercenados, sufrió una disminución de su salario y bonificaciones, dejando de esta manera, con perjuicios económicos, y en autos consta que el ente demandado en este caso la ANDE ni al momento de contestar la demanda y menos con las pruebas que fueron diligenciadas no han refutado lo dicho por la parte actora y quedando acreditado que la condición del actor es la de una Funcionaria de Carrera y demostrado en autos que la actora, la Sra. Sandra Osorio Marti, ha sufrido un daño patrimonial a causa del acto administrativo en cuestión.

Que, en síntesis, en autos la parte demandada no ha podido demostrar la existencia de razones valederas por la cual la señora Sandra Osorio MArti, se ha visto perjudicada en su ingresos a través de la disminución de su salario, siendo que correctamente estaba percibiendo su cobro en el Nivel 88 del Vector Serial del plan de cargos, y en la resolución impugnada, la misma es rebajada a la al nivel 76 del Vector Salarial, es decir 6 niveles por debajo del nivel designado previamente, concretándose de esta forma una evidente disminución en el salario que venía percibiendo la actora.

Que, ello es así porque es ampliamente conocido que por Principios Constitucionales el poder punitivo del Estado, en este caso en relación a sus funciones, no pueden aplicarse medidas que evidencian las transgresiones como el Artículo 46, de la igualdad de las persona. “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”. Artículo 88, “De la no discriminación. No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales. El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado”. Y por último el Artículo

102, “De los derechos laborales de los funcionarios y de los empleados públicos. Los funcionarios y los empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la Ley y con resguardo de los derechos adquiridos”. Y en concordancia con la Ley “de la Función Pública” Artículo 47, “De la estabilidad del funcionario público”. Con todas las normativas citadas esta Magistratura puede concluir que la ANDE incurre en un desconocimiento total de la capacidad de gestión del actor, ya sea por su antigüedad en la institución y trayectoria de su legajo personal que despliega en el desarrollo de su labor.

Que, en las circunstancias examinadas por esta Magistratura, es del convencimiento de que el acto administrativo en cuestión, emanada de la Autoridad Administrativa, no fue dictada de forma correcta violando en principio de legalidad, condición indispensable para que el acto administrativo sea revestido de legitimidad, por lo que se puede concluir que de esta manera se desvirtúa toda pretensión de la parte demandada y en base a lo expuesto surge que la Administración Nacional de Electricidad, en el acto administrativo que se pretende impugnar, no se ha realizado dentro de las facultades regladas previstas en la Constitución Nacional y la Ley, por lo que del análisis que ha realizado esta magistratura, surge que no se ha respetado el Principio de Legalidad, por lo tanto se concluye que se observan en autos vicios en el procedimiento en la actuación de la administración que acarrea la nulidad del acto administrativo cuestionado.

Que, el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. El principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, como forma de garantizar que los organismos del Estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El Principio de Legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. El equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado. El fundamento de este sistema de garantías es la realización

de la justicia distributiva del bien común –libertad, igualdad, etc.– entre los particulares. La sujeción de la Administración a la Ley constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho. El nacimiento del Principio de Legalidad se debe al pensamiento revolucionario de 1789, que, al modificar la concepción del antiguo régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración Pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforman en una haz de derechos subjetivos públicos (Thomas Hutchinson, “Régimen de Procedimientos Administrativos”, Editorial Astrea, 2ª Edición Actualizada, 1994).

Que, esta Magistratura en una anterior ocasión, ha votado por hacer lugar a la demanda, por los mismos motivos expuestos en este caso, por lo cual es del criterio que corresponde hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa, siguiendo la jurisprudencia pacífica, uniforme y reiterada de este Tribunal de Cuentas.

Que, por lo expuesto precedentemente esta magistratura es del criterio que corresponde, Hacer Lugar a la presente acción contencioso-administrativa, planteada por la señora Sandra Osorio Martí, debiéndose de esta manera revocar, la resolución impugnada y en consecuencia, ordenar el pago de la diferencia salarial existente desde el mes de setiembre en adelante, previa liquidación de la diferencia de salarios más intereses hasta la fecha. En cuanto a las costas de la instancia, ellas deberán ser soportadas por la parte perdedora del juicio. ES MI VOTO.

A su turno los señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel y Gregorio Ramon Rolando Ojeda, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado preopinante Dr. Mario Ygnacio Maidana Griffith, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resuelve:

1) Hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa planteada por la Sra. Sandra Osorio Martí, por sus propios derechos y bajo patrocinio

de los abogados Rolando P. Díaz Delgado y Carmen García Casado, contra Resolución N° 3410, de fecha 13 de setiembre de 2013, dictada por la Administración nacional de electricidad (ANDE) y, en consecuencia;

2) Revocar la Resolución N° 3410, de fecha 13 de setiembre de 2013, dictada por la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), de conformidad a los fundamentos desarrollados en el presente acuerdo.

3) Ordenar el pago de la diferencia salarial existente desde el mes de setiembre en adelante, previa liquidación de la diferencia de salarios más intereses hasta la fecha.

4) Imponer las costas a la parte perdedora.

5) Notificar, registrar y remitir copia a la Excelentísima. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Abog. Diego Mayor Gammel. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

***Cuestión debatida:** Que el análisis de la presente resolución gira en torno a la procedencia o no del reclamo por parte de COPACO de una deuda de línea telefónica que es considerada como sobrefacturación por parte del afectado.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. ESTADO. Deberes.

Que, sabido es que el Estado debe constituirse en el principal garante del ejercicio y goce de los derechos de todos los ciudadanos y en este caso puntual, tanto la Copaco como la Conatel como representantes del Estado han hecho oídos sordos a los reclamos del actor de esta demanda, lo cual podría causarle un perjuicio económico irreparable, situación esta que debe ser corregida por este cuerpo colegiado.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LESIÓN DE CONFIANZA. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.

Que, esta situación agravante contra el patrimonio del usuario puede ser equiparada a una Lesión de Confianza a los legítimos derechos del accionante,

por parte de las autoridades de aquel entonces, de las instituciones mencionadas, teniendo en cuenta, que han pretendido proceder al cobro de una suma irracional e indebida, desprovista de toda justificación probatoria y sin tener en cuenta los antecedentes, reclamos y objeciones realizadas por el actor en sede administrativa, reforzada aún más esta postura basado en el hecho de que el Estado, por medio de sus instituciones, deben constituirse en garantes de los derechos de los ciudadanos, y principalmente velar por el fiel cumplimiento de las garantías previstas en nuestra Constitución en lo que respecta a los derechos del consumidor, no pudiendo obrar aquellas en detrimento de los legítimos intereses de un ciudadano, que al contratar los servicios de una institución estatal en este caso la Copaco, se encuentra depositando su confianza en esa institución, situación que debe ser honrada con la prestación del servicio en la forma y las condiciones mencionadas en el contrato de prestación de servicios suscripto por las partes al momento de iniciarse el vínculo comercial.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.. ABUSO DE PODER. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.

Que, del artículo mencionado se desprende que cualquier ciudadano, al verse afectado en sus derechos, en este caso sus derechos como consumidor, puede solicitar a la intervención de las autoridades a fin de corregir este hecho, situación esta que se encuadra al caso de marras, puesto que la COPACO no ha demostrado en ningún momento del juicio la legitimidad de la cuenta que pretende cobrar al usuario, por lo que podría estar incurriendo en un abuso de poder sobre el administrado.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Que, el principio de legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. el principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, como forma de garantizar que los organismos del Estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El principio de legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar que “Los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. el equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y

la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado.

T. de Ctas., Segunda Sala. 06/03/2015 “RICHARD ANDRÉS VAN HUMBEECK CONTRA RESOLUCIÓN N° 64 DE FECHA 24 DE JUNIO DE 2013 DICTADA POR LA COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL) (Ac. y Sent. N° 67).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, dijo: Que, en fecha 30 de julio del 2013 (fojas 177/183 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Sr. Richard Andrés Van Humbeeck, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover demanda Contencioso-Administrativa, contra la Resolución N° 64, de fecha 24 de junio de 2013, dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Funda la demanda en los siguientes términos: “Los fallos contra que se dirigen esta presente acción contencioso-administrativa está constituido por: 1. Resolución PR N° 064 de fecha 24 de junio de 2013, recaída en el expediente de CONATEL N° 00003547 de fecha 03 de diciembre de 2012. 2. Factura de que la resolución recurrida de la Copaco S.A. N° 001-005-2311683, con Periodo de Facturación 16/01/12 - 15/02/2012 de la suma de guaraníes Noventa y Nueve Millones Novecientos Noventa Mil Ochocientos Treinta y Ocho (Gs. 99.990.838). Resolución Pr N° 064 (24/06/2013) Conatel. Conatel me fue notificada en mi domicilio en un oficio con la misma fecha de la resolución que fue diligenciada en mi domicilio en fecha 08 de julio de 2013, según se puede constatar en la copia que presento y que me fuera expedida por la Secretaría de la Conatel a mi pedido, a fin de computar el término respectivo para efectuar en reclamo ante este Excmo. Tribunal. Que como se podrá apreciar en la copia de la resolución atacada no se hizo lugar a mi reclamo como titular de la línea telefónica N° 613.032 por presentación extemporánea ante esta instancia administrativa y

en consecuencia se dispuso el pago del monto reclamado en la factura de Copaco S.A. antes citada por la suma de Gs. 99.990.838. Que en el considerando de la resolución se puede leer el dictamen del Departamento de Quejas y Reclamos de la Conatel, el cual se basó en lo establecido en un artículo 20 de Reglamentos de Quejas y Reclamos donde se establece que el recurso ante la Conatel deberá ser presentado hasta cinco días hábiles después de haber recibido la notificación respecto del resultado del reclamo. Hasta ahí todo correcto, pero la segunda parte del referido dictamen menciona, que al no haber fecha de recepción del telegrama por parte del usuario se toma la fecha de emisión del mismo para computar el plazo, o sea que no le da valor al duplicado del telegrama donde consta la fecha que el mismo fue diligenciado, siendo esta la única fecha que debe tomarse para el cómputo del plazo establecido en cualquier reglamento de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Civil. Que adjunto con este escrito la copia del telegrama N° 20800 que la Copaco S.A. me enviara donde se me comunica que se debe abonar los cargos que corresponden a la factura hoy impugnada, adjuntándose a dicha factura la constancia de la misma repartición, en donde claramente se observa que el referido telegrama fue entregado en fecha 30 de noviembre de 2012. Quem como se podrá notar la fecha que tuve conocimiento de que la Copaco S.A. no hacía lugar a mi reclamo para no abonar la Factura N° 001-005-2311683 en donde consta que de mi teléfono N° 613-032 se efectuaron 623 llamadas al exterior en 11 días. Lo que equivale a un monto de Guaraníes 99.990.838 es el 30 de noviembre de 2012, o sea que el plazo para efectuar el reclamado ante Conatel, vencía el 7 de diciembre de 2012. Que según se puede leer en la resolución recurrida efectué el reclamo correspondiente en fecha 03 de diciembre de 2012, dentro del término fijado en el reglamento de quejas y reclamos de dichas institución. Que es totalmente inadmisibles dejar cercenado el derecho de reclamar de persona alguna, sin tener a la vista la fecha de la recepción de la resolución respectiva. Es obligación del ente que va dictar una resolución en donde se rechaza extemporáneo el recurso interpuesto, tener a la vista la fecha de la recepción de la notificación y no tomar la fecha de emisión de la comunicación como si se hubiera recibido en esa misma fecha. Que desde todo punto de vista la resolución recurrida no se halla ajustada a derecho y viola expresamente el artículo 139 del Código Procesal Civil que se refiere a notificación por telegrama y que en su párrafo tercero establece: “La constancia oficial de la entrega del telegrama o carta en el domicilio del destinatario establece la

fecha de notificación”. Que ningún reglamento de oficina administrativa puede violar expresamente lo estipulado en las leyes de la República. En efecto, en la resolución recurrida se violó en forma expresa lo establecido para las notificaciones por telegrama en el Código Procesal Civil, además de violar expresamente el derecho a la defensa establecido en la Constitución Nacional, por lo que V.E. deberá revocar la resolución recurrida en todos sus puntos por haberse violado normas elementales del derecho positivo con expresa condenación de costas. Factura Copaco S.A. N° 001-005-2311683.

Que por la resolución recurrida la Copaco S.A. pretende cobrar la suma de Gs. 99.990.838 en concepto de 623 llamadas efectuadas desde mi telefono N° 613-032 en un periodo de 11 días (desde el 04 febrero 2012 al 15 de febrero 2012), llamadas efectuadas según Copaco a Lituania, El Salvador; Madagascar; Letonia; España; Bulgaria; Gambia; Austria; Rusia; y al satélite Inmarsatm (96%). Que las referidas llamadas según Copaco fueron efectuadas desde mi teléfono (listado de las mismas se acompañan) por cualquier persona o empleados del domicilio donde está instalada la línea (ver informe de la jefa de División y Análisis Comercial de COPACO que se acompaña). Es totalmente imposible pensar que persona alguna pueda efectuar desde las 06:16:59 a las 21:48:56 del día 04 de febrero de 2012, 59 llamadas al exterior, algunas con menos de un minuto entre llamadas. Los datos que preceden constan en el listado que me proporcionara la Copaco, así como en el expediente formado en dicha institución por el reclamo efectuado, ambos informes acompaño a esta presentación. Que a más de la imposibilidad física de realizar por persona alguna la cantidad de llamadas, 623 llamadas en 11 días, se corrobora que según el listado de llamadas efectuadas desde el mes de enero de 2011 al mes de enero de 2012 no totalizan más de Gs. 885.000 (ver listado que se acompañan). No puede un teléfono que tiene un consumo promedio mensual de Gs. 75.000 durante doce meses, efectuar en 11 días llamadas por valor de Gs. 99.990.000. Que el otro hecho que es fundamental para el estudio del presente caso es que durante los meses de enero y febrero la línea telefónica no poseía servicio. Se efectuaban los reclamos correspondientes y después de unos días se volvía a conectar con un servicio que no duraba a veces ni un día. Se efectuaron los reclamos respectivos al teléfono N° 118 en numerosas oportunidades, por lo que desde ya solicito como prueba el informe de COPACO S.A. de las llamadas de reclamos efectuadas entre el 15 de enero de 2012 y 20 de febrero de 2012. Con dicho informe se va a

corroborar si la línea telefónica estaba en condiciones de uso. Que otro hecho que corrobora lo afirmado en el sentido de que es imposible efectuar la cantidad de llamadas que se mencionan en la Factura N° 001-005- 2311683 es que en la misma se factura solo dos llamadas a celular de Personal, y las demás llamadas son las 623 efectuadas al exterior Si la línea telefónica funcionaba en forma correcta tendría que haber más llamadas a teléfonos locales lo que denota que indiscutiblemente el teléfono N° 613-032 no funcionaba, razón por la cual en la factura solo existe dos llamadas a nivel local a redes móviles por valor de Gs. 2.640 (ver copia de factura obrantes en los expedientes tanto de Copaco S.A. y de Conatel). Que para dictar resolución COPACO S.A. se basó en un informe del jefe de División de Análisis Comercial, en donde se afirma que no he cuestionado la eficiencia de la prestación del servicio ante las oficinas respectivas, cuando que en el mismo expediente obra la presentación efectuada por mi parte desconociendo las llamadas internacionales presuntamente efectuadas. Que resulta claro que la línea telefónica no funcionaba en el mes que presuntamente se efectuaron las llamadas, en razón que es imposible que se efectuaran de dicho número solamente dos llamadas locales y 623 llamadas al exterior en solo 11 días de los 30 días por el cual se efectuó la factura, motivo por lo cual desconozco y afirmo que dichas llamadas no fueron efectuadas desde mi domicilio y pudieron haberse realizado desde COPACO como desde cualquier punto del tendido cableado o tableros pertenecientes a dicha institución que están en la vía pública y que no tienen una garantía de ser inviolables. Que no es cierto que al abonar las llamadas que no eran del exterior ya se estaba reconociendo las demás llamadas como alega unos de los informes obrantes en el expediente que acompaño, porque si no se efectuaba dicho pago se reconocía que se efectuaron las llamadas porque dicha institución dice “pague y después presente su queja”. Que desde ya ofrezco como prueba el informe de COPACO de las llamadas de reclamo de la línea N° 613-032 desde los teléfonos números 299-021, 611-079, 751- 238 y 0971.210-193, durante los meses de diciembre de 2011, enero y febrero de 2012. Sobrefacturación (Defraudación y Estafa). Que la factura N° 001-005-2311683 está visiblemente sobrefacturada y la intención tanto de Copaco S.A. como de la Conatel en confirmar que se debe abonar la suma de Gs. 99.990.838 configura el hecho punible de Defraudación y Estafa y otros. Que efectivamente se puede comprobar que las sumas que se intenta cobrar están sobrefacturadas en 10 veces más de su valor. En efecto, en las facturas que se

hallan tanto en el expediente de COPACO S.A. como de CONATEL están el detalle de las llamadas efectuadas, minuto de duración y el costo del minuto de dichas llamadas. Una de las llamadas de 03:11 minutos a un costo de Gs. 3.200 el minuto está facturado GS. 102.400, ¡cuando en realidad debe ser Gs. 10.240!, la siguiente llamada en vez de Gs. 22.400 pretenden cobrar Gs. 224.000 y así sucesivamente todas la llamadas que figuran a un costo de el minuto a Gs. 3.200 fueron facturadas a Gs. 32.000. Es imposible pensar que se trata de una falla técnica o mal cálculo en razón de que con las técnicas modernas existentes hoy en día no es posible que ocurra dicha sobrefacturación, indiscutiblemente tanto la COPACO S.A. como la CONATEL se prestaron y se ratificaron por sus resoluciones a percibir un monto que no corresponde, configurando dicho hecho como un hecho punible de estafa y otros, por lo que mi parte se reserva el derecho a denunciar ante la Fiscalía si es que V.E. no lo hace a petición mía. Que la sobrefacturación fue detectada por la subgerencia internacional, quien en su dictamen de fecha 20 de junio de 2012 (ver fs. 132 del expediente de COPACO S.A.) aconseja tomar las medidas correctivas referentes al error detectado al aplicar la tarifa de Gs. 3.200 y no Gs. 32.000 por minuto! En el mismo expediente a fs. 135 la subgerente internacional aconseja a la Gerencia Técnica que no corresponde la tarifa aplicada en la facturación al usuario que generaron un costo total de U\$. 2.837,60 que al cambio del día de la fecha en guaraníes equivale a Gs. 12.482.800 y no Gs. 99.990.838. Sintetizando: la COPACO S.A. y la CONATEL pretenden y se reafirman en cobrar una factura en la cual, además de figurar llamadas inexistentes a un costo de Gs. 32.000 el minuto, cuando en realidad es Gs 3.200. Medida de Urgencia. Que a raíz de la presentación que efectúo solicito que como medida de urgencia se ordene la paralización de las gestiones de cobranzas de la factura N° 001-005- 2311683 hasta la fiscalización de los trámites del presente juicio y se oficie a sus efectos a la Copaco S.A.”.

Termina ofreciendo sus pruebas y realizando el petitorio en concordancia con los términos de su demanda, solicitando que cumplidos con los trámites correspondientes se haga lugar a la presente demanda con costas.

Posteriormente, en fecha 24 de octubre del 2013, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Roberto Sixto Espínola, en representación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), a contestar la presente demanda contencioso-administrativo. Funda la contestación en los siguientes términos: “Contestación de la Demanda. Que, niego todos y

cada uno de los hechos expuestos por el actor como fundamento de su acción, salvo aquellos que fueran expresamente reconocidos por mi parte en esta presentación; niego igualmente, que al actor le asista el derecho invocado en esta demanda. Que, antes de analizar y refutar las expresiones del escrito de demanda, corresponde ordenar dichas expresiones y adecuarla al procedimiento en Sede Administrativa, como Segunda Instancia conforme al Reglamento de Quejas y Reclamos. 1) Trámite en Sede Administrativa-Conatel. Expediente N° 3547 Del 03.12.12: El Reglamento de Quejas y Reclamos prevé por el Art. 7°: “Vía previa obligatoria ante las empresas operadoras. La vía administrativa previa ante las propias empresas operadoras es obligatoria y de responsabilidad del órgano a las que ellas asignen competencia para tal efecto”. Procedimiento cumplido por el actor, conforme a las constancias que obran en CONATEL. El reclamo de la línea telefónica N° 021 613 032 fue presentado en la CONATEL, en fecha 03 de diciembre del 2012, por expediente N° 00003547 con los siguientes antecedentes: Una nota del actor, copia del colacionado recibido de la COPACO S.A., comunicando el resultado de su reclamo ante esa institución, las constancias de reclamos, la boleta de pago parcial de la factura con irregularidad de facturación, la propia factura del periodo 16/01/12 al 1S/07/12 en la que constan las llamadas internacionales reclamadas por el actor y un historial de fallas exigidas para su estudio correspondiente. Arts. 18 y 19 del Reglamento de Quejas y Reclamos, al cual el actor dio cumplimiento. A partir de la primera presentación en la CONATEL, se providencia el inicio del expediente, se solicita informe a la COPACO S.A. y luego se analiza las documentaciones formales exigidas. Posteriormente, se analiza la validez de los documentos y si los mismos fueron presentados en tiempo y forma como lo establece el Reglamento que rige la materia. En ese contexto, siempre atendiendo al procedimiento reglamentario, se analiza el plazo de presentación del reclamo, teniendo como referencia los Arts. 19 y 20 del Reglamento, que dice: Art 19: “Instancia Administrativa. Los reclamos presentados ante la CONATEL, serán consideradas en calidad de recurso por no satisfacer al usuario el resultado del reclamo efectuado o por falta de contestación por parte del operador en el plazo de 25 días hábiles”. En este punto, la CONATEL, para el cómputo del plazo, toma como primera referencia la fecha de presentación del reclamo ante la COPACO S.A. (08.03.12) y a partir de esa fecha se computa 25 días para que el prestador del servicio, en ese caso la COPACO S.A., conteste al usuario. Vencido este plazo en fecha 12.04.12, el

usuario afectado puede presentar su reclamo desde el 15.04.12 hasta el 19 de 04.12, conforme al Art. 20 del Reglamento de Quejas y Reclamos que dice: Art. 20: “Tiempo de presentación del reclamo: El reclamo ante el operador en primera instancia, deberá efectuarse dentro del quinto día hábil siguiente de haber ocurrido el hecho generador del reclamo, en caso de ser reclamo de facturación, hasta cinco días calendario posterior al vencimiento de la correspondiente factura. El recurso a la Conatel deberá ser presentado hasta cinco días hábiles después de haber recibido la notificación del prestador respecto al resultado del reclamo presentado o de no recibir contestación del operador en veinticinco días hábiles”. En ese contexto, el expediente de reclamo N° 3547 del 03 de diciembre de 2012 tramitado por ante la CONATEL y que se refiere a la factura N° 001-005.2311683 del periodo de facturación del 1431/12 al 15/07/2012 del teléfono 613 082, se ha presentado para su tramitación recién en fecha 03 de diciembre del 2012, habiendo vencido el plazo de cinco días, contados a partir de la contestación de la COPACO S.A. al reclamo del usuario, conforme a lo establecido en el reglamento que rige la materia. Así mismo, cabe aclarar al Tribunal que, el operador COPACO S.A., también presentó su descargo respecto a la facturación objetada por el usuario, como consecuencia del oficio que le fuera remitido en fecha 10 de diciembre del 2012, teniendo la COPACO S.A. 20 días hábiles para contestar o presentar sus argumentaciones, contestación remitida fuera del plazo establecido para hacerlo. Es decir, la CONATEL, habiendo vencido el plazo que tenía la COPACO S.A. para contestar, dictó providencia de fecha 10.01.2012, en la cual se tuvo por concluida las diligencias administrativas respecto al reclamo de sobrefacturación presentado por el actor e inmediatamente se llamó Autos para resolver. Se dictó la Resolución N° 64/12 del 24 de junio del 2013 por la cual no se hace lugar al reclamo presentado por el Sr. Richard Andrés Van Humbeek “por extemporáneo”, y la disposición del pago fraccionado del monto del reclamo. 2) La doble extemporaneidad. En el expediente de reclamo, se puede computar dos plazos extemporáneos que se produjeron en dos etapas diferentes. La primera: se produjo a la fecha de presentación del reclamo en la CONATEL en fecha 03 de diciembre del 2012, luego de vencido el plazo de CINCO DIAS que tenía el recurrente para hacerlo, conforme así lo establece el Art. 20 del reglamento ya mencionado precedentemente. En esta etapa, el usuario no puede alegar desconocimiento de dicho plazo, ya que el procedimiento de reclamo y los plazos a tener en cuenta, están insertos al dorso

de la factura de COPACO S.A. La segunda: se produjo con la presentación de la copia insuficiente del colacionado presentado por el actor, en razón de que la misma, no tenía fecha de recepción a partir de la cual se podría computar en debida y legal forma, el plazo de admisibilidad del reclamo. Ante esta omisión del actor, la CONATEL no puede resolver el fondo de la cuestión, que es la sobrefacturación propiamente dicha, sino que se resuelve atendiendo la forma de presentación y el incumplimiento de los plazos del reglamento que rige la materia. 3) Naturaleza de la Resolución Administrativa. Las resoluciones recurridas ante esta instancia, son aquellas en las cuales la CONATEL ha actuado en calidad de Segunda Instancia, basado en las disposiciones contenidas en el Reglamento de Quejas y Reclamos, aprobada por el Ente Regulador, para mediar y resolver las reclamaciones de los usuarios afectados por disposiciones de los operadores de Telecomunicaciones. La CONATEL, como Ente Regulador, ha emitido la Resolución 064/2012, del Departamento de Quejas y Reclamos, cuyo funcionamiento dentro de la estructura organizacional del Ente Regulador se circunscribe a resolver en la instancia administrativa, las acciones interpuestas por los usuarios, prestadores de servicios de telecomunicaciones o terceros interesados conforme así lo establece el Art. 16 Inc. “o” de la Ley 642⁵ de Telecomunicaciones, siempre y cuando se cumplan con los plazos reglamentarios. 4) El actor no agotó la Instancia Administrativa. El Art. 28 de Reglamento de Quejas y Reclamos, entre otras cosas establece: “Notificación de las resoluciones: ...la notificación se Hará al operador y al usuario reclamante. Ambos Podrán interponer Recurso de Reconsideracion contra la misma en el plazo de cinco días hábiles, pudiendo resolver el Directorio en un plazo no mayor de diez días hábiles. La resolución N° 64/12, fue notificada en debida y legal forma al actor en fecha 08.07.13, conforme a la NOTA SG N° 98/13 y el sello de recepción correspondiente. Y la misma, es la consecuencia de un acto administrativo que podría haber sido analizado por segunda vez, a petición de parte, en el Directorio de la CONATEL, por el procedimiento de Reconsideración o de Aclaratoria previsto en el propio reglamento, Art. 28, respectivamente, ya citado con anterioridad. Esta revisión es susceptible de modificación, de aclaración o confirmación de la resolución recurrida ante el Directorio. La finalidad de este último procedimiento administrativo es asegurar que el obrar público se ajuste a los principios de legitimidad y de oportunidad para verificar por segunda vez el acto administrativo, antes de que la misma quede firme y ejecutoriada. El efecto procesal de

la revisión es precisamente un nuevo análisis la revocabilidad y el agotamiento de la instancia administrativa, que posibilita al afectado la revisión del acto declarado perjudicial para el mismo, con nuevos fundamentos ante una instancia superior, que en este caso, es el Directorio de la CONATEL, con facultades de revocar, modificar, aclarar o confirmar, lo que en definitiva causa estado. Este Recurso de Reconsideración está previsto en el Art. 28 del Reglamento de Quejas y Reclamos. por lo que, no es cierto, las expresiones mencionadas en el escrito de demanda, salvo para confundir a VV. EE., ya que el procedimiento aplicado a los Reclamos recepcionados por la CONATEL se rige por un Reglamento específico, aprobado por Resolución N° 1062/2001 y en el que se establece en forma taxativa las medidas a tomarse en caso de no haber cumplido con los requisitos para que sea viable el reclamo y las sanciones a ser aplicadas en consecuencia. En ese contexto, se dictó la Resolución N° 64/12. Conclusión: La presente demanda no tiene asidero jurídico para la prosecución de la misma, y en consecuencia, corresponde que VV. EE. disponga se rechace la misma por su notoria improcedencia, en razón a las siguientes conclusiones: La irregularidad, si hubiere, se concentra en las acciones y omisiones del actor por: 1. No presentar su reclamo dentro del plazo establecido en el Reglamento que rige la materia. 2. No cumplir con los plazos establecidos para la procedencia del reclamo en la CONATEL. 3. No presentar el colacionado con la fecha de recepción del actor. 4. No agotar la instancia administrativa prevista para estos casos como una Reconsideración. 5. Confundir con fundamentaciones erróneas a VV.EE. en lo que respecta a procedimientos establecidos en el Reglamento de Quejas y Reclamos”.

Terminan solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda Contencioso Administrativa, con costas.

Que, en fecha 28 de octubre de 2013 (fojas 267/272, de autos), se presentaron ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Amado Gill Gavilán Rolon y la Abog. Lourdes Finozzi, por la Compañía Paraguaya de Telecomunicaciones Sociedad Anónima COPACO S.A., a contestar la presente demanda Contencioso-Administrativa en carácter de parte coadyuvante, funda la contestación en los siguientes términos: “Que, en primer término negamos todas las argumentaciones esgrimidas por el actor para fundar su demanda, a excepción de aquellas que expresamente sean admitidas en el presente escrito de respon-

der. Que, según la demanda, el actor se alza contra la resolución de la CONATEL de fecha 24 de junio de 2013 y notificada al mismo en fecha 08/07/13, en donde se notifica al actor No Hacer Lugar al Reclamo por presentación extemporánea ante esa instancia, como titular de la línea telefónica 021613.032 y disponer el pago fraccionado del monto reclamado. Que, el demandante manifiesta que el dictamen del considerando de la resolución recurrida no se ajusta a derecho, pues considera que no le da valor al duplicado del telegrama donde consta la fecha que el mismo fue diligenciado, siendo esta la única fecha que debe tomarse para el cómputo del plazo establecido en cualquier reglamento de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Civil. Sin embargo, nosotros sostenemos que la resolución atacada de nula, se ajusta plenamente a derecho, pues ha sido dictada por autoridad competente como es la Conatel, más allá de que el demandante sostenga haber sido notificado vía telegrama con fecha cierta, conforme a los hechos y derechos que seguidamente pasamos a exponer: Que la Copaco S.A. había ordenado la remisión de un telegrama colacionado al señor Richard Andrés Van Humbeck Romei, que lleva el N° 20.049, cuya fotocopia acompañamos y ofrecemos como prueba instrumental, fechado al 01/08/2012, (casi 5 meses después de su reclamación) tratando de informarle que las comunicaciones cuestionadas fueron generadas con líneas en normal funcionamiento técnico que corresponden los cargos, pudiendo realizar los pagos hasta en 48 cuotas, no obstante la misma dependencia que se encarga de la entrega del telegrama colacionado, había informado a la Div. Análisis Comercial de la Copaco S. A. área que ordenó la remisión que el telegrama en cuestión no había sido entregado al destinatario, lo cual fue comunicado a través del Aviso N° 3823, circunstancia que se traduce en una denegación tácita a su pedido de no pago por las llamadas realizadas a través de su línea telefónica, por parte de la Copaco S.A., acompañamos copia del aviso de no entrega del telegrama, la cual tuvo una consecuencia jurídicamente relevante, que fue el derecho y la obligación de reclamar ante la CONATEL lo denegado por nuestra representada, dentro del plazo que correspondía, tal como lo demostraremos más adelante. Que según el Reglamento de Quejas y Reclamos vigentes en la Conatel, Art. 8°, los usuarios y prestadores de Servicios de Telecomunicaciones están obligados a recurrir a la Conatel como recurso al rechazo de su pretensión de queja al operador, en este caso la Copaco S.A. En efecto, el señor Richard Andrés Van Humbeeck, usufructuario de la línea de telefónica N° 021.613.032, había pre-

sentado ante la Copaco S.A. un reclamo de pago parcial referente a la Factura N° 0010052311683, en fecha 8 de marzo de 2012, tal como consta en el formulario N° 846 presentado en su oportunidad, cuya fotocopia acompañamos para su valoración probatoria, este formulario fue acompañado con una Nota de la misma fecha y a los mismos efectos, adjuntamos la fotocopia de la referida nota, el cual tuvo un rechazo ficto de acuerdo a los plazos manejados en el reglamento de marras. Es así que el Art. 20 del Reglamento de Quejas de Conatel, declara que el tiempo de presentación del reclamo ante el mismo, en caso de no haber recibido la notificación del operador en 15 días, como ocurrió en este caso, el usuario tiene 25 días hábiles para presentar el recurso respectivo ante el ente regulador, circunstancia que no se ha dado con el demandante en autos, el mismo hizo caso omiso a los Arts. 19 y 20 del Reglamento, que me permito transcribir, Artículo 19, Instancia Administrativa: “Los reclamos presentados ante la Conatel serán considerados en calidad de recurso, por no satisfacer al usuario el resultado del reclamo efectuado o por la falta de contestación por parte del operador en el plazo de quince días hábiles...”; Artículo 20: Tiempo de presentación del reclamo: “El reclamo ante el operador en primera instancia, deberá efectuarse dentro del quinto día hábil siguiente de haber ocurrido el hecho generador del reclamo. En caso de ser reclamo de facturación, hasta cinco días calendario posterior al vencimiento de la correspondiente factura. El recurso ante la CONATEL, deberá ser presentado hasta cinco días hábiles después, de haber recibido la notificación del prestador respecto al resultado del reclamo presentado o de no recibir contestación del operador en veinticinco días hábiles”. Evidentemente estos plazos han sido ampliamente agotados por el demandante en autos para presentar su reclamación ante la CONATEL, pues consta en el expediente que recién en fecha 3 de diciembre de 2012 presentó el recurso ante la CONATEL, basado en un telegrama fechado al 22/11/12 que fue confeccionado exclusivamente a su pedido y retirado por él mismo en fecha 30/11/12, según consta en el expediente, estas documentales fueron presentadas parcialmente ante la CONATEL, en especial el recibo de entrega del telegrama al interesado (que no fue entregado), lo que produjo un aparente error en el considerando de la resolución de la CONATEL, no obstante esta representación ha demostrado que el reclamo del señor Richard Van Humbeeck ante el ente regulador ha sido realizado fuera del plazo legal establecido en el Art. 20 del Reglamento, por lo que corresponde la confirmación de la resolución atacada de nula,

pues ha sido dictada por autoridad competente de la materia en cuestión de la reclamación en contra de la factura no. 001-005-231683. Que mediante esta demanda el señor Richard Andrés Van Humbeeck pretende el no pago de la factura arriba citada, pretensión que se encuentra en contraposición al específico contrato de prestación de servicio vigente entre el usuario y la COPACO S.A., que ha estado cumpliendo estrictamente con la prestación comprometida con el cliente a través del contrato respectivo y negamos los extremos alegados en el escrito de demanda formulado por el actor para basar su demanda. Negamos así mismo que la línea telefónica no funcionaba en el mes que al decir del actor, presuntamente se efectuaron las llamadas cuestionadas, eso es demostrable por cuanto que la línea generó costos, caso contrario no sería factible. Afirma el recurrente, que para dictar resolución COPACO S.A. se basó en un informe de la jefa de Div. Análisis Comercial, en donde se afirma que no se ha cuestionado la eficiencia de la prestación de servicio ante las oficinas respectivas; en efecto a los fines probatorios hemos de considerar algunos aspectos que hacen al servicio que presta la compañía en el caso particular que afecta a línea telefónica N° 021613.032: Consideraciones Técnicas - Tipos de bloqueos: En fecha 16/02/2012, atendiendo el considerable aumento de comunicaciones internacionales del periodo que es objeto de reclamo, que superó de sobremanera el promedio y según verificación de límite de crédito excedido, la Div. Análisis Comercial solicitó el bloqueo de seguridad nivel “4” (Bloqueo del Discado Directo Internacional) para la línea en cuestión; circunstancia del cual se colige que en las fechas que fueron realizadas las llamadas cuestionadas, el cliente no había activado ningún tipo de bloqueo, fs. 77 y 78 de la copia de traslado, de esta forma la COPACO S.A. ha dado cumplimiento al Art. 17 de las “Disposiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones”, que dice: “Cuando la Compañía detecte un aumento abrupto del consumo efectuado, tomando como base su facturación promedio, o de la categoría del abonado previo análisis, la compañía podrá informar al abonado de este hecho, indicándole que cuando se trate del doble de dicho promedio, podrá requerírsele el pago de dicho monto o una garantía”; las disposiciones generales, establecen y regulan las relaciones entre la Compañía y sus abonados, para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, cuyos términos y condiciones forman parte de los respectivos contratos de servicio, reza en su Art. 1, dice dicho reglamento, cuyo ejemplar se acompaña, que desde ya ofrezco como prueba instrumental en

éstos autos. Que por otro lado, todo inconveniente técnico debe ser reportado a la oficina de referencia en la COPACO S.A., cuyo registro e histórico es la fuente para las consultas y posteriores resultado de los cargos reclamados u objetados, sin embargo este cliente no ha cuestionado la calidad de servicio ante las oficinas habilitadas al cliente por la Compañía. No existió anomalía que pudiera incidir en la facturación, por tanto, la COPACO S.A. no es responsable por los perjuicios ocasionados o demoras en las telecomunicaciones” (art. 7 de las Disposiciones Generales, que forman parte del Contrato de Prestación de Servicio); y desde el momento que el servicio es conectado al abonado, la utilización del mismo es de su exclusiva responsabilidad (ver Art. 24 de las Disposiciones Generales.) Desde el momento que el abonado no ha activado algún tipo de bloqueo a la línea usufructuada, la COPACO S.A. no es responsable de su utilización propia o realizada por terceros; y la obligación de pago por las llamadas de la naturaleza que fuera, corresponde al titular de la línea, obviamente, Art. 24 Inc. “d” y Art. 25 de las disposiciones generales para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que dice: “El abonado es el responsable por el uso del servicio a los efectos de los pagos que puedan corresponder por el usufructo del mismo”. Queda claro que el bloqueo voluntario ofrecido por la compañía como opción de seguridad no ha sido activado por el cliente, por lo tanto, la suma debitada a su cuenta es pura y debe ser honrada, cuya declaración de responsabilidad se halla aceptada con la firma del solicitante, quien acepta y asume la responsabilidad de que las informaciones en esta solicitud son ciertas y que está en pleno conocimiento de las condiciones generales de conexión, que se encuentra reglada en el Contrato de prestación de servicio de telefonía básica de la red de Copaco S.A. Consideraciones Administrativas: Es un cliente que realiza pagos de forma regular. Realizó pago parcial de la factura reclamada, como se podrá notar en su estado de cuentas que se acompaña y se ofrece como prueba instrumental; en las condiciones señaladas, la COPACO S.A. ha cumplido con el contrato de prestación del servicio de telecomunicaciones al cliente, de cuya consecuencia de uso debe responder el cliente, pues las comunicaciones efectuadas desde la línea telefónica se han producido conforme a los datos que se registran en la cinta de base de datos de proceso de facturación y que son: Número telefónico, destino de las comunicaciones, hora, fecha y tiempo de comunicación. Que realizadas las verificaciones “in situ” conforme el informe obrante a fs. 93 y 94 de la copia de traslado, el actor posee un dúplex en donde

funciona una centralita donde bajan los hilos de las líneas telefónicas y distribuidas en diferentes partes del dúplex que cuenta con varias reparticiones, un descontrol sobre línea en cuestión, más todavía teniendo en cuenta que la línea reclamada ni la centralita tenían ningún nivel de bloqueo, del cual resulta responsable el usufructuario de la línea en cuestión, quien es el señor Richard Andrés Van Humbeeck Romei. Que el cliente alega desconocimiento de las llamadas internacionales, sin embargo, abona en concepto de comunicaciones urbanas, interurbanas y a telefonía móvil, lo que hace imposible un eventual desvío de la línea, sobrefacturación o uso indebido por terceros, además que , repito, la línea no contaba con ningún nivel de bloqueo antes del periodo reclamado, por tanto el uso racional de la misma, no puede ser examinado por la telefónica, pues cualquier persona lo puede utilizar, ya sean empleados, allegados, familiares o cualquiera otra persona que tengan acceso al teléfono, ya sea manual o de forma automática a través de una computadora. Que a modo de aclaración digo que, la COPACO S.A., provee a los clientes el servicio de bloqueo voluntario de forma gratuita, el cual es manejado bajo exclusiva responsabilidad del cliente para el resguardo de su línea telefónica, a fin de precautelar situaciones como las reclamadas y conforme a lo escrito por el recurrente, el bloqueo voluntario no ha sido utilizado hasta el momento de su reclamación ante la Copaco S.A. e inclusive posterior al bloqueo compulsivo de nivel 4 (DDI) realizado por nuestra representada, el mismo había solicitado el desbloqueo de la línea telefónica en cuestión, fs. 80 de la copia de traslado, reclamo que le fue concedido. Que todas estas aseveraciones están contenidas en la contestación del informe requerido por Conatel y acompañados por el propio actor ante este Excelentísimo Tribunal y ya agregadas al presente expediente, de cuyos términos y documentales acompañadas nos ratificamos haciéndolos nuevamente propias. Que las afirmaciones vertidas a lo largo del presente escrito están confirmadas y probadas con las documentales ya señaladas y acompañadas inclusive con la demanda, más las documentales por nosotros citadas y acompañadas con la contestación de esta demanda, las cuales proporcionan suficientes razones fácticas y jurídicas para que se rechace con costas la presente demanda de supuesta sobrefacturación formulada en contra de la Copaco S.A. Y ordenar el pago de la cuenta reclamada. En relación a la supuesta defraudación y estafa. Que nuestra parte niega rotundamente las aseveraciones vertidas por el demandante, que dice se intenta cobrar sobrefacturaciones hasta 10 veces más de

su valor, el mismo ensaya y miente cuando dice: “Que la sobrefacturación fue detectada por la subgerencia internacional, quien en su dictamen de fecha 20 de junio de 2012 (ver fs. 132 de del exp. de Copaco), aconseja tomar las medidas correctivas referentes al error detectado al aplicar la tarifa de Gs. 32.000 y no Gs. 3.200 por minuto...”, esta aseveración no es correcta, por cuanto el informe al cual se refiere, dice todo lo contrario, se aplicó Gs. 3.200 en vez de Gs. 32.000, esto se comprueba con solo observar lo escrito en el mismo documento, demostrando también que el actor trata de confundir al juzgador al solo efecto de no hacerse cargo de su deuda mantenida con nuestra representada. En relación a la medida de urgencia solicitada. Que el actor solicita como medida de urgencia se ordene la paralización de las gestiones de cobranzas de la factura N° 001005-2311683, hasta la finalización de los trámites del presente juicio, sin embargo, hago notar al Excmo. Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que el actor no ha dado cumplimiento de lo estrictamente estipulado en el Art. 693 del C.P.C vigente, de cuya consecuencia debe rechazar la medida solicitada”.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte Sentencia, rechazando la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Que a fojas 278 de autos, consta el A.I. N° 544, de fecha 07 de julio de 2014, del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que dice: “Declarar la competencia del Tribunal, para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar, Recibir la causa a prueba por todo el término de Ley”.

Que a fojas 308 vlto. de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 05 de noviembre del 2014, donde el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, llama Autos Para Sentencia.

Y el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, prosiguió diciendo: “Que, en fecha 30 de julio de 2013, se presenta ante este Tribunal el señor Richard Andrés Van Humbeeck Romei, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover demanda contencioso-administrativa contra la Comisión Nacional de Comunicaciones, según escrito obrante a fojas 177/183 de autos, manifestando entre otras cuestiones cuanto sigue: “Que, la resolución recurrida de la Conatel me fue notificada en mi domicilio en un oficio con la misma fecha de la resolución que fue diligenciada en mi domicilio en fecha 8 de julio de 2013, según se puede constatar en la copia que presento y que me fuera expedida por la Secretaría de la Conatel a mi pedido,

a fin de computar el término respectivo para reclamar este reclamo ante este Tribunal. Que, como se podrá apreciar en la copia de la resolución atacada no se hizo lugar a mi reclamo como titular de la línea telefónica N° 613.032 por presentación extemporánea ante esa instancia administrativa y en consecuencia se dispuso el pago del monto reclamado en la factura de Copaco S.A. antes citada por la suma de Gs. 99.990.838”.

Que, en fecha 24 de octubre de 2013, se presenta ante este Tribunal el abogado Roberto Espínola Delgado en representación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad al poder obrante en autos, a fin de contestar la presente demanda contencioso-administrativa y lo hace en los siguientes términos “Que, las resoluciones recurridas ante esta instancia, son aquella en las cuales la Conatel ha actuado en calidad de segunda instancia, basado en las disposiciones contenidas en el reglamento de quejas y reclamos, aprobado por el ente regulador, para mediar y resolver las reclamaciones de los usuarios afectados por disposiciones de los operadores de telecomunicaciones...”.

Que, en fecha 28 de octubre de 2013, se presenta ante este Tribunal el abogado Amado Gill Gavilán Rolón en nombre y representación de la firma Copaco S.A., solicitando intervención como tercero coadyuvante y contestando la presente demanda en los siguientes términos: “Que, desde el momento que el abonado no ha activado algún tipo de bloqueo a la línea usufructuada, la Copaco S.A. no es responsable de su utilización propia o realizada por terceros; y la obligación de pago por las llamadas de la naturaleza que fuera, corresponde al titular de la línea obviamente, art. 24 inc. d) y art. 25 de las disposiciones generales para la prestación de servicios de telecomunicaciones que dice: “El abonado es el responsable por el uso del servicio a los efectos de los pagos que puedan corresponder por el usufructo del mismo...”.

Que, entrando al análisis de la cuestión debatida por las partes en estos autos tenemos que el tema central refiere a la presunta sobrefacturación en la cuenta derivada del servicio telefónico prestado por la firma Copaco S.A. a la línea 021.613.032 perteneciente al señor Richard Andrés Van Humbeeck, la cual asciende a la friolera suma de GS. 99.990.838 (Noventa y nueve millones, novecientos noventa mil ochocientos treinta y ocho Guaraníes).

Que, el actor en su escrito de demanda manifiesta entre otras cosas, que la Copaco, al proceder a la liquidación de su cuenta incurrió en varios errores que terminaron en la exigencia del pago, por parte de la demandada de la exorbitante suma al actor de esta demanda.

Que, en ese sentido, cotejando los antecedentes administrativos y las instrumentales obrantes en autos podemos precisar que el actor ha arrimado al expediente copias autenticadas de sus extractos de cuenta telefónicas anteriores a la cuenta hoy en debate por medio de la resolución impugnada.

Que, a fs. 58/59 obran copias de las facturas anteriores a la factura en cuestión, y en las mismas se puede constatar, por ejemplo, que en el periodo comprendido entre el 16 de setiembre de 2011 y el 15 de octubre de 2011, la cuenta telefónica del actor de esta demanda ascendió a Gs. 63.382.

Que, en la siguiente factura obrante en autos correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de octubre de 2011 y el 15 de noviembre de 2011 la cuenta del actor ascendió a Gs. 91.505, y por último la factura correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2011 y el 15 de enero de 2012 la cuenta ascendió a la suma de Gs. 32.957.

Que, la Factura N° 1052311683, comprendida en el periodo que abarca entre el 16 de enero de 2012 y el 15 de febrero de 2012 objeto del debate en estos autos, el monto a pagar por el actor de esta demanda asciende a la escalofriante suma de Gs. 99.990.838, por haber supuestamente realizado 623 llamadas al exterior en un plazo de 11 días.

Que, esta magistratura es del criterio que resulta altamente improbable y poco razonable que un abonado, en los 3 meses anteriores haya abonado como máximo la suma de Gs. 91.505 y en el periodo comprendido entre 16 de enero de 2012 y el 15 de febrero de 2012, haya realizado 623 llamadas internacionales en un lapso de 11 días, a un costo de Gs. 99.990.838.

Que, la Conatel al momento de dictar la resolución impugnada, simplemente se limitó a expresar que la queja planteada por el actor, fue presentada fuera del plazo que tenía para hacerlo y procedió al rechazo de la misma.

Que, sabido es que el Estado debe constituirse en el principal garante del ejercicio y goce de los derechos de todos los ciudadanos y en este caso puntual, tanto la Copaco como la Conatel como representantes del Estado han hecho oídos sordos a los reclamos del actor de esta demanda, lo cual podría causarle un perjuicio económico irreparable, situación está que debe ser corregida por este cuerpo colegiado.

Que, esta situación agravante contra el patrimonio del usuario puede ser equiparada a una Lesión de Confianza a los legítimos derechos del accionante, por parte de las autoridades de aquel entonces, de las instituciones menciona-

das, teniendo en cuenta, que han pretendido proceder al cobro de una suma irracional e indebida, desprovista de toda justificación probatoria y sin tener en cuenta los antecedentes, reclamos y objeciones realizadas por el actor en sede administrativa, reforzada aún más esta postura basado en el hecho de que el Estado por medio de sus instituciones deben constituirse en garantes de los derechos de los ciudadanos, y principalmente velar por el fiel cumplimiento de las garantías previstas en nuestra Constitución en lo que respecta a los derechos del consumidor, no pudiendo obrar aquellas en detrimento de los legítimos intereses de un ciudadano, que al contratar los servicios de una institución estatal en este caso la Copaco, se encuentra depositando su confianza en esa institución, situación que debe ser honrada con la prestación del servicio en la forma y las condiciones mencionadas en el contrato de prestación de servicios suscripto por las partes al momento de iniciarse el vínculo comercial.

Que, al respecto nuestra Carta Magna en su artículo 38 dispone: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente a reclamar a las autoridades públicas, medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del habitat, de la salud pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo”.

Que, del artículo mencionado se desprende que cualquier ciudadano, al verse afectado en sus derechos, en este caso sus derechos como consumidor, puede solicitar a la intervención de las autoridades a fin de corregir este hecho, situación está que se encuadra al caso de marras, puesto que la Copaco no ha demostrado en ningún momento del juicio, la legitimidad de la cuenta que pretende cobrar al usuario, por lo que podría estar incurriendo en un Abuso de Poder sobre el administrado.

Que, por otra parte tanto la Conatel como la Copaco, en sus respectivos escritos de contestación de demanda, se han limitado a mencionar que una vez instalados los equipos telefónicos, ellos no se hacen responsables por el uso que se pueda dar a los mismos por parte del actor.

Que, en este punto cabe recalcar que resulta poco creíble y probable, que una persona, pueda haber realizado 623 llamadas internacionales en un lapso de 11 días, a un costo de Gs. 99.990. 838 como describe el extracto de llamadas obrante en autos, más aún cuando en los extractos anteriores figuran como montos a pagar sumas inferiores incluso a los Gs. 100 mil, además de que la

parte demandada en ningún momento del juicio ha podido demostrar la existencia de algún vínculo entre el actor de esta demanda, y los países a los cuales dice haberse realizado las llamadas de conformidad al extracto de llamadas obrante en autos.

Que, la resolución impugnada podría ocasionar un grave perjuicio al actor de esta demanda, situación esta, no concordante con los fines de las instituciones del Estado, por lo cual soy del parecer que la misma no fue dictada dentro del Principio de Legalidad que debe imperar en los actos administrativos.

Que, el principio de legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. el principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, como forma de garantizar que los organismos del estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El Principio de Legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. El equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado. El fundamento de este sistema de garantías es la realización de la justicia distributiva del bien común –libertad, igualdad, etc.– entre los particulares. La sujeción de la Administración a la Ley constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho. El nacimiento del Principio de Legalidad se debe al pensamiento revolucionario de 1789, que, al modificar la concepción del antiguo régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración Pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforman en una haz de derechos subjetivos públicos (Thomas Hutchinson, “Regimen de Procedimientos Administrativos”, Editorial Astrea, 2ª Edición actualizada, 1994).

Que, por lo expuesto precedentemente, esta magistratura es del criterio que esta demanda debe prosperar y se debe Hacer Lugar a la misma, debiendo revocarse la Resolución N° 64, de fecha 24/06/13 dictada por la Conatel, como también dejar sin efecto la factura N° 1052311683 emitida por la Copaco S.A. En

cuanto a las costas de conformidad al artículo 192 del C.P.C, las mismas deben ser impuestas a la perdidosa, en este caso la demandada. Es mi voto”.

A su turno los señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel y Gregorio Ramón Rolando Ojeda, manifiestan que se adhieren al voto del magistrado preopinante Dr. Mario Ygnacio Maidana Griffith, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

1) Hacer lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa planteada por el Sr. Richar Andrés Van Humbeeck, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado contra la Resolución N° 64 de fecha 24 de junio de 2013 dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones Conatel y, en consecuencia,

2) Revocar La Resolución N° 64 de fecha 24 de junio de 2013, dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), como también dejar sin efecto la factura N° 1052311683 emitida por La Copaco S.A.

3) Imponer Las Costas a la parte perdidosa.

4) Notificar, registrar y remitir copia a la Excelentísima. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados : Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Abog. Diego Mayor Gamel. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 68

Cuestión debatida: *Que la recurrente se agravia contra la Resolución dictada por el Servicio Nacional de Promoción Profesional (SNPP) que dio por terminas sus funciones como funcionaria de la citada institución, alegando la nulidad de la misma en razón de estar la misma bajo el amparo del art. 319 del Código del Trabajo.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad del funcionario público.

Que, si bien es cierto, no es de relevancia para esta magistratura, que la accionante en su momento fue una funcionaria contratada con una antigüedad de 5 años y 5 meses dentro de dicha institución, hasta antes de su nombramiento, y surge a prima facie, que la actora ha cumplido el requisito de seis meses como período de prueba, por lo tanto, según el cálculo primario nos da como 10 meses desde su nombramiento, el mismo ya adquirió el estatus como funcionaria de carrera, con estabilidad provisoria, detentando el derecho a no ser despedida de la Institución donde presta servicios sin las formalidades prescriptas en la Ley para ello, pues este derecho surge como una limitación al poder discrecional de la Administración de despedir al trabajador, unilateralmente y sin cumplir con los procedimientos establecidos en la norma. La doctrina aplicable, en relación al tema, sustenta la estabilidad a la que hacen mención los artículos citados precedentemente, y se refiere a la llamada protección contra el despido, la cual es una de las medidas adoptadas por la legislación para evitar el despido arbitrario de la funcionaria, por parte de la administración, precautelando de este de modo sus derechos como trabajador, constituyéndose en una garantía para la funcionaria y una limitación para el poder administrador. Caso contrario, se estaría siempre inseguro en su puesto laboral.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.. FUNCIONARIO PÚBLICO. Destitución del Funcionario Público. Sumario administrativo.

Que, el punto central de la cuestión radica en torno a la legalidad o no de la decisión adoptada a través de los actos administrativos, consiste en que un funcionario público no podrá ser despedido sin sumario administrativo previo, en el cual con la debida intervención del funcionario, se arribe a la conclusión de que el mismo ha sido encontrado con responsabilidad administrativa y le corresponda la sanción de despido o destitución del cargo, que establece el Art. 43 de La Ley 1626/200, que dispone: “..La destitución del funcionario público será dispuesta por la autoridad que lo designó y deberá estar precedida de fallo condenatorio recaído en el correspondiente sumario administrativo”.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Destitución del Funcionario Público. Sumario administrativo.

Que, entre las piezas procesales que integran estos autos, no hay alguna constancia de que la actora en esta demanda haya sido procesada a través de un sumario administrativo, con las formalidades establecidas en la antes citada norma, tampoco existe en estos autos, constancia alguna que indique que el actor haya sido sometido a evaluaciones y que en las mismas haya reprobado, conforme lo dispone el Art. 21 del antes citado cuerpo legal, que establece: “Los funcionarios públicos que resulten reprobados en dos exámenes consecutivos de evaluación serán desvinculados de la función pública, dentro de un plazo no mayor a treinta días”.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad.

Que, esta Magistratura concluye la cuestión, al observar que la actora, al someterse a un examen de admisión ha demostrado idoneidad para el ejercicio del cargo que ha accedido, según el informe de la psicóloga laboral, según lo establece nuestra Carta Magna, en su Art. 47, De las garantías de la igualdad, inciso 3): La igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y consecuentemente accediendo a la postura asumida por la autoridad administrativa se estaría violando las garantías constitucionales de Defensa en juicio, consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, al establecer que la defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable. La inviolabilidad de la defensa en juicio constituye una garantía fundamental para los ciudadanos pues sólo a través de ella se podrán ejercitar en el marco de un proceso todas las demás garantías que la Constitución establece. Como todas las garantías constitucionales, la defensa en juicio se erige como una limitación al poder del Estado, en tanto su objeto es proteger al individuo sometido a una persecución de la cual se podría derivarse cualquier tipo de sanción, previendo un eventual uso arbitrario de esa facultad estatal. En un Estado de Derecho, la garantía del Debido Proceso, Es de observación imperativa.

FUNCIÓN PÚBLICA. Ley aplicable a la Función Pública.

Que, es oportuno mencionar la Resolución N° 50/2008, dictada por la Secretaría de la Función Pública, “Que establece el Reglamento General del Sistema

de Selección para el Ingreso y Promoción en la Función Pública, en cargos permanentes, mediante la realización de concursos públicos de oposición, de conformidad a los artículos 15 y 35 de la Ley N° 1626/2000, De la Función Pública”, que en Art. 12, establece: “Permanencia del funcionario público en el plantel de la carrera administrativa. Quien ocupe un cargo público mediante un concurso público de oposición para su ingreso o quien mediante un concurso de oposición hubiera sido promocionado a otro cargo, pasará a integrar el plantel de funcionarios de la Carrera del Servicio Civil, sujeto al período de prueba de seis (6) meses establecido en el artículo 18 de la Ley N° 1626/200 “De la Función Pública” y sujeto a las evaluaciones periódicas. Su desarrollo o crecimiento en el Sistema de la Carrera podrá realizarse en forma horizontal o vertical según el escalafón administrativo o sistema de clasificación de cargos vigente.

T. de Ctas., Segunda Sala, 06/03/2015 “LISA MARTÍNEZ CONTRA RESOLUCIÓN N° 083 de fecha 20 DE ENERO DE 2014 dictada por SERVICIO NACIONAL DE PROMOCIÓN PROFESIONAL (SNNP) (Ac. y Sent. N° 68).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, dijo: Que, en fecha 14 de febrero del 2014 (fojas 135/146 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Juan Roberto Ingles, en representación de la Abog. Lisa Margarita Martínez González, a promover demanda Contencioso-Administrativa, contra la Resolución N° 083, de fecha 20 de enero de 2014, dictada por el Servicio Nacional de Promoción Profesional (SNPP). Funda la Demanda en los siguientes términos: “Hechos. Que, en fecha 21 de enero de 2014, mi poderdante ha sido notificada de La Resolución N° 083/2014 de fecha 20 de enero de 2014, “por la cual se dan por terminadas funciones y relación jurídica en el Servicio Nacional de Promoción Profesional de la abogada Lisa M. Martinez Gonzalez”, dictado por el Servicio Nacional de Promoción Profesional, el cual viola todos los principios constitucio-

nales, de igualdad, no discriminación y estabilidad en el empleo. Que, la Resolución utiliza como fundamento lo siguiente, “la citada funcionaria cuenta con menos de dos años de antigüedad, en consecuencia no está amparada con la estabilidad. En segundo lugar, no existe consecuencia de haberse realizado los exámenes o concurso público de oposición y mucho menos existe constancia alguna de que la Secretaría de la Función Pública haya emitido Resolución sobre el mismo. En tercer lugar la misma cuenta con las características particulares, tomando en consideración de que fue nombrada como Asesora Jurídica, que es considerado como un cargo de confianza, pudiendo disponerse libremente del cargo”. Que contra la misma se ha planteado el correspondiente Recurso de Reconsideración, el cual se adjunta a la presente demanda, sin que hasta la fecha haya sido contestada por lo que conforme a la legislación vigente, habiendo transcurrido el plazo, se considera denegado el recurso. Que, los fundamentos esgrimidos por la Resolución no se ajustan a la verdad y la legalidad, ya que mi poderdante ha sido contratada en fecha 18 de agosto de 2000 al 31 de agosto de 2008, como Asesora Jurídica Externa, percibiendo la suma de guaraníes 1.161.329 de 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2008, con una remuneración de Gs. 2.680.000, como personal técnico. Del 2 de enero al 31 de enero de 2009, con una remuneración de 2.680.000 Gs. Como Personal Técnico del 2 de febrero al 30 de junio de 2009 con una remuneración de 2.680.000 Gs. Como Personal Técnico, del 1 de julio al 31 de agosto de 2009, con una remuneración de 2.680.000 Gs. Como Personal Técnico, del 1 de julio al 31 de octubre de 2009. Como Personal Técnico, con una remuneración de 2.680.000 Gs. Del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2009, como Asesor Jurídico con una remuneración de Gs. 4.000.000. Del 1 de enero al 31 de enero de 2010, como Asesor Jurídico, con una remuneración de Gs. 4.000.0000. Del 1 de febrero hasta el 31 de diciembre del 2010, como Asesor Jurídico, con una remuneración de Gs. 4.000.0000. Del 1 de febrero hasta el 31 de diciembre del 2010, como Asesor Jurídico, con una remuneración de Gs. 4.000.0000. Del 1 de enero hasta el 31 de enero del 2011, como Asesor Jurídico, con una remuneración de Gs. 4.000.0000. Del 1 de febrero hasta el 31 de diciembre del 2011, como Asesor Jurídico, con una remuneración de Gs. 4.000.0000. Del 1 de enero hasta el 31 de diciembre del 2012, como Jefa de Asuntos Externos, con una Remuneración de Gs. 4.000.0000. Que, por Resolución N° 165/2013 de fecha 08 de marzo de 2013, se me nombra para ocupar el cargo de Jefa Del Departamento de Asuntos Externos. Que, conforme consta en

el Considerando de la citada Resolución, no se requerirá autorización de Eeen y del Mh para el nombramiento de nuevo personal en los cargos presupuestados de Ministro, Viceministros, Directores, Coordinadores, hasta el nivel de jefes de Departamentos y equivalentes en los Oee, así como para los cargos previstos para el duncionamiento...”. Que ,fue nombrada conforme necesidad, de nombrar funcionario en el Departamento de Asuntos Externos dependiente de la Dirección de Asesoría Jurídica del SNPP, para un mejor cumplimiento de los fines previstos en la ley de creación y que corresponde instaurar una política que propicie el establecimiento de determinados estándares básicos de trabajo decente y no discriminación laboral en la función pública, a favor del personal contratado, que presta servicio en relación de dependencia....”. Que, como podrá apreciar, mi representada cuenta con 5 (cinco) años y 5 (cinco) meses, de servicio ininterrumpido y continuo, ocupando a lo largo de estos años distintos cargos y rubros, interinando distintas reparticiones de la Institución, sin que jamás haya sido asignada como directora de ninguna área, ni asumido ningún cargo de los establecidos taxativamente en la Ley 1.626/00 “De la función pública” como cargo de confianza y libre disposición. Que, a pesar de haberse otorgado su comisionamiento a la Cámara de Diputados, esta fue revocada por la nueva Administración sin ningún fundamento, para dejarla sin funciones en un lugar aislado. Que, la misma fue electa secretaria general adjunta del Sindicato de Trabajadores del Servicio Nacional de Promoción Profesional, y este status, ni siquiera ha sido considerada por las autoridades de la institución demandada, ya que la han comisionado a prestar servicios en la Regional SNPP de la ciudad de Villa Elisa, sin que se me asigne ningún tipo de funciones, siendo todo el tiempo marginada por la directora de la citada regional. Que a pesar de haber realizado los mínimos trabajos que le asignaron usando sus propios recursos, como su teléfono personal, ha tenido que encargarse hasta de la limpieza de la institución por falta de personal, ya que todo el que fuera del Partido Liberal Radical Auténtico ha sido desvinculado, y para el efecto tuvo que comprar escoba, escurridor, y productos de limpieza de su propio recurso, ya que en el lugar no contaban ni con el mínimo de implementos, ni personal de limpieza y seguridad, ni línea baja, denotándose la total ineptitud e incapacidad de la autoridad encargada. Que, fue desvinculada por Resolución N° 083/2014 de fecha 20 de enero de 2014, “Por la cual se dan por terminadas funciones y relación jurídica en el Servicio Nacional de Promoción Profesional de la abogada Lisa M. Martí-

nez González”, dictado por el Servicio Nacional de Promoción Profesional. Que, la Resolución recurrida debe ser declarada nula, y ordenarse el reintegro inmediato de la funcionaria Lisa Martínez González por así corresponder en Derecho. Medida Cautelar de Reintegro. Persecución Sindical - Estabilidad Sindical: Que, el Código del Trabajo en su artículo 319 establece que gozan de estabilidad sindical los gestores y organizadores de Sindicato, Federación o Confederación desde treinta días antes de la Asamblea y hasta seis meses después. Los dirigentes indicados libremente por los asociados del Sindicato en el Acto de Asamblea. hasta seis meses después de terminado el mandato. Art. 320. En caso de demanda sobre violación de la estabilidad sindical, el juez ordenará como medida cautelar la reposición inmediata del dirigente en su lugar de trabajo anterior, o el restablecimiento de las condiciones modificadas en el plazo de cuarenta y ocho horas. Que, conforme copia adjunta de la Resolución respectiva, fue electa a ocupar el cargo de Secretaria General Adjunta por la Asamblea, por lo tanto, goza de la estabilidad sindical prevista en la citada legislación, sin entrar a mencionar que el plazo de seis meses desde que se dictó la Resolución definitiva de reconocimiento del sindicato, no ha fenecido y aun así la han desvinculado, siendo el SNPP un organismo dependiente del Ministerio del Trabajo encargada de velar por el cumplimiento de las leyes laborales de los paraguayos, sin embargo, viola estos derechos y persigue a sindicalistas y todo aquel que no comparta las banderías políticas del administrador de turno. Que, no existe argumento válido para este tipo de prácticas, dejando en descubierto una evidente persecución sindical y discriminación por ideologías políticas, considerando que pertenezco a otro partido diferente al gobierno actual. Pruebas: Informes: Solicito como prueba, se remita oficio al Ministerio del Trabajo y a fin de que remitan todos los antecedentes de la formatean y reconocimiento provisorio y definitivo del Sindicato de Trabajadores del Servicio Nacional de Promoción Profesional. Servicio Nacional de promoción Profesional: A fin de que informen sobre la comunicación realizada en fecha 24 de junio de 2013, sobre comunicación de constitución de Sindicato. Absolución de posiciones: Del ministro del Trabajo, y director interino del SNPP, Sr. Guillermo Sosa, de conformidad a lo establecido en el Código Procesal Civil. Como VV.SS. podrán observar, mi representada ha ingresado en forma de contratada y realizado una carrera administrativa dentro de la institución y adquirido la estabilidad definitiva en el empleo y al respecto la Ley vigente reza cuanto sigue: Art. 18 de la Ley N° 1.626/00: El

nombramiento de un funcionario tendrá carácter provisorio durante un periodo de seis meses, considerándose este como un plazo de prueba. Durante dicho periodo cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación jurídica sin indemnización ni preaviso alguno. Art. 19 de la Ley N° 1.626/00: Cumplido el periodo de prueba sin que las partes hayan hecho uso de la facultad establecida en el Art. Anterior, el funcionario adquirirá estabilidad provisorio hasta el cumplimiento del plazo previsto en el Capítulo VII de esta Ley. Art. 47 de la Ley 1626/00 dispone: Se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicios en la función pública y el Art. 7° de la Ley 213/93 expone lo siguiente: “Si se suscitase duda sobre interpretación o aplicación de las normas de trabajo, prevalecerán las que sean mas favorables al trabajador”. Nulidad de la Resolución. Inaplicabilidad del Fundamento de Desvinculación. Estabilidad y Carrera Administrativa de la funcionaria. Como Verán V.V.E.E., lo absurdo del fundamento por el cual destituyen a mi representada, hasta el punto de poner en duda la propia capacidad del dictaminante en sus conocimientos jurídicos. Tenemos que el único fundamento de la destitución de mi poderdante es la nulidad del acto jurídico de nombramiento por no haber realizado el concurso público de oposición. Y por ser supuestamente funcionaria de cargo de confianza, ahora bien veamos que dice al respecto la legislación: Art. 15 de la Ley N° 1.626/00 expresa: El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso público de oposición. Se entenderá por concurso público de oposición, el conjunto de procedimientos técnicos, que se basará en un sistema de ponderación y evaluación de informes certificados, antecedentes, cursos de capacitación y exámenes, destinados a medir los conocimientos, experiencias e idoneidad, del candidato, expresándolos en valores cuantificables, y comparables conforme al reglamento general que será preparado por la Secretaria de la Función Pública y aprobado por decreto del Poder Ejecutivo. Que la reglamentación JAMÁS ha sido aprobada por ningún decreto del Poder Ejecutivo, porque la citada carece de validez. Pero aún estando vigente la resolución de reglamentación no requería realizar un concurso público, ya que fue designada jefa del Departamento de Asuntos Externos, y este cargo tampoco constituye un cargo de confianza, conforme al Art. 8° de la Ley de la Función Pública, por lo que la Abog. Lisa Martínez debe ser inmediatamente repuesta a su lugar de trabajo y declarar nula la Resolución recurrida”.

Termina ofreciendo sus pruebas y realizando el petitorio en concordancia con los términos de su demanda, solicitando que cumplidos con los trámites correspondientes se haga lugar a la presente demanda con costas.

Que en fecha 7 de abril del 2014 (fojas 347/349 de autos), se presenta ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, la Abog. Lisa Margarita Martínez González, abogada por causa propia y sin revocar mandato al Abog. Roberto Ingles, a ampliar demanda Contencioso-Administrativa, contra el Servicio Nacional de Promoción Profesional (SNPP), con motivo de la Resolución N° 083, de fecha 20 de enero de 2014. Funda la ampliación en los siguientes términos: “Que, en tiempo y forma vengo a ampliar demanda promovida contra el Servicio Nacional de Promoción Profesional y agregar prueba instrumental, basado en las siguientes consideraciones. Que, vengo a agregar constancia de reconocimiento definitivo del Sindicato de Trabajadores del Servicio Nacional de promoción Profesional firmado por el entonces Viceministro del Trabajo, Abog. Carlos Vera Quiñónez, expedida en fecha 05 de agosto de 2013, con vigencia de fecha 24 de junio de 2014, y del que soy miembro con cargo de Secretaria General Adjunta, como así también, comunicación de la estabilidad a la patronal, y Acta de Asamblea Constitutiva autenticados. Que, se ha comunicado mi estabilidad sindical a la patronal en tiempo y forma establecidos en el Código del Trabajo, conforme constancia adjunta a esta presentación, en fecha 24 de junio de 2013, a la entonces Secretaria General del SNPP, Lic. Lida Coronel de Duré. Que, desde el reconocimiento provisorio dictado por Resolución N° 26 de fecha 24 de junio de 2013, convertida en definitiva según constancia de fecha 05 de agosto de 2013, y habiendo la Asamblea General Constitutiva conferido fuero sindical a todos los miembros de la Comisión Directiva electa; y que el Art. 22 del Estatuto Social establece que: de la comisión directiva. será elegida en asamblea general ordinaria y durarán en sus funciones (4) años, pudiendo ser reelectos y que, el Código del Trabajo en su artículo 319, establece que: gozan de estabilidad sindical los gestores y organizadores de Sindicato, Federación o Confederación desde treinta días antes de la Asamblea y hasta seis meses después. Los dirigentes indicados libremente por los asociados del Sindicato en el Acto de Asamblea, hasta seis meses después de terminado el mandato. Art. 320: En caso de demanda sobre violación de la estabilidad sindical, el juez ordenará como medida cautelar la reposición inmediata del dirigente en su lugar de trabajo anterior, o el restablecimiento de las condiciones modificadas en el plazo de cuarenta y

ocho horas. Conforme los antecedentes expuestos: “La Resolución de destitución es nula y corresponde mi inmediata reposición al cargo que ocupaba en el Servicio Nacional de Promoción Profesional. Asimismo, vengo a agregar prueba instrumental fotográfica, a fin de avalar mis manifestaciones, de persecución política y sindical, con las cuales demuestro que la administración del Sr. Guillermo Sosa, despojó de sus cargos a más de veinte funcionarios, todos liberales, y algunos miembros del Sindicato de Trabajadores del Servicio Nacional de Promoción Profesional, como es mi caso, para colocarlos en el freezer como vulgarmente se refiere, a dejar sin funciones ni lugar para desempeñarse a funcionarios quienes venían ejerciendo una actividad laboral y que por diferencias ideológicas son despojados de su trabajo a fin de lograr la total aflicción, desesperación y humillación del trabajador (moobing). Nos tenían encerrados en una oficina totalmente vacía, sin ningún tipo de funciones, sin fundamento alguno, atentando contra todos los derechos humanos y laborales establecidos en la Constitución Nacional y leyes ratificadoras de Convenios Internacionales reconocidos por el Paraguay”.

Termina solicitando, que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Posteriormente, en fecha 12 de junio del 2014, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Renato Javier Angulo Aponte, en representación del Servicio Nacional de Promoción Profesional (SNPP), a contestar la presente demanda contencioso-administrativo. Funda la contestación en los siguientes términos: “La Resolución Recurrída. La Resolución SNPP N° 083/14, da por terminadas las funciones y la relación jurídica entre el Servicio Nacional de Promoción Profesional y la Abog. Lisa Margarita Martínez González y revoca la Resolución SNPP N° 165/13 de fecha 8 de marzo de 2013, donde establece en el art. 1°: “Nombrar a la Abog. Lisa Margarita Martínez González, como jefa del Departamento de Asuntos Externos, dependiente de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Servicio Nacional de Promoción Profesional (SNPP) en la categoría BB5, Director, con antigüedad al 1 de marzo de 2013, a partir de la fecha de la presente resolución”. La terminación del contrato se dio por los siguientes argumentos: “la citada funcionaria, cuenta con menos de dos años de antigüedad, en consecuencia no está amparada con la estabilidad. (...) no existen constancias de haberse realizado los exámenes o concurso público de oposición y

mucho menos existe constancia alguna de que la secretaria de la función pública haya emitido resolución alguna sobre el mismo. (...) tomando en consideración de que fue nombrada como asesora jurídica, que es considerado como un cargo de confianza, pudiendo disponerse libremente del cargo”. la demanda la actora sostiene cuanto sigue: “que, como podrá apreciar, mi representada cuenta con 5 (cinco) años y 5 (cinco) meses, de servicio ininterrumpido y continuo, ocupando a lo largo de estos años distintos cargos y rubros, interinando distintas reparaciones de la institución, sin que jamás haya sido asignada como directora de ninguna área, ni asumido ningún cargo de los establecidos taxativamente en la Ley 1.626/00 “De la función pública” como cargo de confianza y libre disposición” contestación de la demanda la demandante objeta tres puntos de la resolución: a) la citada funcionaria cuenta con menos de dos años de antigüedad, en consecuencia no esta amparada con la estabilidad; b) no ha existido concurso publico de oposición, y; c) el cargo es de confianza. para la contestación de la demanda analizaremos cada uno de los puntos. el funcionario contratado en la funcion pública no es funcionario público conforme la Ley 1626/00, el primer argumento de la demandada es que cuenta con la antigüedad suficiente para alcanzar la estabilidad, y para tal efecto luego de describe diversas relaciones con la institución desde agosto de 2008, y la misma alega que cuenta con más de cinco años ininterrumpidos de servicios, ocupando (según ella) distintos cargos y rubros, interinando distintas reparticiones, sin que jamás haya sido designada como directora de ninguna área. en otros términos, la recurrente pretende que ha acumulado antigüedad suficiente, y que además está amparada con la estabilidad superior a los dos años, como funcionaria pública. Cabe, sin embargo, advertir que desde el año 2008 hasta su nombramiento como jefa del Departamento de Asuntos Externos (1 de marzo de 2013) la recurrente tenía el carácter de “contratada” y solo a partir de dicha fecha, es nombrada con el estatus de “funcionaria pública”, conforme reza el Artículo 5° de la Ley de la Función Publica que dice en su parte pertinente : “Es personal contratado la persona que en virtud de un contrato y por tiempo determinado ejecuta una obra o presta servicio al Estado. Sus relaciones jurídicas se regaran por el Código Civil, el contrato respectivo, y las demás normas que regulen la materia”. Si uno recurre a las normas de la Ley de la Función Pública (Art. 20) advertirá que existen tres categorías de trabajadores del Estado. El funcionario público nombrado para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en

el Presupuesto General de la Nación, que rige por dicha Ley; el personal contratado que por tiempo determinado ejecuta una obra o presta un servicio para el Estado, que rige por el Código Civil y el personal de servicio auxiliar que se rige por el Código del Trabajo. Por lo tanto queda claro que el contratado no es un Funcionario Público, conforme lo establece la misma Ley. Y en el caso en estudio, primero la recurrente tuvo el estatus de personal contratado” y solo luego es nombrada como funcionaria pública. En consecuencia no es procedente la generación de antigüedad sobre la base de la categoría legal personal contratado” y acumularla a la antigüedad por el solo hecho de nombramiento posterior como funcionaria pública. En apoyo de esta tesis cito el Acuerdo y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Penal, en los autos V. M. D. c. Resolución N° 133/2000 (IM), dictada por el Intendente Municipal de Ciudad del Este, N° 987 de fecha 25 de junio de 2003 (publicado en La Ley Paraguay 2003, pág. 708), resolviendo sobre la pretensión del actor, que fue contratado por un Intendente como Asesor por el plazo de 6 meses. Con posterioridad la Junta Municipal lo nombro Asesor y una vez finalizada la contratación siguió desempeñándose en el cargo. Se dio por finalizadas sus funciones. Frente a dicha decisión interpuso demanda contenciosa administrativa. La Corte considero que: 1) El trabajador contratado no tiene el status legal del que están investidos los funcionarios permanentes, debido al acto administrativa de su nombramiento, por lo que no puede reclamar una finalizado el contrato, sino lo específicamente establecido en el mismo. 2) El derecho al cargo, no es aplicable al trabajador contratado, quien al no conformar el cuadro permanente de la función pública, tampoco integra la carrera administrativa y no adquiere la estabilidad ipso facto. 3) Es admisible el recurso ordinario de apelación contra la sentencia que revocó la Resolución municipal que dio por finalizada la función del actor en el cargo de asesor contratado, toda vez que en el derecho publico no se puede invocar la posesión del estado –aplicable en el ámbito privado–, de manera que cada funcionario debe ser nombrado por decreto o resolución para un cargo previamente presupuestado. Queda claro pues que el hecho de ser contratado como asesor (caso análogo al analizado) no puede equipararse ni subsumirse en la otra categoría legal (funcionario público) y por tanto no es admisible acumular antigüedades (el contratado de derecho no la tiene) por haber prestado servicios según uno u otro estatus. Por consiguiente, queda claro que, desde su nombramiento por Resolución SNPP N° 165/13 de fecha 8 de

marzo de 2013, hasta el 20 de enero de 2014, la misma no ha adquirido la estabilidad dispuesta en art. 47 de la Ley 1.626/00, la recurrente ocupó un cargo de confianza y es de libre disposición por parte de la máxima autoridad. Con respecto a su segundo argumento que la misma no ocupaba un cargo de confianza debemos destacar que en materia relativa a los “cargos de confianza”, la misma se encuentra regulada en la Ley 1626/00 de la Función Pública, y específicamente con relación a la consulta en el Art. 8° de dicho cuerpo de normas, que dispone en particular: “Artículo 8°. Son cargos de confianza y, sujetos a libre disposición, los ejercidos por las siguientes personas: (...), los directores; los jefes de departamentos, (...). Esta enumeración es taxativa. Quienes ocupen tales cargos podrán ser removidos por disposición de quien esté facultado para el efecto por la Ley o, en ausencia de este, por la máxima autoridad del organismo o entidad respectivo del Estado. La remoción de estos cargos, aun por causas no imputables al funcionario, no conlleva los efectos económicos del despido. Los funcionarios que hayan sido promovidos a ocupar estos cargos conservan los derechos adquiridos con anterioridad al respectivo nombramiento. la demandada sostiene, como lo copio taxativamente de sus escrito de demanda que: “(...) ocupando a lo largo de estos años distintos cargos y rubros, interinando distinta reparticiones de la institución, sin que jamás haya sido asignada como directora de ninguna área, ni asumido ningún cargo de los establecidos taxativamente en la Ley 1.626/00 “de la función pública” como cargo de confianza”. sin embargo a contrario de lo señalado acompaña como prueba la resolución snpp N° 165/13 de fecha 8 de marzo de 2013, donde establece en el art. 1°. “nombrar a la abog. lisa margarita martínez gonzález, como jefa del departamento de asuntos externos, dependiente de la dirección de asuntos jurídicos del Servicio Nacional de Promoción Profesional (SNPP) en la categoría BB5, director, con antigüedad al 1 de marzo de 2013, a partir de la fecha de la presente resolución. es bastante interesante la resolución, la cual señala que la hoy demandante ocupaba el cargo de jefa de departamento y directora, ambos cargos según la 1626/00 de confianza, y es bastante sorprendente que la actora señale que jamás haya sido asignada como directora de ningún área, desconociendo arbitrariamente una resolución por la cual se le nombraba directamente en el cargo. no existió concurso público para el ingreso a la función pública como establece la Ley con respecto al tercer argumento esgrimido en la resolución impugnada, B) No ha Existido concurso público de oposición. Veamos que establece la Ley sobre el concurso público de

oposición. Señala la Ley 1626/00 en su Artículo 15: “El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso público de oposición. Se entenderá por concurso público de oposición, el conjunto de procedimientos técnicos, que se basara en un sistema de ponderación y evaluación de informes, certificados, antecedentes, cursos de capacitación y exámenes, destinados a medir los conocimientos, experiencias e idoneidad del candidato, expresándolos en valores cuantificables y comparables, conforme al reglamento general que será preparado por la Secretaria de la Función Pública y aprobado por decreto del Poder Ejecutivo”. La misma sostiene que al no ser un cargo de confianza y no estando reglamentada el Reglamento General preparado por la Función Pública, la misma no debe pasar por el concurso publico de oposición. Primeramente señalamos que la falta de reglamentación de una Ley no exime a ninguna persona de su cumplimiento, en segunda instancia señalamos que todos los funcionarios públicos deben pasar por el concurso publico de oposición, la misma es una cuestión establecida por Ley, la misma nunca fue declarada constitucional y por tanto, esta vigente. Señala el citado cuerpo legal en su Artículo 17: “El acto jurídico por el que se dispuso el ingreso a la función pública en trasgresión a la presente Ley o sus reglamentos será nulo, cualquiera sea el tiempo transcurrido. Los actos del afectado serán anulables, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera corresponder a los responsables del nombramiento. La responsabilidad civil de los funcionarios, contratados y auxiliares, será siempre personal y anterior a la del Estado, que responderá subsidiariamente.” La nulidad es la sanción que da la Ley a los actos que incumplen los requisitos de validez, dejando sin efectos jurídicos a dicho acto. El cumplimiento de la Ley no es optativo, y su incumplimiento lleva acarreadas las sanciones correspondientes en ellas misma. Por consiguiente, ningún funcionario puede acceder a cargos en la función pública sin pasar por el concurso de oposición correspondiente. Concluyendo: La resolución SNPP N° 083/14 de fecha 20 de enero del 2014 se encuentra vigente y fue dictada en base a la legislación actual que rige la materia por lo tanto goza de una presunción de legalidad, y al respecto el jurista y profesor, Salvador Villagra Maffiodo menciona en su libro “Principios de Derecho Administrativo” en su Capítulo III, Actos Jurídicos Administrativos, pág. 59 punto 4. Condiciones de regularidad y validez: “El acto administrativo es regular y, por consiguiente, válido, si se conforma con las normas reglamentarias, legales y constitucionales”. La recu-

rrente no cuenta con la estabilidad laboral, pues de conformidad con el Artículo 47 de la Ley 1.626/00 de la Función Pública, el cual reza: “Se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública”. Teniendo una antigüedad menor a la de un año, cuando fue declarada terminada su relación laboral con el Servicio Nacional de promoción Profesional. Considerando que la misma fue nombrada en un cargo de confianza conforme lo establece la Resolución SNPP N° 165/13 de fecha 8 de marzo de 2013, conforme lo establece el Artículo 8° de la Ley 1626/00. La actora Lisa Martínez fue destituida legalmente de su cargo, según se pudo señalar en el exordio de la presente Resolución. La misma no tenía la antigüedad suficiente para tener la estabilidad laboral del funcionario, ocupaba un cargo de confianza y el mismo es de libre disposición, por parte de la máxima autoridad administrativa; y además no realizó el concurso público de oposición para el ingreso a la función pública, el cual es obligatorio por Ley y requisito sine qua nom para acceder a la función pública. Por lo tanto, y conforme a lo expuesto, la Resolución SNPP N° 083/14 de fecha 20 de enero del 2014, se ajusta a Derecho en concordancia con la legislación vigente por lo que corresponde rechazar con costas, la presente demanda”.

Terminan solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Que a fojas 362 de autos, consta el A.I. N° 570, de fecha 08 de julio de 2014, del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que dice: “Declarar la competencia del Tribunal, para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar, Recibir la causa a prueba por todo el término de Ley”.

Que a fojas 426 Vlto. de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 13 de noviembre del 2014, donde el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, llama Autos para Sentencia.

Y el Señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, prosiguió diciendo: “Que en nombre y representación, bajo el testimonio de poder general se presenta el abogado Juan Roberto Ingles, con cargo que en su presentación ante la Secretaría de este Tribunal luce fecha 14 de febrero de 2014, a plantear demanda contencioso-administrativa contra la Resolución N° 083, de fecha 20 de enero de 2014, dictada por el Servicio Nacional

de Promoción Profesional (SNPP) (a fs. 9 de autos), alegando el recurrente que fue afectado por dicha resolución en el que se resuelve dar por terminadas las funciones como funcionario de la citada institución.

Que, en cuanto a la presentación de la demanda contenciosa administrativa (a fs. 135/146 de autos) la misma dice entre otras cosas cuanto sigue: "...que, fue nombrada conforme necesidad, de nombrar funcionario en el departamento de asuntos externos dependiente de la dirección de asesoría jurídica del snpp, para un mejor cumplimiento de los fines previstos en la Ley de creación y que corresponde instaurar una política que propicie el establecimiento de determinados estándares básicos de trabajo decente y no discriminación laboral en la función pública, a favor del personal contratado, que presta servicio en relación de dependencia" (sic).

Que, el abogado Renato Javier Angulo Aponte, en representación del Servicio Nacional de Promoción Profesional a través de poder general, contestó la presente demanda (a fs. 355/360 de autos) en los términos siguientes: "...Queda claro pues el hecho de ser contratado como asesor (caso análogo al analizado) no puede equipararse ni subsumirse en la otra categoría legal (funcionario público) y por tanto no es admisible acumular antigüedades (el contratado de derecho no la tiene) por haber prestado servicios según uno u otros estatus. Por consiguiente queda claro que, desde su nombramiento por Resolución SNPP N° 165/13, de fecha 8 de marzo de 2013, hasta el 20 de Enero de 2014, la misma no ha adquirido la estabilidad dispuesta en art. 47 de la Ley 1626/00". (SIC).

Que, el análisis que debe realizar el Tribunal se circunscribe a la comprobación de la legalidad en el ejercicio de las facultades regladas del órgano emisor del acto administrativo, y respecto a las facultades discrecionales, como los que se deben disponer, este Tribunal, al análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de la misma.

Que, la Resolución N° 083, de fecha 21 de enero de 2014, dictada por el Servicio Nacional de Promoción Profesional, "por el cual se dan por terminadas las funciones de la funcionaria Lisa Margarita Martínez González, quien cumplía funciones de jefa de Departamento de Asuntos Externos, dependiente de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Servicio Nacional de Promoción Profesional (SNPP)", impugnada por la actora, estudia en primer término la presentación realizada por el ente estatal (SNPP), a través de la cual solicita se den por terminadas las funciones de funcionarios con antigüedad menor a dos (2) años,

que prestan servicios en diferentes dependencias de la citada Secretaría de Estado, y cita el artículo 19 de la Ley n° 1626/200 “De la función pública”; básicamente citando una antigüedad desde el 01 de marzo de 2013, que pueda ser removido sin sumario administrativo.

Que, el actor de esta demanda se agravia por lo resuelto en la Resolución N° 083, de fecha 21 de enero de 2014, ya que el citado acto administrativo dispuso dar por terminadas sus funciones, como funcionario del Servicio Nacional de Promoción Profesional, sin que previamente haya mediado sumario administrativo alguno, tal como lo establece la Ley 1626 “de la Función Pública”, que es el marco legal aplicable. A ese respecto, la Ley 1626/2000, en su Art. 18, dispone: “El nombramiento de un funcionario tendrá carácter provisorio durante un período de seis meses, considerándose éste como un plazo de prueba. Durante dicho período cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación jurídica sin indemnización ni preaviso alguno...”. Asimismo, el Art. 19 del mismo cuerpo legal, establece: “Cumplido el período de prueba sin que las partes hayan hecho uso de la facultad establecida en el artículo anterior, el funcionario adquirirá estabilidad provisorio hasta el cumplimiento del plazo previsto en el Capítulo VII de ésta Ley”.

Que, si bien es cierto, no es de relevancia para esta magistratura, que la accionante en su momento fue una funcionaria contratada con una antigüedad de 5 años y 5 meses dentro de dicha institución, hasta antes de su nombramiento, y surge a prima facie, que la actora ha cumplido el requisito de seis meses como período de prueba, por lo tanto, según el cálculo primario nos da como 10 meses desde su nombramiento, el mismo ya adquirió el estatus como funcionaria de carrera, con estabilidad provisorio, detentando el derecho a no ser despedida de la institución donde presta servicios sin las formalidades prescriptas en la Ley para ello, pues este derecho surge como una limitación al poder discrecional de la Administración de despedir al trabajador, unilateralmente y sin cumplir con los procedimientos establecidos en la norma. La doctrina aplicable, en relación al tema, sustenta la estabilidad a la que hacen mención los artículos citados precedentemente, y se refiere a la llamada protección contra el despido, la cual es una de las medidas adoptadas por la legislación para evitar el despido arbitrario de la funcionaria, por parte de la administración, precautelando de este modo sus derechos como trabajador, constituyéndose en una garantía para la funcionaria y una limitación para el poder administrador. Caso contrario, se estaría siempre inseguro en su puesto laboral.

Que, el punto central de la cuestión radica en torno a la legalidad o no de la decisión adoptada a través de los actos administrativos, consiste en que un funcionario público no podrá ser despedido sin sumario administrativo previo, en el cual con la debida intervención del funcionario, se arribe a la conclusión de que el mismo ha sido encontrado con responsabilidad administrativa y le corresponda la sanción de despido o destitución del cargo, que establece El Art. 43 de La Ley 1626/200, que dispone: “..La destitución del funcionario público será dispuesta por la autoridad que lo designó y deberá estar precedida de fallo condenatorio recaído en el correspondiente sumario administrativo”.

Que, entre las piezas procesales que integran estos autos, no hay alguna constancia de que la actora en esta demanda haya sido procesada a través de un sumario administrativo, con las formalidades establecidas en la antes citada norma, tampoco existe en estos autos, constancia alguna que indique que el actor haya sido sometido a evaluaciones y que en las mismas haya reprobado, conforme lo dispone el Art. 21 del antes citado cuerpo legal, que establece: “Los funcionarios públicos que resulten reprobados en dos exámenes consecutivos de evaluación serán desvinculados de la función pública, dentro de un plazo no mayor a treinta días”.

Que, es oportuno mencionar la Resolución N° 50/2008, dictada por la Secretaría de la Función Pública, “Que establece el Reglamento General del Sistema de Selección para el Ingreso y Promoción en la función pública, en cargos permanentes, mediante la realización de concursos públicos de oposición, de conformidad a los artículos 15 y 35 de la Ley N° 1626/2000. de la función Pública”, que en Art. 12, establece: “Permanencia del funcionario público en el plantel de la carrera administrativa. Quien ocupe un cargo público mediante un concurso público de oposición para su ingreso o quien mediante un concurso de oposición hubiera sido promocionado a otro cargo, pasará a integrar el plantel de funcionarios de la Carrera del Servicio Civil, sujeto al período de prueba de seis (6) meses establecido en el artículo 18 de la Ley N° 1626/200 “De la Función Pública” y sujeto a las evaluaciones periódicas. Su desarrollo o crecimiento en el Sistema de la Carrera podrá realizarse en forma horizontal o vertical según el escalafón administrativo o sistema de clasificación de cargos vigente...”.

QUE, esta Magistratura concluye la cuestión, al observar que la actora, al someterse a un examen de admisión ha demostrado idoneidad para el ejercicio del cargo que ha accedido, según el informe de la psicóloga laboral, según lo

establece nuestra Carta Magna, en su Art. 47, De las garantías de la igualdad; Inciso 3) La igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y consecuentemente accediendo a la postura asumida por la autoridad administrativa se estaría violando las garantías Constitucionales de Defensa en juicio, consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, al establecer que la defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable. La inviolabilidad de la defensa en juicio constituye una garantía fundamental para los ciudadanos pues sólo a través de ella se podrán ejercitar en el marco de un proceso todas las demás garantías que la Constitución establece. Como todas las garantías constitucionales, la defensa en juicio se erige como una limitación al poder del Estado, en tanto su objeto es proteger al individuo sometido a una persecución de la cual se podría derivarse cualquier tipo de sanción, previendo un eventual uso arbitrario de esa facultad estatal. En un Estado de Derecho, la garantía del Debido Proceso, es de observación imperativa.

Que, la Resolución N° 083, de fecha 21 de enero de 2014, impugnada por la actora, lesiona gravemente el derecho de la accionante, puesto que fue dictado de manera arbitraria, sin considerar las formalidades previstas en la Ley, como también sin derecho a la defensa por parte del afectado y muy en particular, sin haberse tenido en cuenta el requisito exigido por la norma contenida en el artículo 43 supra citado, por lo cual no se ajusta a derecho.

Que, siendo así como lo tengo referido en los párrafos anteriores, no queda más a esta Magistratura afirmar que este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, debe hacer lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, revocando la resolución adoptada por el Servicio Nacional de Promoción Profesional, por la que se da por terminada la relación jurídica laboral con la señorita Lisa Margarita Martínez González, y disponiendo la restitución de la citada funcionaria en el cargo que venía desempeñando al tiempo en que fue dictado el acto impugnado que produjo su destitución, o en otro de similar categoría y remuneración, con derecho a percibir sus salarios caídos y demás beneficios sociales dejados de percibir con sus accesorios e intereses legales, a partir de la fecha de su cesantía en fecha 20 de enero de 2014, hasta el momento de su efectiva reincorporación, de conformidad y de acuerdo a los fundamentos desarrollados en el presente acuerdo.

Que, en cuanto a las costas de la instancia, ellas deberán ser soportadas por la parte perdedora. Es mi voto”.

JURISPRUDENCIA

A su turno los señores miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel y Gregorio Ramon Rolando Ojeda, manifiestan que se adhieren al voto del magistrado preopinante Dr. Mario Ygnacio Maidana Griffith, por los mismos fundamentos

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo y sentencia y sus fundamentos el tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resuelve:

1) Hacer lugar a la presente Demanda Contencioso-Administrativa planteada por el Abog. Juan Roberto Ingles, en representación de la Abog. Lisa Margarita Martínez González, contra Resolución N° 083, de fecha 20 de enero de 2014, dictada por el Servicio Nacional de Promoción Profesional (SNPP) y, en consecuencia,

2) Revocar la Resolución adoptada por el Servicio Nacional de Promoción Profesional, obrante en la resolución N° 083, de fecha 20 de enero de 2014, dictada por el Servicio Nacional de Promoción Profesional (SNPP), por la que se da por terminada la relación jurídica laboral con la srta. Lisa Margarita Martínez González, disponiendo la restitución de la citada funcionaria en el cargo que venía desempeñando al tiempo en que fue dictado el acto impugnado que produjo su destitución, o en otro de similar categoría y remuneración, con derecho a percibir sus salarios caídos y demás beneficios sociales dejados de percibir con sus accesorios e intereses legales, a partir de su cesantía en fecha 20 de enero 2014, hasta el momento de su efectiva reincorporación, de conformidad a los fundamentos desarrollados en el presente acuerdo.

3) Imponer las costas a la parte perdedora.

4) Notificar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados : Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Abog. Diego Mayor. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 177

Cuestión debatida: *El fallo en cuestión se aboca al estudio de la resolución que ordeno la destitución del actor por parte de la Administración, alegando que se ha violado su derecho a la conservación de su puesto de trabajo ya que contaba con estabilidad.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad.

Que, surge a prima facie, que el actor ha reunido el requisito de los seis meses como período de prueba, por lo tanto, el mismo ya adquirió el estatus como funcionario de carrera, con estabilidad provisoria, detentando el derecho a no ser despedido del ente estatal, donde presta servicios sin las formalidades prescriptas en la Ley para ello, pues este derecho surge como una limitación al poder discrecional de la Administración de despedir al trabajador, unilateralmente y sin cumplir con los procedimientos establecidos en la norma. La doctrina aplicable, en relación al tema, sustenta la estabilidad a la que hacen mención los artículos citados precedentemente, y se refiere a la llamada protección contra el despido, la cual es una de las medidas adoptadas por la legislación para evitar el despido arbitrario del funcionario, por parte de la administración, precautelando de este modo sus derechos como trabajador, constituyéndose en una garantía para el funcionario y una limitación para el poder administrador. Caso contrario, se estaría siempre inseguro en su puesto laboral.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad. Sumario Administrativo.

Que, el punto central de la cuestión radica en torno a la legalidad o no de la decisión adoptada a través de los actos administrativos, consiste en que un funcionario público no podrá ser despedido sin sumario administrativo previo, en el cual con la debida intervención del funcionario, se arribe a la conclusión de que el mismo ha sido encontrado con responsabilidad administrativa y le corresponda la sanción de despido o destitución del cargo, que establece el Art. 43 de la Ley 1626/200, que dispone: “..La destitución del funcionario público será dispuesta por la autoridad que lo designó y deberá estar precedida de fallo condenatorio recaído en el correspondiente sumario administrativo”.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad. Sumario Administrativo.

Que, entre las piezas procesales que integran estos autos, no obra constancia alguna de que el actor en esta demanda haya sido procesado a través de un sumario administrativo, con las formalidades establecidas en la antes citada norma, tampoco existe en estos autos, constancia alguna que indique que el actor haya sido sometido a evaluaciones y que en las mismas haya reprobado, conforme lo dispone el Art. 21 del antes citado cuerpo legal, que establece: “Los funcionarios públicos que resulten reprobados en dos exámenes consecutivos de evaluación serán desvinculados de la función pública, dentro de un plazo no mayor a treinta días”.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Igualdad

Que, esta Magistratura concluye la cuestión, al observar que el actor, al someterse a un examen de admisión ha demostrado idoneidad para el ejercicio del cargo que ha accedido, según lo establece nuestra Carta Magna, en su Art. 47, de las garantías de la igualdad; Inciso 3) La igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y consecuentemente accediendo a la postura asumida por la autoridad administrativa se estaría violando las garantías constitucionales de defensa en juicio, consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, al establecer que la defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable.

CÓDIGO PROCESA CIVIL. PLAZOS PROCESALES. Cómputo de los plazos.

Que, la Ley Procesal Civil dice que los actos o actuaciones solo surten efectos luego de que sean notificados sus destinatarios, a objeto de que puedan hacerse ejercicio de los derechos recursivos que le acuerda la Ley contra dichos actos, por lo tanto, al observar el término en que se ha interpuesto la presente demanda, incluso expresamente reconocidos por el excepcionante y tomando encuentra que se halla en autos, siendo así demostrado a fs. 38, que en fecha 06 de enero 2014, se da personalmente por notificado el actor, del Decreto N° 738 de fecha 27 de Noviembre de 2013, de esta forma solo se puede concluir que la acción fue presentada dentro del plazo establecido para la misma, conforme la fecha de cargo del escrito de presentación de la demanda, debiendo en consecuencia rechazarse la excepción opuesta por la demandada.

T. de Ctas., Segunda Sala 20/04/2015 FERMÍN CHAMORRO COLMÁN CONTRA RESOLUCIÓN N.º 783 de fecha 27 de noviembre de 2013 dictada por el MINISTERIO DE JUSTICIA Y TRABAJO” (Ac. y Sent. N.º 177).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, Dijo: Que, en fecha dieciséis de enero del dos mil catorce (fojas 43/53 de autos), se presentaron ante este tribunal de cuentas, segunda sala, los abogs. Raúl Mongelos Schneider Y Edgar Sanabria González, en representación del sr. Fermin Chamorro Colman, a promover demanda Contencioso Administrativa, contra el decreto N.º 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el ministerio de justicia y trabajo. funda la demanda en los siguientes términos: “hechos. que, el señor Fermin Chamorro Colmán, por decreto nro.8152 de fecha 29 de diciembre de 2011. fue nombrada en la categoría e34. y por el citado decreto se le designa como funcionaria del ministerio de justicia y trabajo. con antigüedad al 1 de diciembre de 2.011, con el cargo de técnico (II) percibía una remuneración mensual de Guaraníes Un Millón Seiscientos Cincuenta y Ocho Mil Doscientos Treinta y Dos (Gs. 1.658.232), tal como se prueba con el mencionado decreto y certificado de sueldo y empleo N.º 1821/2013 de salarios agregados a esta presentación, igualmente existe cobros de viáticos impagos que se adjuntan los correspondientes pedidos de pagos, se desempeñaban en su cargo con honestidad e idoneidad, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 07:00 a 15:00 hs. Que, Decreto N.º 783 de fecha 27 de noviembre de 2013 Dictado por el Ministerio de Justicia y Trabajo, dependiente de la Presidencia de la República del Paraguay por la cual se dan por terminadas las funciones del señor Fermín Chamorro Colmán en total violación de las leyes vigentes, considerando que el argumento del despido se basa en el Art. 47 de la Ley 1.626/00 “De la función pública”, que establecen la estabilidad en la Administración Pública, se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función

pública. El decreto de destitución arguye para la destitución de nuestros poderdantes es el Art. 47 de la Ley 1626/00 que dispone: “Se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicios en la función pública...”. En fecha 06 de enero de 2014, nuestro mandante es notificado del Decreto 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, se adjunta cedula de notificación con copia del decreto de destitución. Primeramente debemos conceptuar y hacer mención a los siguientes principios y definiciones dentro del derecho administrativo. que son los siguientes: ejecutividad: Concepto: es la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento del acto a partir de su notificación. Obligatoriedad: al acto administrativo le es propia la obligatoriedad, por lo que debe ser respetado por todos como válido, mientras subsistía su vigencia. Requisitos. El acto para tener ejecutividad debe ser regular y estar notificado. El acto regular es ejecutivo y su cumplimiento es exigible a partir de la notificación. El acto administrativo carecer de eficacia mientras no se haya notificado al interesado. La notificación no debe ser imprecisa ni ambigua, con el objeto de no violar la garantía. El acto administrativo adquiere eficacia cuando el interesado a quien va dirigido toma conocimiento, no antes, no después, y tampoco desde la fecha de emisión. Luego de notificado los actos administrativos, operan como verdaderos títulos de los derechos que ellos reconocen. Estabilidad: Concepto: es la irrevocabilidad del acto por la propia administración pública. Es la prohibición de la revocación -de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que ha sido Notificado al interesado, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado. que, como v.s. puede observar en el decreto nro. 783 de fecha 27 de noviembre de 2013 dictado por el ministerio de justicia y trabajo dependiente de la Presidencia de la República del Paraguay por la cual se dan por terminadas las funciones al actor, fue dictada cuando este funcionario ya contaba con la estabilidad permanente establecida en el Art. 47 de la Ley 1626/00, es por eso que existe una violación contundente a la forma de terminación de la relación laboral, por la que la misma es nula desde cualquier punto de vista. Estabilidad de Los Funcionarios. Que, en este punto es importante manifestar que nuestra legislación vigente, Ley N° 1626/2000 establece dos tipos de estabilidad: Provisoria y Definitiva. La primera es adquirida tras sobrepasar los 6 meses de periodo de prueba y la segunda a los dos años de ejercicio ininterrumpido en la

función pública. Respecto a este último tipo de estabilidad, la Ley N° 1626/2000 dispone en su Art. 47: “Se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública”. Que, por otra parte, el Art. 40 del mismo cuerpo legal en su inc. c) establece como causal de terminación de la relación jurídica entre el Estado y sus Funcionarios la destitución y de igual manera en el Art. 43 preceptúa que La destitución del funcionario público será dispuesta por la autoridad que lo designo y deberá estar precedida de fallo condenatorio recaído en el correspondiente sumario administrativo. Que, de esta manera, el actor esta asistido del derecho a la estabilidad en el cargo, garantizada en los artículos 18 de la Ley N° 1626/2000, debido a que ha sobrepasado el periodo de 6 meses exigido por la norma, y siendo de esta manera, la vía correspondiente para ponerle un fin a la carrera de este trabajador, era mediante la instrucción del correspondiente sumario administrativo donde se comprobara la comisión de una falta que merezca su destitución. Nuestro poderdante ha adquirido la estabilidad requerida por la Ley N°1626/00 y solo pueden ser destituido con sumario administrativo que declare su responsabilidad en Faltas Graves y por una autoridad competente. Al ser destituido arbitrariamente sin sumario previo, el Decreto N° 783 de Fecha 27 de noviembre de 2013 dictado por el Ministerio de Justicia y Trabajo, dependiente de la Presidencia de la República del Paraguay, por la cual se dan por terminadas las funciones del señor Fermín Chamorro Colmán, es totalmente nula. Que la Constitución Nacional, en su Artículo 238, Numeral 6, faculta a quien ejerce la Presidencia de la Republica a nombrar y remover a los funcionarios de la Administración N° 1.626/2000 “de la Función Pública”, en su Artículo 47, establece que se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la Función Pública. Que el Ministerio de Justicia y Trabajo ha realizado un diagnóstico y la evaluación de sus distintas reparticiones, en cuanto a los recursos humanos asignados a las mismas; resultando la necesidad de realizar una reingeniería del personal en las dependencias de dicha Secretaría de Estado”. Que, en primer lugar debemos establecer quienes son considerados Funcionarios Públicos, al respecto el Artículo 4° de la Ley N° 1626/2000 “de la Función Pública” establece: “Es funcionario público la persona nombrada

mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrolle tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios. El trabajo del funcionario público es retribuido se presta en relación de dependencia con el Estado”. de la lectura del artículo mencionado, podemos inferir que es adquirida la calidad de funcionario público mediante el nombramiento, que como lo señala la norma, debe ser mediante acto administrativo de autoridad competente para ocupar de manera permanente un cargo incluido en el Presupuesto General de la Nación; así, tenemos que la antigüedad de los funcionarios a los efectos del cálculo de su antigüedad se cuenta a partir de su nombramiento efectivo como funcionario permanente, que en el caso de marras es: 1. Fermín Chamorro Colmán, por Decreto N° 8152 de fecha 29 de diciembre de 2011, fue Nombrado en la Categoría E34, y por el citado Decreto se lo designa como funcionaria del Ministerio de Justicia y Trabajo, con antigüedad al 1 de diciembre de 2011. Con el Cargo de Técnico (ii). Que, como ya ha sido manifestado anteriormente, el término de las funciones del accionante se Produzco en fecha 06 de enero de 2014, fecha en la cual fue notificado a mi representado del Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013. se adjunta notificaciones hechas y planilla de asistencia, la cual demuestra claramente que el actor presto sus funciones hasta el 06 de enero de 2014, con las instrumentales adjuntadas ha quedado acreditado sin lugar a duda, que el mismo ostentaba la estabilidad permanente requerida por el Artículo 47 de la Ley N° 1626/00 que dispone en el Capítulo VII de esta Ley: “Se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública de plazo previsto. El periodo a que refiere dicho artículo es de 2 años, de conformidad al Art. 18 del mismo cuerpo legal: El nombramiento de un funcionario tendrá carácter provisorio durante un periodo de seis meses, considerándose éste como un plazo de prueba. Durante dicho periodo cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación jurídica sin indemnización ni preaviso alguno”. Igualmente, el Art. 7° de la Ley 213/93 expone lo siguiente: “Si se suscitase duda sobre interpretación o aplicación de las normas de trabajo, prevalecerán las que sean más favorables al trabajador. Que, con el hecho de no habersele instruido sumario administrativo, sus derechos fueron avasallados; lo expresado en la Ley Suprema de la Nación, nuestra

Constitución Nacional de 1992, en sus Artículos 16 y 17 no han sido tenidos en cuenta por la Administración, con lo cual no se le ha dado la oportunidad de ejercer su defensa. de igual manera, ante esta circunstancia, son violados varios preceptos constitucionales, tales como: el Art. 86 Del Derecho al Trabajo: “Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo Haló, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas. La Ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables”; el Art. 94 de la Estabilidad y de la Indemnización: “El derecho a la estabilidad del trabajador queda garantizado dentro de los límites que la Ley establezca, así como su derecho a la indemnización en caso de despido injustificado”; el Art. 101 de los Funcionarios y de los Empleados públicos: “Los funcionarios y los empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen derecho a ocupar funciones y empleos públicos. La Ley reglamentara las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios y empleados prestan servicio, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, militar y policial”; el Art. 102 de los Derechos Laborales de los Funcionarios y de los Empleados públicos: ‘Los funcionarios y los empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la Ley y con resguardo de los derechos adquiridos’ el Art. 106 de la Responsabilidad del Funcionario y del Empleado Público: “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o fallas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de este a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”. Que, en el Prefacio de la obra “La Justicia Constitucional y la Administración”, el Prof. Dr. Luis Enrique Chase Plate enuncia que: “La Constitución es la Ley Superior, la columna vertebral, a la que se deben someter todas las normas jurídicas. Todo el ordenamiento jurídico de un Estado o de una Nación tiene que estar estructurado, teniendo en cuenta los principios y los valores que sustentan la Constitución. Esta define los valores y principios fundamentales de la comunidad política. Contiene no solo normas imperativas, sino que estas normas manifiestan un sentido, una dirección, una indicación, un deber en cuanto a la declaración de los derechos fundamentales del ciudada-

no y la forma de organización de los poderes públicos”. Analizando el Preámbulo de nuestra Carta Magna observamos que en el mismo se expresan los principios filosóficos – políticos que orientan la consagración de los principios, derechos y garantías constitucionales, así como el principio rector en donde se encuentra el reconocimiento de la dignidad humana como factor integral en la protección del individuo y elemento necesario para obtener y conservar su libertad, igualdad y acceso a la justicia, reafirmando los principios de la democracia representativa, participativa y pluralista, marco este donde se puede conseguir el respeto hacia esa dignidad humana, con la consagración de valores democráticos. Por lo que podemos afirmar, que la destitución que es recurrido en estos autos por Fermin Chamorro Colman indudablemente ha lesionados “derechos” del funcionario en su calidad de agente de la Administración. No fueron respetados derechos del trabajador consagrados en nuestra Carta Magna; los hoy afectados por la Destitución recurrida han sido destituidos de sus puestos de trabajos sin sumario administrativo previo, siendo que ya habían adquirido la Estabilidad del Funcionario Público (Art. 47 - Ley N° 1626/00). Siendo así, el mismo tenía derecho a que se le instruya el sumario administrativo previo a su destitución tal como lo establece el Art. 43 del mismo cuerpo legal. de igual manera, con la destitución arbitraria del actor por parte de la Administración, no solo se ha violado su derecho a la permanencia o conservación de su puesto de trabajo (Estabilidad) sino también su derecho a la carrera, que consiste en el derecho a la mejora, ya sea en el orden jerárquico, por atribución de un cargo más elevado, ya sea pecuniariamente, por aumento de sueldo o remuneración (“Derecho Administrativo”. Tomo III. Rafael Bielsa). Jurisprudencia de La Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay. Debe revocarse la resolución dictada por la Municipalidad de Fernando de la Mora que destituyó al actor de su cargo de Inspector en la Dirección de Medio Ambiente. El funcionario cuando el mismo ya había superado el plazo de prueba previsto legalmente, 6 meses, por lo que no podía ser despedido sin un fallo condenatorio que demostrara su culpabilidad. Arts. 18 y 43 de la Ley 1626. Cuando el nombramiento de un auxiliar se realiza mediante un proceso de selección simplificado establecido en el reglamento interno del organismo o entidad respectiva el concurso de oposición no es requisito indispensable para que el mismo acceda como empleada de la función público.- Cuando el procedimiento de selección por concurso publico de oposiciones, dispuesto en el art. 15 de la Ley N° 1626 aún no estaba reglamentada por

la Secretaría de la Función Pública y aprobada por decreto del Poder Ejecutivo como lo dispone la norma, I ser nombrada el actor. CS, Paraguay, Sala Penal, 2011 /03124. Estigarribia, Hugo. A. La Municipalidad de Fernando de la Mora s/ Revocatoria de las Res. N° 18 del 08/01, Reposición del cargo y pago de salarios caídos. (Ac. y Sent. N° 103). Así mismo, nuestro país es signatario del Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, suscripta el 25 de junio de 1958 en la ciudad de Ginebra aprobado por Ley de nuestra República N° 1154 de fecha 29 de julio de 1966, el cual integra nuestra sistema jurídico y se encuentra incluso en rango superior a las leyes nacionales, conforme a lo establecido en nuestra Carta Magna. El mismo establece que: Artículo 1: A los efectos de este convenio, el termino discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (...). Artículo 3: Todo miembro para el cual el presente Convenio “se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las practicas nacionales a: (...) d) llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional; Ejerciendo la discriminación en el ejercicio del trabajo u ocupación se violentan además los derechos consagrados en el Código del Trabajo, Art. 9; y en la Ley N°1626/00 de la Función Pública, Art.49, inc j). Es con el motivo de tratarse el Decreto de la Presidencia de la República del Paraguay, es un abierto acto de discriminación en el trabajo, que venimos a solicitar al Excelentísimo Tribunal la Nulidad de la misma (“Doctrina y Jurisprudencia Elfariseismo de los despidos en La Función Pública”. Prof. Dr. Jorge Darío Cristaldo Montaner). Se argumenta oficialmente que los despidos se justifican por la necesidad de eliminar a los planilleros, de racionalizar y modernizar el aparato burocrático, de disminuir costos administrativos, de reducir el déficit fiscal, de contar con más recursos para invertir en infraestructura, etc., etc. Todas estas razones sin embargo, no justifican ningún despido según la legislación vigente, pues el Art. 40 de la Ley de la Función Pública preceptúa: “La relación jurídica entre un organismo o entidad del Estado y sus funcionarios terminara por: a) renuncia b) jubilación, c) supresión o fusión del cargo, d) destitución; e) muerte, g) cesantía por invalidez fisica o mental debidamente comprobada.”. Los argumentos invocados por las autoridades para justificar despidos de funcionarios y empleados públicos, son fala-

ces, por no estar permitido, por la ley, el despido como modo de terminar la relación jurídica de los funcionarios y empleados públicos. Doctrina sobre Discriminaciones Laborales. La nulidad del despido procede cuando este obedece a motivos cuya naturaleza no consiente que se admita su validez como supuestos legitimadores del acto extintivo del empleador, en el existe una causa recusada por el ordenamiento jurídico por implicar una vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal, como persona y como ciudadano, dicho en otras palabras se trata de un despido con causa ilícita. La determinación de estas causas se encuentra expresa y taxativamente señalados en el artículo 88 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 9° del Código Laboral el cual que prescribe las causas que pueden concurrir para considerarse un despido como nulo por violación de- la garantía constitucional. Los actos discriminatorios del empleador, como los de cualquier persona, entidad y obviamente autoridad pública en sus relaciones con los particulares y en especial con los trabajadores, deben ser sancionados por que ofenden garantías básicas contenidas en la Constitución de la República del Paraguay. Discriminar es separa, distinguir, diferenciar una cosa de la otra; dar trato de inferioridad a una persona por motivos raciales, religiosos, políticos, etc... Esta discriminación es totalmente voluntaria y dolosa de la igualdad de trato. En nuestra Ley laboral se prohíbe toda clase de discriminación, en una norma enunciativa y no taxativa (Art. 9° y demás concordantes del C.T.). Tanto la igualdad de trato como la prohibición de la discriminación recibieron en nuestro derecho tratamiento constitucional, incluso al incorporar tratados sobre derechos humanos entre los que se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, que prohíbe toda clase de discriminación, a igual protección ante la Ley. La OTI (Organización Internacional del Trabajo) ha desarrollado una política activa en combatir la discriminación y desigualdad de trato en materia laboral. Cabe recordar en tal sentido, los convenios 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación; y el Convenio 110 sobre la igualdad de la remuneración. Nuestra Constitución ha puesto sobre el tapete el tema de la condición supra legal de estos Convenios de la OIT al establecer que los Tratados internacionales aprobados por el Congreso Nacional tienen la jerarquía superior a las Leyes (Art. 156 de la C.N.). No es admisible impedir, obstruir, restringir o de algún modo menoscabar arbitrariamente el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional. En esos casos, a pedido del

interesado el infractor será obligado a dejar sin efecto el acto administrativo o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material causado. Cosa Demandada: Que, en mérito de lo expuesto, a V.V.E.E. venimos por la presente demanda a solicitar la nulidad del Decreto N.º 783 de fecha 27 de noviembre de 2.013, y en consecuencia la reincorporación del funcionario Fermín Chamorro Colmán al puesto de trabajo y cargo que ocupaba en la mencionada fecha, así como el cobro de los salarios caídos desde la fecha mencionada hasta su reincorporación efectiva al cargo, así como la reparación de los danos ocasionado a los afectados, a raíz de ver afectado sus carrera en la Función Pública. Solicitud de Medida Cautelar. Atendiendo la urgencia del caso, considerando que el trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano, así como la necesaria presencia y ocupación efectiva del funcionario a fin de que pueda realizar la carrera administrativa dentro de la institución y que le sean reconocidos los derechos adquiridos y hacer uso efectivo de los derechos en expectativa, y con el objeto de evitar que se produzcan danos mayores, como ser el perjuicio que se cause a la carrera profesional de nuestro principal, así como el daño patrimonial que acarrearía al estado el cobro de salarios caídos por parte del mismo a la institución sin prestar servicios efectivo, venimos también por el presente escrito a solicitar la suspensión de los efectos del Decreto recurrido, y en consecuencia la inmediata restitución en el cargo del funcionario Fermín Chamorro Colmán ofreciendo desde ya la correspondiente caución juratoria, o la contracautela de la naturaleza que el Alto Tribunal determine en caso de que la medida sea solicitada sin derecho”.

Termina ofreciendo sus pruebas y realizando el petitorio en concordancia con los términos de su demanda, solicitando que cumplidos con los trámites correspondientes se haga lugar a la presente demanda con costas.

Posteriormente, en fecha 30 de junio del 2014, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Anildo Caballero Ortega, a contestar la presente demanda contencioso-administrativo, en carácter de parte coadyuvante. Funda la contestación en los siguientes términos: “Contestacion: En primer lugar, esta parte niega y rechaza todas y cada una de las manifestaciones vertidas en la demanda, salvo aquellas expresas aceptaciones que de acuerdo a la presente contestación se puedan hacerlo precedentemente. El representante convencional de la accionante alega y pide la nulidad del Decreto N° 783 del 27 de noviembre de 2013, dictado no por el Viceministerio de Justicia y Trabajo, sino aquel fue dictado por el Poder Ejecutivo, en la persona del Presi-

dente de la República. Que, dicho Decreto dio por terminadas las funciones de varios funcionarios, entre ellos la del actor Fermín Chamorro Colmán, con C.I. N° 5.736.277, como funcionario con cargo Técnico Ii, Categoría E31, del Programa Trabajo Decente, dependiente ahora del Ministerio de Trabajo. Administración del Trabajo, Empleo y Seguridad dependiente en ese entonces del Ministerio de Justicia y Trabajo. Que, por Decreto N° 8.152 de fecha 29 de Diciembre de 2011, fue nombrado en el cargo Técnico Ii, Categoría 34, dependiente Del Programa de Administración del Trabajo, Empleo y Seguridad dependiente ahora del Ministerio de Trabajo. Refiere la parte actora que su salario fue de Gs. 1.658.232 (Un millón seiscientos cincuenta y ocho mil doscientos treinta y dos). Que, según dicho funcionario ya no pertenece al Ministerio de Justicia, conforme a la Ley de separación producida en diciembre de 2013, por lo que mal ahora el Ministerio de Justicia podrá responsabilizarse de los casos de funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”. Resulta que, los gobernantes que entran a dirigir la administración, a través de sus programas de gobiernos establecen esquemas de mejoramiento de sus respectivas dependencias, conforme al perfil de sus respectivos órganos y sus agentes disponibles y en ese orden de cosas, se hallan las facultades de dirección efectiva y administración ordenada, realizan sus gestiones a través de los lineamientos que le otorgan la Constitución y las Leyes de la República, a fin de obtener los resultados propuestos y programados en sus campañas electorales. Por lo precedentemente expuesto debe verificarse si hubo o no extralimitación de poder en el dictado del Decreto impugnado por parte del Presidente de la República, que constituye el acto administrativo cuestionado por esta vía. Los funcionarios que lograron obtener los cargos tienen la obligación de someterse a lo previsto en el art. 15 de la Ley N° 1.626/00 que dice: “El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso público de oposición. Se entenderá por concurso público de oposición, el conjunto de procedimientos técnicos, que se basará en un sistema de ponderación y evaluación de informes, certificados, antecedentes, cursos de capacitación y exámenes, destinados a medir los conocimientos, experiencias e idoneidad del candidato, expresándolos en valores cuantificables y comparables, conforme al reglamento general que será preparado por la Secretaría de la Función Pública y aprobado por decreto del Poder Ejecutivo, por lo que se considera el Decreto impugnado como un acto voluntario del Poder Ejecutivo, sujeto a lo establecido en el art. 238 de la C.N. numeral 6) que textual-

mente dice: “Nombrar y remover por sí a los Ministros del Poder Ejecutivo, al Procurador General de la República y a los funcionarios de la Administración Pública, cuya designación y permanencia en los cargos no están reglados de otra forma por esta Constitución o por la Ley”. A través del Decreto cuestionado en autos, un acto discrecional, el Poder Ejecutivo resolvió remover de su cargo al actor. Ahora bien, la Ley N° 1462/35 establece la inadmisibilidad de la acción contenciosa contra los actos administrativos discrecionales; ya que la Ley dispone expresamente que debe emanar a el ejercicio de facultades regladas. La excepción a la regla sería en que el Órgano Administrativo en el dictamien- to de un acto discrecional se extralimite de poder, cuestión que habilitaría el uso de la acción contencioso-administrativa, a fin de precautelar su derecho el re- curren- te. En este sentido el autor Bielsa en su obra “Derecho Administrativo”, T. I., pág. 133, menciona lo siguiente: “En cuanto a los actos de autoridad, cube con respecto a ellos el juicio contencioso administrativo, cuyo procedimiento se halla reglado por la Ley 1462/35, juicio que, sin embargo, solamente procede contra resoluciones dictadas en uso de facultades regladas (art. 3º, inc. b). Vale decir, que si el acto administrativo es discrecional no cabe contra el mismo acción alguna -salvo caso de extralimitación o desviación de poder-, abriéndose por tanto, en ese caso la vía del amparo”. En atención a lo expuesto precedentemen- te se concluye, que el acto administrativo cuestionado por esta vía constituye un acto discrecional del Poder Ejecutivo, en el cual el Poder Ejecutivo no se extra- limite en sus facultades en el dictamien- to del Decreto cuestionado, debiendo rechazarse la demanda contenciosa planteada contra el citado acto presidencial y en consecuencia confirmar el Decreto del Poder Ejecutivo N° 783, Art. 30 del 27 de noviembre de 2013. Conculcacion al Libre Acceso a La Función Pública: La igualdad para el Acceso a la Función Pública: Artículo 47, de las garantías de la igualdad: el Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad”. Si bien es cierto que el Artículo 14 de la Ley 1626/00, “Del Acceso a la Función Pública” dice: “Los interesados en ingresar a la función publica deberán reunir las siguientes condiciones: d) poseer idoneidad y capa- cidad, necesarias para el ejercicio del cargo, comprobadas mediante el sistema de selección establecido para el efecto”; en el caso particular que nos ocupa, no se ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 15 de la Ley 1.626/00 que dice: “El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función publica sería

el de concurso publico de oposición. Se entenderá por concurso publico de oposición, el conjunto de procedimientos técnicos, que se basara en un sistema de ponderación y evaluación de informes, certificados, antecedentes, cursos de capacitación y exámenes, destinados a medir los conocimientos, experiencias e idoneidad del candidato, expresándolos en valores cuantificables y comparables, conforme al reglamento general que ser preparado por la Secretaria de la Función Pública y aprobado por decreto del Poder Ejecutivo. El acto administrativo cuestionado fue dictado en ejercicio de las potestades legales, a las atribuciones que la Constitución Nacional, en su Art. 238, Numeral 6, faculta a quien ejerce la Presidencia de la República a nombrar y renovar a los funcionarios de la Administración Pública. Así las cosas, resulta evidente que el acto administrativo cuestionado fue dictado en ejercicio de las potestades legales atribuidas a la administración por las normas que regulan el régimen jurídico de los funcionarios públicos. Carece de toda consistencia la pretensión del demandado de obtener la reposición de los efectos del decreto que lo destituye del cuadro de la administración. En esta postura, resulta claro que en este caso se ha ejercido con regularidad, legalidad y legitimidad, el poder jurídico para obrar conferido a la máxima autoridad administrativa del país, a los fines de llevar adelante la tarea constitucionalmente asignada, dirigida a hacer realidad el bien común, razón por la cual esta Demanda debe ser rechazada por su notoria improcedencia.- Sin duda alguna y de conformidad a las alegaciones y pretensiones contenidas en esta acción contencioso administrativa instaurada por el citado actor Fermin Chamorro Colman contra el Decreto N° 783, Art. 30, de fecha 27 de noviembre de 2013, resulta manifiestamente claro que el pedido de revocación del citado decreto y la reposición en el cargo solicitados resultan total y absolutamente improcedentes y así solicito sea declarado por el Excelentísimo Tribunal. Derechos: Invoco como respaldo normativo de los derechos, de la parte que represento, las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, en la Ley N° 1626/00 de la Función Pública, en la Ley N° 1535/99 de Administración Financiera del Estado y a las normas procedimentales del Código Procesal Civil. Finalmente reitero, que el Estado debe contar necesariamente con personales capaces de comprender el verdadero sentido del ejercicio de la Función Publica, como un compromiso muy grande y difícil de dimensional, teniendo en cuenta que el trabajo de dar respuesta a los particulares, que devolverá la credibilidad publica a los ciudadanos que pagan sus impuestos y exigen seguri-

dad pública, en la cotidiana convivencia social, dentro de un Estado de Derecho, pregonando el Bienestar General de la Nación”.

Terminan solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Que, en fecha 18 de agosto del 2014 (fojas 100/107 de autos), se presenta ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Roberto Moreno Rodríguez A., procurador general de la República y Germán Recalde D’Andrea, procurador delegado de la Procuraduría General de la República, en nombre y representación del Estado Paraguayo, a contestar la presente demanda contencioso-administrativa. Funda la contestación, en los siguientes términos: “III. contestar la demanda. No obstante, ante el hipotético pero improbable caso de que VV.EE no consideren viable la prescripción planteada, venimos también a contestar la demanda en los términos siguientes: Que, para iniciar, negamos todos y cada uno de los hechos alegados por la parte actora en su escrito de demanda, excepto aquellos que expresamente fueren reconocidos como ciertos en este escrito de respuesta. Que, Fermín Chamorro Colman fue nombrado el 29 de diciembre de 2011 mediante Decreto N° 8152, y destituido el 27 de noviembre de 2013, a través del Decreto N° 783. Entre la fecha de ambos decretos, transcurrieron 1 año, 10 meses y 28 días. Sin embargo, la actora basa su demanda diciendo, como eje fundamental de su alocución, que el mismo contaba con más de 2 años de antigüedad al momento de ser separado de su cargo, por el hecho de haber sido notificado en fecha 06 de enero de 2014. Esta afirmación carece completamente de sentido, como se pasará a exponer a continuación. Que, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley N° 1626/00, el funcionario público adquiere estabilidad recién a los 2 años de servicio ininterrumpido en la función pública. “Artículo 47. Se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública”. Que como se puede apreciar, el señor Fermín Chamorro Colmán fue desvinculado por un acto administrativo válido, el cual fue dictado antes de que el afectado haya alcanzado la estabilidad dispuesta en el artículo citado supra. de modo ilustrativo, hacemos referencia a lo que el Dr. Ramiro Barboza explica en su obra “El Despido en el Derecho Laboral Paraguayo”: “Además, la situación se ha modificado respecto a la normativa anterior (Ley

200), que establecía la estabilidad a partir del cuarto mes; mientras que en esta nueva normativa, recién se adquiere la estabilidad a los dos años (art. 48), donde las partes pueden dar por terminado el contrato sin indemnización ni preaviso. De allí, surge un periodo de “estabilidad provisoria” que va hasta los dos años, en que recién se adquiere la estabilidad (art. 19). Para que el funcionario pueda adquirir la estabilidad deberá aprobar las evaluaciones contempladas en el Reglamento Interno de la institución y, si fuese reprobado en dos exámenes consecutivos, será desvinculado de la función pública (arts. 20 y 21), lo que permite suponer que, durante este periodo de estabilidad provisoria, el funcionario puede ser despedido sin responsabilidad”. Que, la adversa pretenda convencer a VV.EE. de que su vínculo con el Ministerio de Justicia y Trabajo se dio por finalizado recién en el momento en que el mismo, supuestamente en fecha 6 de enero de 2014, fue notificado del Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013 (aunque a fs. 37 de las copias para traslado se observa que la notificación tiene fecha 18 de diciembre de 2013). Sin embargo, tal afirmación es completamente falsa, sabido que los actos administrativos tienen una vocación de ejecutoriedad inmediata, son de cumplimiento imperativo por la mera presunción de legalidad que tiene todo acto administrativo dictado por autoridad competente y, por ende, producen efectos jurídicos desde la fecha su dictamiento, es decir, tienen validez plena desde el momento mismo de su expedición. Que, en este contexto, resulta oportuno transcribir lo expresado por el tratadista Miguel S. Marienhoff en su obra “Tratado Derecho Administrativo”: “¿Desde cuándo se producen los efectos del acto administrativo? ¿En qué momento el administrado adquiere los derechos que le atribuye el acto? Ello ocurre inmediata e instantáneamente después de que el acto queda “perfecto”. Tal es el principio básico. De manera que, no mediando términos, los derechos emergentes de un acto administrativo nacen inmediata e instantáneamente, a partir de la perfección del acto. El nacimiento de esos derechos no depende, por principio, de que haya transcurrido un lapso mayor o menor desde que el acto adquirió perfección: dichos efectos nacen instantáneamente, sin necesidad que para ello deba transcurrir lapso alguno, sea este de segundos, minutos horas, días, meses o años”. Que, el acto administrativo –al igual que ocurre con las sentencias judiciales– es válido desde el momento en que el mismo es dictado, y no recién a partir de que la misma es notificada a las partes. La irracionalidad de la afirmación de que los actos administrativos son válidos recién desde que los

mismos son notificados es tan notoria, que no necesita siquiera ser debatida. Es decir, aun en el hipotético caso de que efectivamente la notificación hubiese tenido lugar recién en fecha 6 de enero de 2014 como lo afirma la actora, ello no implica que el Decreto N° 783 sea válido recién desde tal fecha, ya que ello implicaría restringir la validez de un acto administrativo a la actividad notificadora del ujier, lo cual resulta inadmisibles y absurdo desde todo punto de vista. Que, en todo caso, lo único que fija el momento de la notificación del acto administrativo es el plazo que debe transcurrir para que el mismo quede firme, o el plazo que tiene el afectado por el mismo para interponer los recursos en su contra. Pero de ninguna manera se puede condicionar la validez del acto al hecho de que la misma sea notificada, pues ello sería como posponer su propia existencia hasta dicho Momento. IV. Condiciones requeridas para el acceso a la Función Pública. Que, no está demás afirmar que el ingreso a la función pública del señor Fermín Chamorro Colmán no se dio por concurso público de oposición. En este sentido, el art. 15 de la Ley N° 1626/00 dispone: “... El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso publico de oposición...”. Que, por su parte, la Resolución SFP N° 666/2009 “Por la cual se aprueban los modelos de reglamento del sistema de selección para el ingreso y promoción de funcionarios/as en cargos de confianza en los gobiernos locales municipales”, reglamenta el citado artículo. Dicha resolución dispone que: “Se entenderá por concurso publico de oposición, el conjunto de procedimientos técnicos, que se basara en un sistema de ponderación y evaluación de informes, certificados, antecedentes, cursos de capacitación y exámenes, destinados a medir los conocimientos experiencias e idoneidad del candidato, expresándolos en valores cuantificables y comparables, conforme al reglamento general que será preparado por la Secretaria de la Función Publica y aprobado por decreto Poder Ejecutivo”. Que, en estos autos, el actor de la presente demanda no alega haber cumplido con el sistema de selección para el ingreso y promoción en la función publica prevista en el art. 15 de la Ley de la Función Pública y transcrita precedentemente, por lo que de igual manera el acto administrativo que nombro al accionante como funcionario público, es nulo, por expresa disposición del artículo 17 de la Ley N° 1626/00 que reza: “El acto jurídico por el que se dispuso el ingreso a la función publica en transgresión a la presente Ley o sus reglamentos será nulo, cualquiera sea el tiempo transcurrido. Los actos del afectado serán anulables, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o admi-

nistrativo que pudiera corresponder a los responsables del nombramiento. La responsabilidad civil de los funcionarios, contratados y auxiliares, será siempre personal y anterior a la del Estado, que responderá subsidiariamente...”. Por su parte, la doctrina establece que: “El acto de nombramiento es irregular cuando un funcionario u órgano con competencia legal para nombrar o remover funcionarios o empleados ejercita esa atribución con un propósito distinto del legal, o contrario a la Ley”. Consecuentemente, como lo enseña el Dr. Villagra Maffiodo, “el acto nulo no da derechos, o sea, nadie puede pretender haber adquirido legítimos derechos cuando estos son provenientes de un acto nulo”. V. Función designativa del Poder Ejecutivo. Que, vale repetir que el principio general en esta materia esta normado por el inciso 6 del art. 238 de la C.N., que establece que el Presidente de la República tiene la atribución y el deber de “nombrar y remover por sí a los funcionarios de la administración pública, cuya designación y permanencia en los cargos no estén reglados de otro modo por esta Constitución o por la Ley”. Que, la facultad de nombrar y remover, correlacionada con la jefatura de la administración pública, asigna al Poder Ejecutivo una amplia masa de competencia que alcanza a la organización de la administración, a la aprobación de la estructura orgánica, a la escala jerárquica, al escalafonamiento, y al poder disciplinario. Se entiende de esta forma que la facultad de remover no se limita solo al orden disciplinario (con el consecuente sumario administrativo) sino que también subsisten facultades administrativas necesarias para preservar la correcta prestación de los servicios públicos. Que, la potestad de revocar un nombramiento deriva, en principio, de la facultad de nombrar y ella se ejerce discrecionalmente, dentro de los límites –en este caso– impuestos por la Ley 1626, que en lo referente a la estabilidad definitiva (o absoluta como lo sostienen algunos doctrinarios) recién se adquiere a los dos años (Art. 47). Que, dentro de sus límites legales, el Poder Ejecutivo tiene facultades que escapan al control-judicial, de manera a evitar que se llegue al extremo de poner en control del Poder Judicial todas las potestades que tienen que ver con la organización de la administración (Principio de división de poderes). Es por ello que, si existen derechos subjetivos afectados, no se puede, simplemente, anular o pedir la anulación de estos actos, ya que los mismos, en todo caso, pueden verse satisfechos con una indemnización justa. VI. La Discrecionalidad. En el Art. 238 Numeral 6° de la Constitución Nacional dentro del límite establecido en el Art. 47 de La Ley 1626. Que, la potestad de mando, puede ser discrecional o reglada, lo

cual se refiere a la forma más o menos ajustada en que la Administración actúa con relación a la norma legislativa que regula su gestión. Así afirma la doctrina: “Por principio, dicha potestad es discrecional; excepcionalmente es reglada, lo que debe resultar de texto expreso. La amplia libertad de que dispone la Administración Pública para valorar las necesidades generales y la forma de satisfacerlas, hace que potestad sea principalmente discrecional”. “La función administrativa implica necesariamente el ejercicio de facultades discrecionales, de opciones en la adopción de criterios por parte del administrador, de la determinación de la oportunidad o de la conveniencia de los actos o conductas. Negar esas facultades a la autoridad administrativa desnaturalizaría su función convirtiendo a aquella en una mera ejecutora de disposiciones completa y absolutamente regladas, dictadas por otro órgano, que llevaría a un automatismo radical y a un desplazamiento de la función administrativo a dicho órgano”. Que, la disposición del Art. 238 de la Constitución en su inc. 1 otorga la potestad de dirigir la administración general del país al Presidente de la República, se entiende, dentro del orden jurídico. De ahí que la discrecionalidad proviene de la propia Constitución y que sus limitaciones, de la misma Ley Fundamental y de las Leyes secundarias. Para finalizar concluimos, diciendo que, el Decreto 783/13 fue dictado en ejercicio de las atribuciones constitucionales del Presidente de la República y en consecuencia, bajo ningún aspecto se puede solicitar la máxima sanción, que en este caso sería la nulidad, como pretende la parte actora que no ha adquirido la estabilidad de 2 años establecida en el artículo 47 de la Ley 1626”.

Terminan solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Que a fojas 112 de autos, consta el A.I. N° 783, de fecha 28 de Agosto de 2014, del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que dice: “Declarar la competencia del Tribunal, para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar, Recibir la causa a prueba por todo el término de Ley”.

Que a fojas 146 vlto. de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 09 de febrero Del 2015, donde el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, llama Autos Para Sentencia.

Y el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, prosiguió diciendo: “Que en Nombre y representación, bajo el

testimonio de Poder General se presentan los abogados Raúl Mongelós Schneider y Edgar Sanabria González, con cargo que en su presentación ante la Secretaría de este Tribunal luce fecha 16 de enero de 2014, a plantear demanda Contencioso-Administrativa contra el Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el Ministerio de Justicia y Trabajo (a fs. 39/41 de autos), alegando el recurrente que fue afectado por dicha resolución en el que se resuelve dar por terminadas las funciones como funcionario de la citada institución.

Que, haciendo un estudio del fondo del caso que nos compete, tenemos que el actor señor Fermín Chamorro Colmán, primeramente esta Magistratura pasará a resolver como Medio General de Defensa la Excepción de Prescripción planteada, al momento de contestar la presente demanda, por el abogado Roberto Moreno Rodríguez A., en representación de la Procuraduría General de la República, obrando a fs. 100/107 argumenta que “de esta manera, teniendo en cuenta que el recurrente fue notificado del Decreto N° 783/13 en fecha 18 de diciembre de 2013, el plazo para interponer la demanda venció en fecha 05 de enero de 2014. La presente demanda Contencioso-Administrativa se encuentra de todos modos prescripta, ya que le fue notificada y puesta a conocimiento de la parte actora en fecha 18 de diciembre de 2013 y esta no inicio demanda dentro de dicho plazo”. (SIC)

Que, en este estado pasa el Tribunal a estudiar primeramente la excepción opuesta y de sus fundamentos surge que se pretende que el término de cinco días para recurrir el acto administrativo por parte de la accionante de la demanda, ha transcurrido en demasía por lo que debe declarar que ha operado la prescripción.

Que, sin embargo, al respecto del término que posee la accionante para interponer las demandas contenciosas administrativas establecidas en un principio en cinco (5) días o en los plazos contenidos en diversos cuerpos legales administrativos y en consecuencia a la variedad de plazos que discriminan en forma injusta a los ciudadanos, incurriendo en desigualdades procesales contrarias a principios constitucional, este Tribunal determinó efectuar una consulta a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia que se expidió al respecto en el Acuerdo y Sentencia N° 418 de fecha 22 de julio de 1995, entendiéndose que la diferencia sustancial existente entre los plazos concedidos al administrado y al administrador constituye una violación al principio de igualdad consagrado en el Art. 47 Inc. 2 de la Constitución Nacional, declarando, en consecuencia,

inaplicable el plazo de 5 días por ser manifiestamente inconstitucional, por lo que la jurisprudencia constante y pacífica de ambas salas en el Tribunal Contencioso-Administrativo, entendieron que el término similar de diez y ocho (18) días para contestar la demanda contenciosa es el plazo que debe ser considerado como término para imponerla ante el acto administrativo atacado.

Que, siguiendo con el orden de ideas, es importante mencionar, que al respecto se ha sancionado y promulgado por el Poder Legislativo y por el Poder Ejecutivo la Ley N° 4.046/10 “Que modifica el artículo 4° de la Ley N° 1462/1935 que establece el procedimiento para lo contencioso-administrativo”. El artículo 1° de dicha Ley, modifica el artículo 4° de la Ley 1462/1935, estableciendo que el recurso de lo Contencioso-Administrativo deberá interponerse dentro del plazo de diez y ocho (18) días.

Que, la Ley Procesal Civil dice que los actos o actuaciones solo surten efectos luego de que sean notificados sus destinatarios, a objeto de que puedan hacerse ejercicio de los derechos recursivos que le acuerda la Ley contra dichos actos, por lo tanto, al observar el término en que se ha interpuesto la presente demanda, incluso expresamente reconocidos por el excepcionante y tomando encuentra que se halla en autos, siendo así demostrado a fs. 38, que en fecha 06 de enero 2014, se da personalmente por notificado el actor, del Decreto N° 738 de fecha 27 de noviembre de 2013, de esta forma solo se puede concluir que la acción fue presentada dentro del plazo establecido para la misma, conforme la fecha de cargo del escrito de presentación de la demanda, debiendo en consecuencia rechazarse la excepción opuesta por la demandada.

Ergo, esta Magistratura, pasa a resolver la sentencia definitiva, se agravia el actor que en el presente caso se promueve demanda contencioso-administrativa, contra el Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el Ministerio de Justicia y Trabajo, por sostener el accionante la arbitrariedad de la misma.

Que, el Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictado por el Ministerio de Justicia y Trabajo, “Art. 30. Por el cual se dan por terminadas las funciones del funcionario Fermín Chamorro Colmán, como funcionario dependiente del Ministerio de Justicia y Trabajo, Cargo Técnico (II) Categoría E31, del Programa Trabajo Decente”, impugnado por el actor, analiza en primer término la presentación realizada por la citada cartera de Estado, a través de la cual solicita se den por terminadas las funciones de funcionarios con antigüe-

dad menor a dos (2) años, que prestan servicios en diferentes dependencias de la citada Secretaría de Estado, y cita los artículos 47 y 48 de la Ley N° 1626/200 “De la Función Pública”; básicamente citando una antigüedad desde el 29 de diciembre de 2011, que pueda ser removido sin sumario administrativo.

Que, el actor de esta demanda, se agravia por lo resuelto en el Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, ya que el citado acto administrativo dispuso dar por terminadas sus funciones, como funcionario del Servicio Nacional de Promoción Profesional, sin que previamente haya mediado sumario administrativo alguno, tal como lo establece la Ley 1626 “De la Función Pública”, que es el marco legal aplicable. A ese respecto, la Ley 1626/2000, en su Art. 18, dispone: “El nombramiento de un funcionario tendrá carácter provisorio durante un período de seis meses, considerándose éste como un plazo de prueba. Durante dicho período cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación jurídica sin indemnización ni preaviso alguno...”. Asimismo, el Art. 19 del mismo cuerpo legal, establece: “Cumplido el período de prueba sin que las partes hayan hecho uso de la facultad establecida en el artículo anterior, el funcionario adquirirá estabilidad provisorio hasta el cumplimiento del plazo previsto en el Capítulo VII de esta Ley”.

Que, surge a prima facie, que el actor ha reunido el requisito de los seis meses como período de prueba, por lo tanto, el mismo ya adquirió el estatus como funcionario de carrera, con estabilidad provisorio, detentando el derecho a no ser despedido del ente estatal, donde presta servicios sin las formalidades prescriptas en la Ley para ello, pues este derecho surge como una limitación al poder discrecional de la Administración de despedir al trabajador, unilateralmente y sin cumplir con los procedimientos establecidos en la norma. La doctrina aplicable, en relación al tema, sustenta la estabilidad a la que hacen mención los artículos citados precedentemente, y se refiere a la llamada protección contra el despido, la cual es una de las medidas adoptadas por la legislación para evitar el despido arbitrario del funcionario, por parte de la administración, precautelando de este modo sus derechos como trabajador, constituyéndose en una garantía para el funcionario y una limitación para el poder administrador. Caso contrario, se estaría siempre inseguro en su puesto laboral.

Que, el punto central de la cuestión radica en torno a la legalidad o no de la decisión adoptada a través de los actos administrativos, consiste en que un funcionario público no podrá ser despedido sin sumario administrativo previo,

en el cual con la debida intervención del funcionario, se arrije a la conclusión de que el mismo ha sido encontrado con responsabilidad administrativa y le corresponda la sanción de despido o destitución del cargo, que establece el Art. 43 de la Ley 1626/200, que dispone: “..La destitución del funcionario público será dispuesta por la autoridad que lo designó y deberá estar precedida de fallo condenatorio recaído en el correspondiente sumario administrativo”.

Que, entre las piezas procesales que integran estos autos, no obra constancia alguna de que el actor en esta demanda haya sido procesado a través de un sumario administrativo, con las formalidades establecidas en la antes citada norma, tampoco existe en estos autos, constancia alguna que indique que el actor haya sido sometido a evaluaciones y que en las mismas haya reprobado, conforme lo dispone el Art. 21 del antes citado cuerpo legal, que establece: “Los funcionarios públicos que resulten reprobados en dos exámenes consecutivos de evaluación serán desvinculados de la función pública, dentro de un plazo no mayor a treinta días”.

Que, es oportuno mencionar la Resolución N° 50/2008, dictada por la Secretaría de la Función Pública, “Que establece el Reglamento General del Sistema de Selección para el Ingreso y Promoción en la función pública, en cargos permanentes, mediante la realización de concursos públicos de oposición, de conformidad a los artículos 15 y 35 de la Ley N° 1626/2000. de la función Pública”, que en Art. 12, establece: “Permanencia del funcionario público en el plantel de la carrera administrativa. Quien ocupe un cargo público mediante un concurso público de oposición para su ingreso o quien mediante un concurso de oposición hubiera sido promocionado a otro cargo, pasará a integrar el plantel de funcionarios de la Carrera del Servicio Civil, sujeto al período de prueba de seis (6) meses establecido en el artículo 18 de la Ley N° 1626/200 “de la Función Pública” y sujeto a las evaluaciones periódicas. Su desarrollo o crecimiento en el Sistema de la Carrera podrá realizarse en forma horizontal o vertical según el escalafón administrativo o sistema de clasificación de cargos vigente...”.

Que, esta Magistratura concluye la cuestión, al observar que el actor, al someterse a un examen de admisión ha demostrado idoneidad para el ejercicio del cargo que ha accedido, según lo establece nuestra Carta Magna, en su Art. 47, De las garantías de la igualdad; Inciso 3) La igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y consecuentemente accediendo a la postura asumida por la autoridad administrativa

se estaría violando las garantías constitucionales de defensa en juicio, consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, al establecer que la defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable. La inviolabilidad de la defensa en juicio constituye una garantía fundamental para los ciudadanos, pues sólo a través de ella se podrán ejercitar en el marco de un proceso todas las demás garantías que la Constitución establece. Como todas las garantías constitucionales, la defensa en juicio se erige como una limitación al poder del Estado, en tanto su objeto es proteger al individuo sometido a una persecución de la cual se podría derivarse cualquier tipo de sanción, previendo un eventual uso arbitrario de esa facultad estatal. En un Estado de Derecho, la garantía del Debido Proceso es de observación imperativa.

Que, el Decreto N° 783 de fecha 27 de noviembre de 2013, impugnado por el actor, lesiona gravemente el derecho del accionante, puesto que fue dictado de manera arbitraria, sin considerar las formalidades previstas en la Ley como también sin derecho a la defensa por parte del afectado y muy en particular, sin haberse tenido en cuenta el requisito exigido por la norma contenida en el artículo 43 supra citado, por lo cual no se ajusta a derecho.

Que, de conformidad a la reiterada jurisprudencia administrativa del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, y atento a numerosas otras causas que han merecido igual tratamiento por este Tribunal, proceda a Hacer Lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, revocando el Decreto adoptado por el Ministerio de Justicia y Trabajo, por la que se da por terminada la relación jurídica laboral con el señor Fermín Chamorro Colmán, y disponiendo la restitución del citado funcionario en el cargo que venía desempeñando al tiempo en que fue dictado el acto impugnado que produjo su destitución, o en otro de similar categoría y remuneración, con derecho a percibir sus salarios caídos y demás beneficios sociales dejados de percibir con sus accesorios e intereses legales, a partir de la fecha de su cesantía en fecha 06 de enero de 2014, hasta el momento de su efectiva reincorporación, de conformidad y de acuerdo a los fundamentos desarrollados en el presente acuerdo.

Que, en cuanto a las costas de la instancia, ellas deberán ser soportadas por la parte perdedora.

A su turno los señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel y Gregorio Ramón Rolando Ojeda, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Preopinante, Dr. Mario Ygnacio Maidana Griffith, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante mí el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resuelve:

1) No hacer lugar a la excepción de prescripción de la acción interpuesta por el Abog. Roberto Moreno Rodríguez A., representante convencional de la parte demandada en el presente juicio caratulado: “Fermín Chamorro Colmán, contra Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictada por el Ministerio de Justicia y Trabajo”, conforme a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución.

2) Hacer lugar a la presente Demanda Contencioso-Administrativa planteada por los Abogs. Raúl Mongelós Schneider y Edgar Sanabria González, en Representación del Sr. Fermín Chamorro Colmán, contra Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, dictada por el Ministerio de Justicia y Trabajo y, en consecuencia,

3) Revocar la Resolución adoptada por el Ministerio de Justicia y Trabajo, obrante en el Decreto N° 783, de fecha 27 de noviembre de 2013, por la que se dan por terminada la relación jurídica laboral con el Sr. Fermín Chamorro Colmán, disponiendo la restitución del citado funcionario en el cargo que venía desempeñando al tiempo en que fue dictado el acto impugnado que produjo su eestitución, o en otro de similar categoría y remuneración, con derecho a percibir sus salarios caídos y demás beneficios sociales dejados de percibir con sus accesorios e intereses legales, a partir de su cesantía en fecha 06 de enero de 2014, hasta el momento de su efectiva reincorporación, de conformidad a los fundamentos desarrollados en el presente acuerdo.

4) Imponer las costas a la parte perdidosa.

5) Notificar, registrar y remitir copia a la Excelentísima. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados : Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Abog. Diego Mayor Gamel. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 181

Cuestión debatida: *Que se agravia el recurrente contra las resoluciones dictadas por la Cajubi- Itaipú Binacional, por la que le denegaron la jubilación por invalidez permanente y así mismo contra la Resolución que dio por terminadas las funciones del empleado”.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUNTA MEDICA. JUBILACIÓN. Invalidez por enfermedad.

Que, además, el informe de la Junta Médica designada por la Caja, ha demostrado la existencia de la enfermedad del paciente es degenerativa, crónica, progresiva de inicio de 9 años atrás, requiriendo controles, medicación y apoyo neurocognitivo de seguimiento continuo para garantizar el adecuado seguimiento, es decir, no ha descartado la existencia de la enfermedad denunciada por el accionante, como causal de Invalidez, para el derecho a la Jubilación solicitada. Asimismo, de conformidad al artículo 56 de la Ley 1361/88, se establece: “La Jubilación por Invalidez se concederá inicialmente con carácter temporal y provisorio por un periodo de dos a cinco años, durante las cuales los beneficiarios estarán obligados a someterse a los exámenes y tratamientos médicos que se les indiquen y que serán por cuenta de la Caja”; conforme a lo anterior, una vez presentado el resultado de la Junta Médica del IPS, la CAJU-BI debió proceder conforme a la misma y recién en caso de generarse alguna duda respecto a la invalidez, durante el periodo temporal, hacer uso de su reserva de derecho e investigar la misma. Procediendo de manera arbitraria, ante el primer dictamen médico dieron por terminadas las funciones del actor.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUNTA MEÉDICA. PRINCIPIO “INDUBIO PRO OPERARIO”.

Que, además debemos observar estrictamente lo dispuesto por el Art. 7° del Código Laboral que dicta: “Si se suscitase duda sobre interpretación o aplicación de las normas de trabajo, prevalecerán las que sean más favorables al trabajador, este principio universalmente conocido como “indubio pro operario”, denota que en cualquiera de los supuestos y ante la incertidumbre de incremento injustificado, y atendiendo que estos hechos del dictamen médico legitimado por el IPS, se debe estar por el criterio que sea más favorable al trabajador, pero aun así cabe destacar que fue reconocido expresamente por los aportes jubilatorios fueron pagados por el actor, durante 13 meses, desvirtuando las preten-

siones de la parte demandada según el Art. 54 inc., que habla de una antigüedad de aporte de 12 meses, lo cual el actor cumple con dicha exigencia.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. JUBILACIÓN.

Ergo, en nuestra Carta Magna se halla contemplado en el art. 103 “Del Régimen de Jubilaciones” que, debemos recordar que la jubilación está fundada sobre los aportes jubilatorios durante la ejecución de un trabajo lícito por el tiempo legal determinado, y podríamos definir al aporte jubilatorio en términos sencillos, como el descuento compulsivo que sufre el trabajador de su sueldo o salario para integrar los fondos de jubilaciones. que por lo tanto, corresponde entonces conforme a derecho el cobro de lo aportado a su jubilación de su salario, que ha demostrado fehacientemente como empleado de Itaipú Binacional.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. JUBILACIÓN.

Que, del análisis de las constancias del proceso llevado a cabo, la actora ha cumplido con todos los requisitos establecidos por Ley para la adquisición del derecho a la Jubilación por Invalidez, que la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional otorga a sus afiliados, siendo que uno de los requisitos más importantes es la declaración o el reconocimiento, por parte del Instituto de Previsión Social de la existencia de una Invalidez Permanente por Enfermedad, y consecuentemente, el Derecho a la Jubilación por Invalidez del afiliado. Cabe remarcar que de conformidad al artículo 2º de la Ley 1361/88, el objetivo de la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional, es el de asegurar al personal de la Itaipú y de la propia Caja, el acceso a los beneficios previstos en dicha Ley, al de jubilación por invalidez en este caso.

T. DE CUENTAS, SEGUNDA SALA, 21/04/2015. ALBERTO MARCELO QUIÑONEZ RODAS CONTRA LA RESOLUCIÓN 026/13 DE FECHA 08 DE ABRIL DE 2013 Y OTROS DICTADAS POR LA CAJUBI- ITAIPÚ BINACIONAL (Ac. y Sent. N° 181).

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Y el Miembro Del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, dijo: Que, en fecha 3 de enero del 2014 (fojas 123/133 de

autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Gustavo Adolfo Benítez Manchini, en representación del Sr. Alberto Marcelo Quiñónez Rodas, a promover demanda Contencioso-Administrativa, contra la Resolución N° 026/13, de fecha 08 de abril de 2013 y otros, dictadas por la Cajubi – Itaipú Binacional. Funda la demanda en los siguientes términos: “i. Hechos. Breve Introducción A modo de presentación del caso las Resoluciones de la Cajubi, confirmadas por el director general paraguayo de la Itaipú, desestimaron la solicitud de jubilación por invalidez planteada por el señor Alberto Marcelo Quiñónez Rodas, en su calidad de empleado de la Entidad Binacional Itaipu y afiliado a la Caja, pese al sufrimiento de una notoria disminución de su capacidad de trabajo (Art. 54 de la Ley 1351/88), a raíz del estadio al que llegó la enfermedad de Parkinson que padece. Se sustentaron irregularmente en que la enfermedad causante de la disminución de la capacidad de trabajo debe ser posterior a la vinculación laboral con Itaipu (requisito no previsto en la Ley 1361/88) y en el informe de un asesor médico que no es especialista neurólogo y que no integro la Junta Médica de IPS ni la designada por la Caja. El asesor – no el IPS ni Junta Médica alguna– sostuvo que el trabajador conservaba sus habilidades para seguir cumpliendo las especificaciones técnicas del contrato laboral con Itaipu. Sin embargo, lo que la Ley exige es que la invalidez sea declarada por el Instituto de Previsión Social o por una Junta Médica designada por la Caja (Art. 54). La Junta Médica designada por el Instituto concluyó que “corresponde invalidez total y permanente”. Lógicamente, el IPS resolvió conceder la jubilación por invalidez permanente y, como consecuencia de ello, la propia Itaipu decidió dar por terminadas las funciones del empleado. En el contexto reseñado, las resoluciones denegatorias de la jubilación ante CAJUBI resultan no solo irregulares sino absurdas, por lo que deben ser revocadas. Cabe aclarar que la Resolución N° 026/2013 fue notificada al trabajador el 15/04/2013. El 17/04/2012 el señor Quiñónez solicitó copias del expediente a fin de preparar su defensa, el 23/04/2013 su abogado patrocinante las retiró y el 25/04/2013 se presentó el pedido de reconsideración. La Resolución N° 39/2013 rechazó el recurso de reconsideración y fue comunicada al abogado patrocinante el 21/08/2013. Finalmente, el 30/08/2013, el afectado pidió la revisión de las resoluciones ante el director general paraguayo de la Itaipú y este también la rechazó, mediante la Determinación N° DET/GP/0054/2013, notificada al peticionante el 10/12/2013. 1. El Requisito de enfermedad posterior. Al inicio de la relación

laboral no es exigido por la Ley 1361/88 la exigencia de enfermedad posterior al inicio de la relación laboral con la Itaipú no se halla establecida en la Ley dictada por el Congreso. En efecto, la Ley N° 1361/88, que crea la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional, es la que establece los requisitos para la jubilación por invalidez. En su artículo 54, “Jubilación por Invalidez”, dispone: “El derecho a la Jubilación por Invalidez se adquirirá cuando el Afiliado sufra la disminución parcial o total, física o mental, de su capacidad de trabajo para desempeñar la función habitual de su cargo, declarada por el Instituto de Previsión Social o por una Junta Medica designada por la Caja, y mientras esta incapacidad subsista, siempre que reúna, además, una de las siguientes condiciones: a) tener como mínimo un año de servicio reconocido como tiempo de contribución a la Caja, si la Invalidez es causada por enfermedad no profesional o accidente de cualquier naturaleza que no sea del trabajo, o b) ninguna antigüedad o servicio reconocido por la Caja bastando su condición de Afiliado, si la Invalidez es causada por accidente de cualquier naturaleza o por enfermedad profesional...” Respecto a los incisos reproducidos, en el caso de Alberto Marcelo Quiñónez se aplica el inciso “a”, ya que su invalidez se origina en una enfermedad no profesional y cumple sobradamente el requisito de la antigüedad. El primer párrafo del artículo es el relevante para concluir que la desestimación de la jubilación es errada. EL requisito no es la enfermedad en si sino el sufrimiento de la disminución de la capacidad de trabajo, es decir, la invalidez.¹ La Ley no exige que la enfermedad que causa la invalidez deba ser necesariamente posterior al inicio de la relación laboral. Si la Ley hubiera querido incluir ello como requisito, lo tuvo que haber expresado claramente, tal como lo hace al precisar los tiempos exigidos de servicios en los citados incisos “a” y “b”. Y es oportuno destacar también que una cosa es la enfermedad (hecho- causa) y otra la invalidez (hecho-consecuencia). Que la primera es un hecho que puede o no originar una invalidez. Y que el requisito legal no es la existencia de la enfermedad sino la de la invalidez. En el caso concreto, incluso, la incapacidad para desempeñar las funciones laborales habituales se dio con posterioridad al inicio de la relación laboral. Y esto es congruente con la naturaleza de la enfermedad: “degenerativa, crónica, progresiva” (dictamen de la Junta Médica de Cajubi); “neurodegenerativa, progresiva e irreversible” (Junta Médica del IPS). La propia Resolución 39/2013 admite que la Ley no menciona taxativamente como requisito que la enfermedad deba ser posterior al inicio de la rela-

ción laboral (ver pág. 2, párrafo que comienza con “En lo que hace al punto 2...”). Entonces, resulta incongruente la conclusión de negar la jubilación. La Resolución 39/2013 pretende equivocadamente que una “interpretación armónica” con el Art. 58 lleva a la conclusión de que el requisito es que la enfermedad debe ser adquirida como empleado. Primeramente, si la enunciación de los requisitos para la jubilación por invalidez es taxativa, no cabe una interpretación extensiva. En segundo lugar, el Art. 58 tampoco introduce como requisito que la enfermedad sea posterior al inicio de la relación laboral. de lo contrario, lo hubiera incluido expresa, positiva y precisamente, tal como ya se señaló. En verdad, el Art. 58 se refiere a otro requisito que no guarda relación alguna con una exigencia de enfermedad posterior, sino con un grado de incapacidad que imposibilita una determinada remuneración. Por lo dicho, resulta categórico que la Ley dictada por el Poder Legislativo no exige como requisito para la jubilación por invalidez que la enfermedad causante de ella sea posterior al inicio de la relación laboral. Por ende, las resoluciones que desestiman la jubilación están erradas y deben ser revocadas. 2. El Art. 6° de un Reglamento Interno invocado por las resoluciones altera notoria y esencialmente requisitos establecidos en la Ley 1361/88. Uno de los argumentos de las resoluciones de la Cajubi para denegar la jubilación por invalidez es que la enfermedad padecida por el señor Alberto Marcelo Quiñónez Rodas es anterior a la relación laboral con la Itaipú y que el Art. 6° del “Reglamento de Procedimiento para el Otorgamiento del Beneficio de la Jubilación por Invalidez en forma Temporal y Provisoria” dispone que la jubilación no será otorgada si el informe de la Junta Médica concluye que la enfermedad causante de la disminución parcial o total es preexistente a la vinculación laboral. El artículo 69 del “Reglamento de Procedimiento para el Otorgamiento del Beneficio de la Jubilación por Invalidez en forma Temporal y Provisoria”, invocado por las resoluciones del Consejo, carece de validez porque es una norma de inferior jerarquía que agrega una condición nueva y más gravosa, no prevista en la Ley 1361/88, sin congruencia con los requisitos claramente establecidos en el Art. 54 de dicha Ley. La adición de un requisito distinto a los indicados en la Ley, introduciendo una nueva obligación o carga para acceder a la jubilación por invalidez, es claramente una alteración esencial jurídicamente inaceptable e inaplicable. Los únicos requisitos que la Ley establece para la adquisición del derecho a la jubilación por invalidez, en el caso de que sea causada por una enfermedad no profesional o accidente que no

sea del trabajo son: 1) la disminución parcial o total, física o mental, de la capacidad de trabajo para desempeñar la función habitual del cargo, declarada por el IPS o por una Junta Medica designada por la Caja; 2) tener como mínimo un año de servicio reconocido como tiempo de contribución a la Caja. Ambos requisitos los reúne sobradamente mi representado. Y en ninguna parte de la Ley se exige el requisito de que la enfermedad causante de la invalidez sea necesariamente posterior al ingreso del trabajador a la Itaipu. El ordenamiento jurídico no es un simple conjunto de normas en el que cada una de ellas tenga igual valor. Existe un orden jerárquico en el que la Constitución es la Ley suprema. En segundo lugar están los tratados, acuerdos y convenios internacionales. En tercer puesto están las leyes dictadas por el Congreso, como es el caso de la Ley 1.361/88. Y por último están otras disposiciones inferiores, como el Reglamento aludido. Por otra parte, las diversas normas jurídicas no solo integran el derecho positivo en el orden de prelación señalado sino que también deben subordinarse unas a otras de manera tal que las inferiores guarden una relación de conformidad con las superiores. Lo dicho en los dos párrafos anteriores está claramente ordenado en el Art. 137 de la Constitución: “de la supremacía de la Constitución. La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las Leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificaran y penaran en la Ley. Esta Constitución no perderá su validez si dejara de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”. Viene a cuento el siguiente comentario doctrinario: “Este precepto consagra el principio de supremacía constitucional y a la vez estatuye el orden de prelación en el derecho positivo nacional. En grado de subordinación (es decir, no oposición e inalteración) se encuadran, conforme a dicha preceptiva, los tratados y acuerdos internacionales, las Leyes emanadas del Congreso, los decretos del Poder Ejecutivo, las ordenanzas departamentales y municipales, los reglamentos y resoluciones administrativas, las acordadas de la Corte y cualquiera otras normas que integran el ordenamiento jurídico paraguayo” (Fer-

nández Arévalo, Evelio; Moreno Ruffinelli, José y Pettit, Horacio Antonio, “Constitución de la República del Paraguay. Comentada, Acordada y Anotada”, Tomo I, Intercontinental, Asunción, 2012, págs. 501/502). Puede verse también en dicha obra un buen ejemplo jurisprudencial: “...el principio de validez de las normas inferiores responde al grado de subordinación y ejecución de los mandatos de las normas superiores...” (Nota al pie de la página 501). El Art. 6° del Reglamento, al ordenar el cumplimiento de un requisito que la Ley no ordena, no solo lesiona la debida subordinación a la Ley dictada por el Congreso, sino también los derechos fundamentales de mi representado a la libertad y a la seguridad jurídica (Art. 99 de la Constitución). Una norma inferior no le puede obligar a hacer (demostrar que su enfermedad fue posterior a su ingreso a la Itaipu) lo que la Ley no le ordena. Y tampoco puede privarle del derecho a jubilarse por invalidez cuando que la preexistencia de la enfermedad no es un impedimento establecido en la Ley. Además, es elemental en un Estado de derecho el goce efectivo de la seguridad jurídica: los requisitos para jubilarse están en la Ley 1361 y es esta, en correspondencia con la Constitución, la que brinda la certeza de cuáles son las condiciones que debe cumplir. La pretensión de aplicar otra norma, inferior e incongruente con la superior, que introduce una nueva exigencia, viola su derecho a la seguridad jurídica. También debe decirse que las resoluciones, al negar la jubilación, lesionan el principio de protección especial del trabajo en todas sus formas y el de irrenunciabilidad de los derechos laborales otorgados *por la Ley (Art. 86 de la Constitución). El derecho a la jubilación es un derecho fundamental de orden laboral y es una de las manifestaciones específicas del derecho genérico a la seguridad social (Art. 95). Por otro lado, son evidentes y chocantes el anacronismo y la injusticia que conlleva el requisito del citado Art. 6° del “Reglamento de Procedimiento para el Otorgamiento del Beneficio de la Jubilación por Invalidez en forma Temporal y Provisoria”, invocado por las resoluciones del Consejo de la Caja. Desde una perspectiva jurídica moderna y derecho-humanista resulta francamente inaceptable que se niegue la jubilación por invalidez a un trabajador que ha llegado a circunstancias de incapacidad laboral por la evolución de una enfermedad que es además absolutamente ajena a su voluntad. Si se siguiera dicho criterio discriminatorio, tampoco se le daría empleo a una persona enferma pues su enfermedad podría acarrear en el futuro algún tipo de invalidez generadora de la jubilación. Salta a la vista que se lesiona seriamente la dignidad

humana y todo el abanico protectorio que el ordenamiento jurídico prevé contemporáneamente para condiciones especiales como la discapacidad y la tercera edad (ver, p.e., Arts. 88, 57, 68, 95 y concordantes de la Constitución). La Resolución 39/2013 niega que el Reglamento sea invalido pues sostiene que “la CAJUBI tiene la potestad de reglamentar su propia Ley”. En realidad, no es “el” Reglamento, en su conjunto, invalido. Es simplemente su artículo 69 el que no tiene valor, por lo ya explicado. Además, no es cierto que la CAJUBI reglamente “su” Ley. La Ley es del Congreso, es dictada por el Poder Legislativo. La Caja no tiene obviamente la misma jerarquía que el Parlamento para legislar: a los efectos de legislar, en su acepción amplia, es un órgano inferior. Lo que puede hacer es reglamentar la Ley del Congreso, pero cualquier reglamento es de inferior jerarquía a la Ley y para que cualquiera de las disposiciones reglamentarias sea válida, debe ceñirse estrictamente al ya mencionado Art. 137 de la Constitución. Hay que agregar que no solo la Constitución sino la propia Ley 1361/88 y el mismo reglamento Interno de la Caja Paraguaya d Jubilaciones y Pensiones del Personal de Itaipu Binacional (que reglamenta la Ley 1361/88), son categóricos en reconocer el orden de prelación de las normas jurídicas, la subordinación de las inferiores a las superiores y la necesaria relación de conformidad de las primeras a las segundas. El Art. 2º de la Ley 1361/88 ordena que la Caja tiene por objeto asegurar al personal de la Itaipú los beneficios previstos en esta Ley. El Art. 1º del citado Reglamento Interno dispone que “La Caja... es instituida por la Entidad Binacional Itaipú, en adelante la Patrocinadora, y constituida por Ley N° 1361/88, para asegurar al personal... los beneficios previstos es dicha Ley, sin que se afecten, alteren ni condicionen cualesquiera otros beneficios de la seguridad social que favorezcan a los sujetos de este reglamento y que provengan de otras disposiciones legales...”. Por supuesto, si se deben asegurar los beneficios provenientes de otras disposiciones legales, con igual o más razón se deben asegurar los derivados de la Ley 1361/88. El Art. 2º establece que “El objeto de este Reglamento es establecer mecanismos de funcionamiento y administración de la CAJA basado en la Ley 1361/88 y a las disposiciones jurídicas vigentes, implementando las normas y requisitos para la concesión de Beneficios...”. El Art. 141 reza: “La facultad reglamentaria del Consejo de Administración...surge de la expresa facultad acordada por el Art. 24 de la Ley N° 1361 del 19 de diciembre de 1988, a través del que se le autoriza a regular el funcionamiento de la Caja y de su Plan, en tanto y en cuanto no se oponga a

las disposiciones legales superiores vigentes”. Y el 142: “Las disposiciones de este Reglamento son complementarias a las de la Ley N2 1361/88 y a todas aquellas normas que, sobre previsión y seguridad social, se establecen en el Tratado de Itaipú y sus Anexos, la legislación nacional vigente en la materia...”. Cabe asimismo resaltar que el orden jerárquico de las normas jurídicas no está previsto solamente en la Carta Magna y en las normas inferiores citadas sino también en el Art. 9º del Código de Organización Judicial: “Los Jueces y Tribunales aplicarán la Constitución, los Tratados Internacionales, los Códigos y otras Leyes, los decretos, ordenanzas municipales y reglamentos, en el orden de prelación enunciado”. Por lo narrado, es indudable que el Tribunal de Cuentas, respetando el orden jerárquico de las normas jurídicas, la subordinación y la correspondencia de las normas inferiores a las superiores, debe revocar las resoluciones cuestionadas y otorgar a mi representado la jubilación por invalidez. La Resolución 39/2013, pretendiendo agregar otro argumento acerca de la aplicabilidad del Art. 6º del “Reglamento de procedimiento para otorgar la jubilación por invalidez”, alude al principio de la “autonomía de la voluntad”, inaplicable al caso concreto. Primero, no se trata de un acuerdo de voluntades sino de una disposición reglamentaria emanada unilateralmente del Consejo de la Caja, en contra de la Ley, incluso sin conocimiento de mi mandante cuando se presentó a peticionar la jubilación. Segundo, la legislación del trabajo y de la seguridad social es de orden público y, por tanto, los derechos y beneficios reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos y del trabajo y en la las Leyes dictadas por el Congreso son irrenunciables. 3. El Mero Parecer de Un Asesor de La Caja No Puede Desvirtuar Los Informes de Las Juntas Médicas Respecto a la declaración de invalidez por una Junta Médica, se halla entre los antecedentes el Informe de la Junta Medica G.S. N2 854/2012, del Instituto de Previsión Social, en el que se declara la invalidez total y permanente del actor. El diagnóstico médico y la conclusión de la Junta del IPS dice: “Paciente de 59 años de edad, con diagnóstico de Enfermedad de Parkinson; de forma rígida, a cinética. Enfermedad neurodegenerativa, progresiva e irreversible. Presenta trastornos en la marcha y en el equilibrio. Dependiente de terceras personas. Corresponde Invalidez total y Permanente”. La realización de la Junta Médica tuvo lugar el 13/12/2012. A base de dicho informe, el Instituto de Previsión Social resolvió lógica y legalmente concederle la jubilación por invalidez permanente (ver Resolución PIDAJ N° 75/2013, de fecha 15/01/2013).

La jubilación por invalidez permanente otorgada por el IPS tuvo como fecha de inicio el 13 de diciembre de 2012, tal como se ve en la citada Resolución PIDAJ N° 75/2013 y tal como lo menciona la Resolución 026/2013 de la Caja en el primer párrafo de su “Considerando”. La Resolución del IPS fue comunicada a la Cajubi mediante nota del Instituto, fechada el 11 de enero de 2013. Por su parte, la Entidad Binacional Itaipu, sustentada en la resolución del IPS que otorgo la jubilación, por invalidez total y permanente, resolvió dar por terminadas las funciones de mi representado en Itaipu. Por dicho motivo, dejo de percibir salarios de la Itaipu y su situación económica y de salud es gravemente perjudicial, pues ya pasaron numerosos meses sin poder cobrar salarios (por el termino de funciones), sin poder percibir la jubilación que debe conceder la Cajubi y sin poder gozar de la continuidad del usufructo del beneficio médico, asistencial y de mutualidad que la Itaipu concede al afiliado jubilado (Art. 103 de la Ley 1361). La decisión de la Itaipú de dar por terminada la relación laboral con mi representado está reconocida en el tercer párrafo del “Considerando” de la Resolución N° 026/2013: “...el afiliado recurrente cuenta con 59 años de edad, habiendo ingresado a la ITAIPÚ Binacional en carácter de empleado con el cargo de Asistente de Relaciones Públicas, en fecha 12 de julio de 2011, con Terminio de Funciones en fecha 27 de enero de 2013”. El informe de la Junta Médica del IPS es categórico para tener por cumplido el requisito de la disminución de la capacidad de trabajo para desempeñar la función habitual del cargo de mi poderdante. Cuando mi representado se hallaba tramitando su pedido de jubilación ante la CAJUBI, fueron las propias autoridades de esta las que le dijeron que, a fin de obtener la jubilación por invalidez ante la Caja, debía concurrir previamente al IPS a fin de que una Junta Médica del Instituto emitiera su informe y que la Caja iba a respetar dicho informe. No obstante, una vez concretado el informe de la Junta Médica del IPS y la consecuente Resolución del Instituto, otorgando la jubilación por invalidez permanente, la Caja resolvió que se conforme otra Junta Médica, designada por ella. Esta Junta Médica se integró con tres médicos neurólogos: Gustavo Báez Valiente, Víctor Fernando Hamuy Díaz de Bedoya y José Cortti. El informe de estos tres profesionales integrantes de la Junta Medica designada por Cajubi, concluye: “Es necesario concluir que la enfermedad del paciente es degenerativa, crónica, progresiva, de inicio desde nueve años atrás, requiriendo controles, medicación y apoyo neurocognitivo de seguimiento continuo para garantizar el adecuado seguimiento. Su

estatificación actual es intermedia”. La estatificación “intermedia” alude al estadio III (en el IV ya no se puede vivir solo y en el V se dan situaciones que preceden a la muerte). Por eso es que, en el escrito de reconsideración presentado a la Cajubi, el señor Quiñónez decía: “¿Es necesario aludir a todo esto para concluir que no se puede seguir dilatando angustiosamente mi situación actual y que es justo y necesario que se reconozca lo mas rápido posible mi derecho a la jubilación por invalidez?”. En verdad, el informe de la Junta Médica del IPS es más explícito y categórico en su conclusión. Pero el de la Junta designada por Cajubi es asimismo suficiente para concluir que se cumple el requisito de la Ley: “sufrimiento de la disminución parcial o total, física o mental, de la capacidad de trabajo para desempeñar la función habitual del cargo”. No cabe otra conclusión. Es decir, el dictamen de la Junta Medica designada por Cajubi (integrada por los tres doctores antes mencionados) no se contradice con el parecer de la Junta Médica del IPS. Y el Art. 81 del Reglamento Interno de la Cajubi, que reglamenta la Ley 1381/88, ordena claramente que solo “en caso de dictámenes contradictorios, la Caja podrá hacer valer el criterio brindado por el dictamen de la Junta Medica designada por la Caja, de conformidad con la previsión contenida en el Art. 55 de la Ley N° 1361/88”. Cabe también resaltar que el rotundo dictamen de la Junta Médica del IPS tiene suficiente fuerza legal y científica para concluir acerca de la pertinencia de la jubilación por invalidez. El IPS es la máxima institución en el país en lo que hace a conocimientos científicos, experiencia e idoneidad en materia de seguridad social y, dentro de esta, de las jubilaciones por invalidez. En lo que atañe a la suficiencia del dictamen del IPS, cabe tener presente lo que el propio Consejo de Cajubi ha dejado plasmado mediante su propio “Reglamento de Procedimiento para el Otorgamiento del Beneficio de la Jubilación por Invalidez en forma Temporal y Provisoria”. Así, su Art. 42 dice. “Para ser beneficiario de la Jubilación de Invalidez Temporal, el afiliado deberá ser examinado previamente por una Junta Médica designada para cada caso por el Consejo de Administración de la CAJUBI, salvo que ya cuente con Jubilación por Invalidez otorgada por el Instituto de Previsión Social...”. El Art. 12 dispone: “En caso de que el Instituto de Previsión Social otorgue una Jubilación por Invalidez, esta será válida para la Cajubi, conforme previsto en el artículo 54 de Ley N° 1361/88, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 55 del mismo cuerpo legal”. El artículo 55 se refiere no ya a una nueva Junta Médica específicamente, sino genéricamente, a “practicar las investiga-

ciones y los reconocimientos legales que estime convenientes para comprobar la invalidez total o parcial”. La suficiencia de la Junta Médica del IPS ha sido reconocida en los hechos por la propia Entidad Binacional Itaipu, la que dio por terminadas las funciones del demandante sustentándose en la resolución del IPS que le concedió la jubilación por invalidez. Por supuesto, Itaipu no volverá a contratarle pasando por encima del dictamen de la Junta Médica del IPS. Aun extremando las interpretaciones hasta lo absurdo, incluso de tenerse en cuenta la conclusión individual del Asesor de la Caja, el Dr. Juan González (“seguir cumpliendo con las especificaciones técnicas del contrato laboral”), una eventual continuidad de la relación laboral con la Itaipu es de cumplimiento imposible, por la propia decisión ya tomada por esta de terminar el contrato de trabajo ante la jubilación concedida por el IPS. La jerarquía y suficiencia del informe de la Junta Médica del IPS para que la Cajubi conceda también su propia jubilación están reconocidas por la jurisprudencia. A modo de ejemplo, en un caso incluso más desfavorable al solicitante, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió revocar las resoluciones del Consejo de la Caja y del director general paraguayo de la Itaipu, ordenando el otorgamiento de la jubilación por invalidez (Ac. y S. N° 131, del 08/06/2012). La Resolución 39/2013, sustentando la confirmación de la Res. 26/2013, sostiene, además de la preexistencia de la enfermedad, “...que el informe del asesor médico de la CAJUBI señala que el recurrente conserva las habilidades para seguir cumpliendo con las especificaciones técnicas del contrato laboral...”. Al respecto, hay que dejar bien en claro que el informe del Dr. Juan González, quien no fue integrante de la Junta Médica de especialistas neurólogos, es un simple parecer de él y no de la Junta Médica. Y no puede tomarse su parecer individual como el que exige la Ley: el de la Junta Médica del IPS o de la Junta Médica designada por Cajubi. Concluyendo este punto del escrito, resulta pues notorio que las resoluciones de la Caja que niegan la jubilación son erradas porque: a) el dictamen de la Junta Médica del IPS era suficiente; b) considerando también el dictamen de la Junta Médica de Cajubi, integrada por tres médicos especialistas neurólogos: Gustavo Báez Valiente, Víctor Fernando Hamuy Díaz de Bedoya y José Cortti, no hay dictámenes contradictorios; c) el mero parecer del asesor Juan González carece de fuerza legal. 4. La Resolución (“determinación”) del director general paraguayo de la Itaipú. La Determinación N° Det/Gp/0054/2013, de fecha 26/11/2013 (notificada a mi representado el 10/12/2013), que no hizo lugar al recurso de revi-

sión y que confirmó las dos resoluciones anteriores, dictada por el director general paraguayo de la Entidad Binacional Itaipú, nada dijo acerca del fondo de la problemática y se limitó escuetamente a afirmar, como todo fundamento, que las resoluciones de la CAJUBI “procesalmente no se encuentran viciadas”. La ausencia absoluta de fundamentación es notoria. 5. Necesidad de Revocación de Las Resoluciones. Por todo lo expuesto y argumentado a lo largo de este escrito, es indudable que las resoluciones cuestionadas deben ser revocadas y que el Tribunal de Cuentas debe ordenar la concesión de la jubilación por invalidez al señor Alberto Marcelo Quiñónez Rodas. Se adjuntan a este escrito las hojas de liquidaciones de haberes del actor desde diciembre de 2011 hasta diciembre de 2012, a los efectos de que en la parte resolutive de la sentencia se ordene la concesión por parte de la CAJUBI de la jubilación por invalidez y el pago del haber jubilatorio mensual inicial igual al 80 % del promedio de los 12 últimos meses de la remuneración percibida por el afiliado (Art. 60, inc. 3, de la Ley 1361/88) desde el 28 de enero de 2013, día siguiente a la desvinculación como empleado de la Entidad Binacional Itaipu (Art. 83, inc. “a” del Reglamento Interno, aprobado por el Consejo de Administración de La Cajubi, que se acompaña). Asimismo, la Cajubi Deberá pagar el abono anual igual a tanto doceavo del haber de la jubilación, devengados cada año (Art. 65 de la Ley 1361/88). II. Cosa Demandada. La concesión a mi representado de la jubilación por invalidez, de acuerdo a los Arts. 54; 60, inc. 3; 65 y concordantes de la Ley 1361/88, más las actualizaciones e intereses moratorios correspondientes, desde el 28 de enero de 2013”.

Termina ofreciendo sus pruebas y realizando el petitorio en concordancia con los términos de su demanda, solicitando que cumplidos con los trámites correspondientes se haga lugar a la presente demanda con costas.

Posteriormente, en fecha 31 de julio del 2014, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Roberto Ruiz Díaz B., en representación de la Entidad Itaipú Binacional, a contestar la presente demanda contencioso-administrativo. Funda la contestación en los siguientes términos: “Los antecedentes del caso. El actor, Sr. Alberto Marcelo Quiñónez Rodas trabajo al servicio de la Entidad Itaipu Binacional, desde el 12/07/2011 al 27/01/2013. Por ello, fue afiliado a la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la ITAIPU Binacional (CAJUBI), con carácter obligatorio, según lo dispone el art. 7 de la Ley 1.361 /88. El actor, en fecha 9 de agosto de 2.012, solicito a la Cajubi acogerse al

Beneficio de Jubilación por Invalidez. El Consejo de Administración, por Resolución N° 026 de fecha 08/04/13 desestimo dicha solicitud. Que, en fecha 25/04/13, el Sr. Alberto Marcelo Quiñónez Rodas planteo recurso de reconsideración contra la Res. 026/13 del Consejo de Administración de la CABJUBI, y esta, por Resolución N° 39/2013 de fecha 22/05/13 rechazó la reconsideración interpuesta. Que, el 30/08/2013, el actor plantea recurso de revisión contra las citadas Resoluciones de la CAJUBI (026/13 y 39/13). El Director General Paraguayo, a través de la DET/GP0054/2013 del 26/11/2013, confirma las resoluciones dictar-1” por el Consejo de Administración de la CAJUBI, precedentemente mencionadas. Tesis del actor. Que, el actor afirma que cumplió con los requisitos legales para acogerse al beneficio de la jubilación por invalidez. Considera el recurrente que las resoluciones atacadas en esta demanda son erradas porque concluyó que • la enfermedad causante de la disminución de la capacidad de trabajo fue anterior a la vinculación laboral con ITAIPU, y que el recurrente conservaba las habilidades para seguir cumpliendo con su contrato de trabajo. Por ello, pretende que el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte resolución revocando las resoluciones 026/13 y 39/13 del Consejo de Administración de la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional, así como la DET/GP0054/2013 del 26/11/2013 del Director General Paraguayo de la Entidad Itaipu Binacional, y en consecuencia, se ordene a la CAJUBI que se otorgue la jubilación por invalidez solicitada por el actor. Sobre los requisitos legales para acceder a la Jubilación por invalidez. La situación del actor esta prevista y regulada en la Ley No. 1.361 del 16/12/88, “que crea la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la ITAIPÚ Binacional”. La misma, en su Título VII, regula lo referente a las Jubilaciones, Pensiones y otros beneficios. Por un lado, establece el art. 54 que: “El derecho a la Jubilación por Invalidez se adquirirá cuando el Afiliado sufra la disminución parcial o total, física o mental, de su capacidad de trabajo para desempeñar la función habitual de su cargo”. En cuanto a la autoridad encargada de certificar aquella disminución física o mental, esa norma dice que debe ser “declarada por el Instituto de Previsión Social o por una Junta Médica designada por la Caja, y mientras esta incapacidad subsista”. También establece dicho artículo que el asegurado debe cumplir con las siguientes condiciones: a) tener como mínimo un año de servicio reconocido como tiempo de contribución a la Caja, si la invalidez es causada por enfermedad no profesional o accidente de cualquier naturaleza que no sea del

trabajo, y b) ninguna antigüedad o servicio reconocido por la Caja bastando condición de afiliado, si la Invalidez es causada por accidente de cualquier naturaleza o por enfermedad profesional, ocurrido o adquirida como empleado de la Itaipu o de la Caja”. Por otro lado, el art. 58 de la citada Ley dispone que: La invalidez por enfermedad no profesional adquirida como empleado de la Itaipú o de la Caja o por accidente de cualquier naturaleza, sobrevendrá cuando el afiliado se encuentre incapacitado para procurarse mediante una labor proporcionada a sus fuerzas, capacidad y formación profesional, una remuneración equivalente por lo menos a un tercio de la remuneración habitual que perciba un trabajador sano del mismo sexo y de capacidad y formación semejantes. Como se verá a continuación, el recurrente no cumplió con los requisitos previstos en las normas transcritas. Por ello, las resoluciones ahora atacadas, que rechazaron su solicitud de acceder al Beneficio de Jubilación por Invalidez, están ajustadas a la Ley, por lo que debe rechazarse la presente demanda contencioso-administrativa. Enfermedad del actor. Es errada la afirmación del actor al sostener que la exigencia de enfermedad posterior al inicio de la relación laboral con la ITAIPÚ “no se halla establecida en la Ley dictada por el Congreso” (sic). El art. 58 transcrito, y mencionado en el Considerando de la Res. N° 39/13 de la CAJUBI, indica claramente que la invalidez por enfermedad no profesional, adquirida como empleado de la Itaipú, sobrevendrá cuando el afiliado se encuentre incapacitado, en las condiciones señaladas en dicha norma. (Las negritas y cursivas son nuestras). Tanto el dictamen de la Junta Medica designada por el IPS como el establecido por la CAJUBI indicaron que la enfermedad del actor era crónica, progresiva. Incluso la Junta Médica de la CAJUBI especifico que la enfermedad se inició 9 años atrás a la fecha del examen. En ese entonces, el actor solo contaba con apenas 1 año de aporte a la Caja. En otras palabras, la enfermedad en cuestión el actor la adquirió muchos años antes de ser empleado de la ITAIPU y aportante de la CAJUBI. de esta manera, el actor cita una norma de la Ley 1.361 (art. 54), pero omite mencionar y analizar otra (art. 58). Sobre la incapacidad del actor. Que, el 19/03/13 el gerente general de la CAJUBI indicó al actor, mediante la Nota E/GER/0262/2013, que el estudio médico para determinar su estado de salud, a través de una Junta Médica. La misma refirió, entre otras cuestiones, que su cuadro se inició en el 2004, los tratamientos que realizó, los medicamentos consumidos y su estado neurológico actual. Concluyó que cognitivamente el paciente conserva criterios de calidad de vida rutinaria

e independencia en cuestiones básicas y que su estatificación actual es intermedia. A raíz de ese Informe, el Dr. Juan Alberto González indicó a la Caja que el actor conservaba las habilidades para seguir cumpliendo con las especificaciones técnicas de su contrato laboral. De esta manera, el actor no estaba dentro de lo previsto en el art. 58 de la Ley 1361, que dispone que existe invalidez por enfermedad no profesional “cuando el afiliado se encuentre incapacitado para procurarse mediante una labor proporcionada a sus fuerzas, capacidad y formación profesional, una remuneración equivalente por lo menos a un tercio de la remuneración habitual que perciba un trabajador sano del mismo sexo y de capacidad y formación semejantes”. Sobre la potestad de la CAJUBI para disponer la integración de una Junta Médica. Que, producido el pedido de un afiliado de la Caja para la acceder al beneficio de la Jubilación (por invalidez), establece la Ley que ella será declarada por el Instituto de Previsión Social o por una Junta Medica designada por la Caja, (art. 54). A su vez, dispone el art. 55 que “La Caja se reserva el derecho de practicar las investigaciones y promover los reconocimientos médicos-legales que estime convenientes para comprobar la Invalidez parcial o total”. En ese contexto, el 19/03/13 el gerente general de la CAJUBI indico al actor, mediante la Nota E/GER/0262/2013, que el estudio médico para determinar su estado de salud, a través de la conformación de una Junta Médica, con el análisis y la conclusión detallada más arriba. A esta indicación hecha por la Caja, basada en la normativa legal vigente, el actor se sometió, y después de conocer la conclusión de la Junta Médica, integrada por especialistas, ahora la pretende restar validez, sin aportar elementos objetivos, médicos, y científicos a ese efecto. Sobre los Pareceres Jurídicos. Los análisis realizados, tanto por los abogados de la CAJUBI como de la Itaipú Binacional, tomaron en consideración las normas vigentes de la Ley 1.361, y fundamentalmente basaron sus pareceres en los siguientes hechos y normas: Que, el actor tenía solo un año de antigüedad como empleado de la ITAIPÚ Binacional y como aportante de la Cajubi. Que su enfermedad el actor la adquirió nueve años antes de su ingreso como trabajador dependiente y afiliado, según Dictámenes Médicos, tanto del IPS como de la CAJUBI. Que, el actor conservaba las habilidades para seguir cumpliendo con las Especificaciones Técnicas de su contrato laboral. Como se vio más arriba, los arts. 54, 55, 57 y 58 de la Ley 1.361 prevén la situación de un afiliado que solicita la Jubilación por Invalidez, y el actor no reunió los requisitos establecidos en la misma. Por ello, no es cierto que los

Pareceres o las Resoluciones atacadas hayan invocado algún requisito no previsto en la Ley. Sobre el dictamen de la Junta Médica del IPS. La parte actora pretende que la CAJUBI tome la conclusión de la Junta Médica del Instituto de Previsión Social de manera exclusiva y excluyente. Sin embargo, la misma Ley del Congreso, (1361), como se vio más arriba, establece que la invalidez debe ser declarada por el Instituto de Previsión Social o por una Junta Médica designada por la Caja. En ese contexto, dicha Ley faculta a la Caja a reservarse el derecho de practicar las investigaciones y promover los reconocimientos médicos-legales que estime convenientes para comprobar la Invalidez parcial o total de algún afiliado. Y así lo hizo. Pero esta situación –de que la CAJUBI ejerció su derecho a designar una Junta Médica– no puede agraviar al recurrente y mucho menos pretender que la conclusión del IPS esté por encima de la expedida por la Junta Médica designada por la CAJUBI. En estas condiciones, es el actor el que está pretendiendo una situación distinta a la prevista en la Ley, al procurar dejar de lado el derecho de la Caja a realizar las investigaciones y reconocimientos médicos para comprobar la Invalidez de alguno de sus afiliados. Por otro lado, el hecho de que la ITAIPÚ Binacional haya puesto fin al vínculo laboral con el actor de esta demanda no le obliga a la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la ITAIPÚ Binacional (CAJUBI) a conceder necesaria u obligatoriamente el Beneficio de la Jubilación por Invalidez, pues esta Caja es una persona jurídica distinta a la Entidad Binacional ITAIPÚ, y tiene una Ley especial que regula su funcionamiento, como se detalló en esta contestación. Las resoluciones atacadas en esta demanda se ajustaron a la Ley y al derecho. Como se detalló más arriba, al no reunirse los requisitos establecidos en la Ley, la CAJUBI rechazó la solicitud del recurrente de que se le conceda el Beneficio de la Jubilación por Invalidez. Dichas resoluciones están precedidas de análisis y conclusiones tanto de la Junta Médica integrada por orden de la Cajubi como por los pareceres jurídicos pertinentes. En cuanto a la determinación emanada de la itaipu binacional, establece el art 25 de la Ley 1361 que las resoluciones del consejo de administración de la cajubi, en caso de ser recurridas por vía de reconsideración y sean confirmadas por dicho Consejo, son recurribles por vía de revisión ante el Director General Paraguayo de la ITAIPÚ. Ante la revisión planteada, en el caso que nos ocupa, el Director General Paraguayo confirmó las resoluciones del Consejo de Administración de la CAJUBI, rechazando de esa manera el pedido del recurrente. Por ello se puede afirmar que las resoluciones

de la CAJUBI y de la ITAIPÚ, atacadas en esta demanda Contencioso-Administrativa, se adecuaron a la Ley y rechazaron el pedido de concesión del Beneficio de Jubilación por Invalidez y por ello, la presente demanda debe ser rechazada. Esa resolución del director general paraguayo, documentada en la Determinación N° DET/GP/0054/2013, tomo en cuenta el Parecer Jurídico de la Dirección Jurídica de la ITAIPÚ, denominada I/AS. JE015/2013 del 14 de octubre de 2013, que concluyó que las resoluciones N° 026/13 y 039/13 del Consejo de la CAJUBI procesalmente no se encontraban viciadas. También tuvo a la vista la Conclusión de la Junta Médica designada por la Cajubi para el estudio de la situación del actor. Ese Parecer I/AS. JE015/2013, tomó en cuenta los fundamentos de las Resoluciones 026/13 y 039/13 de la CAJUBI, así como las manifestaciones del recurrente, y analizó los arts. 54, 55 y 58 de la Ley 1361, así como el del Reglamento para el otorgamiento del Beneficio de la Jubilación por Invalidez, y concluyó que, revisado el proceso, no se vislumbró que se haya vulnerado los principios de contradicción y bilateralidad, ni mucho menos aquellas que rigen el debido proceso. Sobre la prelación de leyes Con su análisis (parcial e incompleto), y por ello errado, el actor desarrolla la idea de la “prelación de las leyes”, en la que se dice que la ley inferior debe sujetarse y adecuarse a la norma superior. Pero antes de hacer esa referencia al orden de jerarquía de las leyes, es fundamental tomar todas las normas (artículos) que integran la Ley. Se queja el actor que se haya mencionado el art. 6 del Reglamento Interno invocado en una parte de las resoluciones atacadas, pero nada señala sobre la vigencia del art. 58 de la Ley 1361. La parte actora solo hizo una “interpretación literal” de una norma. En efecto, se limitó en poner énfasis en la manera que fue redactada una disposición legal. Pretendió encontrar sentido a lo ahí mencionado, limitándose a analizar únicamente las expresiones de aquel art. 54. No analizo ni el contenido, ni el alcance ni los efectos del art. 58 de la Ley en cuestión. de esta manera, dejo de realizar la denominada la “interpretación sistemática”. Mediante ella, se extrae dentro del texto de la Ley estudiada (1.361), un enunciado cuyo sentido tenga relación directa con el contenido general de dicha regulación legal. Se debe evitar entonces llegar a inconvenientes como el pensar que un solo enunciado definirá el contenido de la Jubilación por Invalidez, siendo que una Ley está integrada por un articulado que en conjunto dan sentido a dicha figura de la Jubilación. Pero más allá de una interpretación, en el caso que nos ocupa, estamos ante la necesidad de la “aplicación” de una norma, como lo es el art. 58

transcripto por mi parte en esta contestación, pero omitido por la adversa en su escrito inicial. Conclusión. La situación del actor, originada por la enfermedad que padece, no está encuadrada dentro de los requisitos de la Ley 1361 para que la CAJUBI le otorgue el beneficio de la Jubilación por Invalidez. En efecto, la enfermedad no profesional no fue adquirida como empleado de la ITAIPÚ; y el actor conserva las habilidades para seguir cumpliendo con las Especificaciones Técnicas de su contrato laboral. En consecuencia, la DET/GP0054/2013 del 26/11/2013, del director general paraguayo, que confirmó las resoluciones dictadas por el Consejo de Administración de la CAJUBI está ajustada a la Ley, al igual que las emitidas por dicha Caja de Jubilaciones, por lo que no corresponde que sean anuladas por este Tribunal de Cuentas. Por tanto, la presente demanda debe ser rechazada por su notoria improcedencia”.

Terminan solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Que a fojas 277 de autos, consta el A.I. N° 1175, de fecha 28 de noviembre de 2014, del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que dice: “Declarar la competencia del Tribunal, para entender en el presente juicio, y no existiendo hechos que probar, declarar la cuestión de puro derecho, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 242 del C.P.C., y córrase nuevo traslado a las partes por su orden”.

Que a fojas 301 de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 28 de febrero del 2015, donde el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, llama Autos para Sentencia.

Y el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, prosiguió diciendo: “Que, en fecha 07 de agosto de 2012, se presentó ante este Tribunal en nombre y representación el abogado Gustavo Adolfo Benítez Manchini, a promover Demanda Contencioso-Administrativa contra la Resolución N° 026/13, del 08 de abril de 2013 y otros, dictadas por la Cajubi Itaipú Binacional.

QUE, se agravia el recurrente contra la resolución N° 026/13, del 08 de abril de 2013 y otros, dictadas por la Cajubi – Itaipú Binacional, que en su parte oportuna dice: “Se sustentaron irregularmente en que la enfermedad causante de la disminución de la capacidad de trabajo debe ser posterior a la vinculación laboral con itaipu, (requisito no previsto en la Ley 1361/88) y en el informe de un asesor médico que no es especialista neurólogo y que no integró la junta médica

del ips ni la designada por la caja. el asesor –no el ips ni junta médica alguna– sostuvo que el trabajador conservaba sus habilidades para seguir cumpliendo las especificaciones técnicas del contrato laboral con itaipu. sin embargo, lo que la Ley exige es que la invalidez sea declarada por el instituto de previsión social o por una junta médica designada por la caja (art. 54). la junta médica designada por el instituto concluyo que “corresponde invalidez total y permanente”. lógicamente, el ips resolvió conceder la jubilación por invalidez permanente y, como consecuencia de ello, la propia itaipu decidió dar por terminadas las funciones del empleado” (sic).

QUE, la Itaipú Binacional y la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de Itaipu Binacional (CAJUBI) en su contestación de la demanda, según se desprende de sus afirmaciones siguientes: “ÉLa Ley 1361/88 hace mención al Art. 55 el cual preceptúa: “La caja se reserva el derecho de practicar las investigaciones y promover los reconocimientos médicos-legales que estime convenientes que comprobar la invalidez total o parcial” Este artículo quiere significar que la CAJUBI, como institución autónoma e independiente a cualquier otra institución incluida el Instituto de Previsión Social (IPS), puede practicar los estudios médicos que crea conveniente con miras a obtener conclusiones médicas en cuanto a la existencia o incapacidad (física o mental) de sus afiliados. Por lo que la determinación o resolución por parte del Instituto de Previsión Social (IPS) no debe considerarse la última palabra ya que la CAJUBI puede hacer valer el artículo transcripto” (SIC).

Que, haciendo un estudio del fondo de la cuestión planteada, esta Magistratura, ha encontrado en autos, que fue desestimado el pedido del actor, de pretender acogerse a una jubilación por invalidez, por padecer de la Enfermedad de Parkinson, encontrándose en la Fase III de dicho padecimiento, atendiendo a lo citado en la Ley N° 1361/88 que crea la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipu Binacional, en su Artículo 54; que dice “El derecho a la Jubilación por Invalidez se adquirirá cuando el afiliado sufra la disminución parcial o total, física o mental, de su capacidad de trabajo para desempeñar la función habitual de su cargo, declarada por el Instituto de Previsión Social o por una Junta Médica designada por la Caja, y mientras esta incapacidad subsista, siempre que reúna, además, una de las siguientes condiciones: a) tener como mínimo un año de servicio reconocido como tiempo de contribución a la Caja, si la Invalidez es causada por enfermedad no profesional

o accidente de cualquier naturaleza que no sea del trabajo, o b) ninguna antigüedad o servicio reconocido por la Caja bastando su condición de Afiliado, si la Invalidez es causada por accidente de cualquier naturaleza o por enfermedad profesional, ocurrido o adquirida como empleado de la Itaipu o de la Caja”

Que, del texto intrínseco del art. 54, de la Ley 1361/88, se desprende claramente que se faculta al Instituto de Previsión Social, ente de reconocida idoneidad en cuanto al tema que nos ocupa, a declarar, como un tercero imparcial, el derecho a la Jubilación por Invalidez, de un afiliado que así lo solicite y lo acredite, luego de una inspección médica. Se entiende que esto es así, de manera a dar garantía al afiliado, que su caso particular será estudiado y analizado por un tercero imparcial, por un ente idóneo en el tema, como lo es el Instituto de Previsión Social. Por todo ello la declaración de Invalidez Permanente por Enfermedad y la concesión de la Jubilación de Invalidez, otorgada por el Instituto de Previsión Social, al señor Alberto Marcelo Quiñónez Rodas, deviene procedente.

Que, además, el informe de la Junta Médica designada por la Caja, ha demostrado la existencia de la enfermedad del paciente es degenerativa, crónica, progresiva de inicio de 9 años atrás, requiriendo controles, medicación y apoyo neurocognitivo de seguimiento continuo para garantizar el adecuado seguimiento, es decir, no ha descartado la existencia de la enfermedad denunciada por el accionante, como causal de Invalidez, para el derecho a la Jubilación solicitada. Asimismo, de conformidad al artículo 56 de la Ley 1361/88, se establece: “La Jubilación por Invalidez se concederá inicialmente con carácter temporal y provisorio por un periodo de dos a cinco años, durante las cuales los beneficiarios estarán obligados a someterse a los exámenes y tratamientos médicos que se les indiquen y que serán por cuenta de la Caja”; conforme a lo anterior, una vez presentado el resultado de la Junta Médica del IPS, la CAJUBI debió proceder conforme a la misma y recién en caso de generarse alguna duda respecto a la invalidez, durante el periodo temporal, hacer uso de su reserva de derecho e investigar la misma. Procediendo de manera arbitraria, ante el primer dictamen médico dieron por terminadas las funciones del actor.

Que, además debemos observar estrictamente lo dispuesto por el Art. 7° del Código Laboral que dicta: “Si se suscitase duda sobre interpretación o aplicación de las normas de trabajo, prevalecerán las que sean más favorables al trabajador, este principio universalmente conocido como “indubio pro operario”,

denota que en cualquiera de los supuestos y ante la incertidumbre de incremento injustificado, y atendiendo que estos hechos del dictamen médico legitimado por el IPS, se debe estar por el criterio que sea más favorable al trabajador, pero aun así cabe destacar que fue reconocido expresamente por los aportes jubilatorios, fueron pagados por el actor, durante 13 meses, desvirtuando las pretensiones de la parte demandada según el Art. 54 inc. Que habla de una antigüedad de aporte de 12 meses, lo cual el actor cumple con dicha exigencia.

Que, en síntesis y dada la conducta omisa de la Cajubi, en autos no se ha probado más allá de los supuestos motivos porque lo que es ampliamente conocido que por principios constitucionales el poder punitivo del Estado, en este caso en relación a sus funciones, no pueden aplicarse medidas que evidencian las transgresiones como el Artículo 46, “De la igualdad de las personas. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”. Artículo 88, “De la no discriminación. No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales. El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado”. Y por último el Artículo 102, “De los derechos laborales de los funcionarios y de los empleados públicos. Los funcionarios y los empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la Ley y con resguardo de los derechos adquiridos”. Y el Artículo 94, “De la estabilidad y de la indemnización. El derecho a la estabilidad del trabajador queda garantizado dentro de los límites que la Ley establezca, así como su derecho a la indemnización en caso de despido injustificado”. Artículo 95, “De la seguridad social. El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la Ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población. Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado”.

Ergo, en nuestra Carta Magna se halla contemplado en el Art. 103 “Del Régimen de Jubilaciones” que, debemos recordar que la jubilación está fundada

sobre los aportes jubilatorios durante la Ejecución de un trabajo lícito por el tiempo legal determinado, y podríamos definir al aporte jubilatorio, en términos sencillos, como el descuento compulsivo que sufre el trabajador de su sueldo o salario para integrar los fondos de jubilaciones. que por lo tanto, corresponde entonces conforme a derecho el cobro de lo aportado a su jubilación de su salario, que ha demostrado fehacientemente como empleado de Itaipu Binacional.

Que, el hecho de que la Administración no haya actuado dentro de los parámetros que les fijan las normas citadas, pretende tener por inválidos los aportes encomendados a la Cajubi, sea desproporcionada afectando el principio de razonabilidad con que debe actuar la administración pública, las medidas que tome la Cajubi deben ser proporcionalmente adecuadas a su finalidad. Donde no hay proporcionalidad tampoco hay razonabilidad. Es plenamente aceptado que la actividad administrativa debe procurar la satisfacción concreta del interés público, del bien común. Esto constituye el fin del procedimiento. Cualquier desviación de esa finalidad lo vicia. Como afirma el maestro Miguel S. Marienhoff, “todo acto administrativo particular tiene una finalidad propia, correlativa a su objeto y contenido. Esta relación objeto-fin responde específicamente a la finalidad perseguida por la norma y por la que le confirió la competencia al órgano que dictó la resolución particular, y aquella, Ley en sentido formal o material, tiene su punto de partida y está condicionada, a su vez, por la norma constitucional que autoriza su dictado y la relación que existe entre ella y el fin perseguido por la constitución; en este sentido el fin perseguido por la constitución es que la administración respete, en su actuar, los principios de legalidad, defensa en juicio y debido proceso como garantías para el administrado.

Que, del análisis de las constancias del proceso llevado a cabo, la actora ha cumplido con todos los requisitos establecidos por Ley para la adquisición del derecho a la Jubilación por Invalidez, que la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional otorga a sus afiliados, siendo que uno de los requisitos más importantes es la declaración o el reconocimiento, por parte del Instituto de Previsión Social, de la existencia de una Invalidez Permanente por Enfermedad, y consecuentemente, el Derecho a la Jubilación por Invalidez del afiliado. Cabe remarcar que de conformidad al artículo 2º de la Ley 1361/88, el objetivo de la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional, es el de asegurar al personal de la Itaipu y de la

propia Caja, el acceso a los beneficios previstos en dicha Ley, al de jubilación por invalidez en este caso.

Que, de conformidad a lo expuesto precedentemente corresponde Hacer Lugar a la presente demanda Contencioso Administrativa promovida por el abogado gustavo adolfo benitez manchini, en nombre y representación del señor Alberto Marcelo Quiñonez Rodas contra la resolución N° 026/13, del 08 de abril de 2013 y otros, dictadas por la Cajubi – Itaipú Binacional, y en consecuencia, corresponde disponer la revocación de los actos administrativos impugnados; y por tanto, la caja paraguaya de jubilaciones y pensiones del personal de la Itaipu Binacional debe conceder el derecho a la jubilación por invalidez al afiliado sr. Alberto Marcelo Quiñonez Rodas, fundado en los motivos expuestos precedentemente. en cuanto a las costas, deben ser impuestas a la perdedora, de conformidad a lo dispuesto por el art. 192 del CPC. Es mi voto”.

A su turno los señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel y Gregorio Ramón Rolando Ojeda, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Preopinante Dr. Mario Ygnacio Maidana Griffith, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resuelve:

1) Hacer Lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa planteada por el Abog. Gustavo Adolfo Benítez Manchini, en representación del Sr. Alberto Marcelo Quiñónez Rodas, contra Resolución N° 026/13, de fecha 08 de abril de 2013 y otros, dictadas por la Cajubi – Itaipú Binacional y, en consecuencia:

2) Revocar los actos administrativos atacados, Resolución N° 026/13, de fecha 08 de abril de 2013 y la N° 39/2013, de fecha 22 de mayo de 2013, dictadas por el Consejo de Administración de la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional (cajubi), y la determinación N° Det/Gp/0054/2013, dictada por el director general paraguayo de la Entidad Binacional Itaipu.

3) Otorgar la jubilación por invalidez solicitada por el actor, de conformidad al artículo 56 de la Ley N° 1361/88.

- 4) Imponer las costas a la parte perdidosa.
- 5) Notificar, registrar y remitir copia a la Excelentísima. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Abog. Diego Mayor Gamel. Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 266

Cuestión debatida: *Que el presente fallo se aboca a la procedencia de la reclamación del actor que ha solicitado a la Subsecretaría de Estado de Tributación la devolución del crédito fiscal del I. V.A. correspondiente al periodo fiscal de marzo de 2011. La administración a través de la resolución de devolución de crédito fiscal N° 7930000368, rechaza parcialmente el crédito solicitado, concediendo la devolución de la suma de Gs. 708.682.826 (Guaraníes Setecientos ocho millones seiscientos ochenta y dos mil ochocientos veintiséis), hecho que agravia las pretensiones del actor quien expresa que dicha resolución no fue debidamente fundada y notificada.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Resolución Administrativa. NOTIFICACIÓN. Notificación electrónica.

Que, es aquí donde se produce mi principal cuestionamiento a la pretensión de la parte actora, puesto que esta magistratura en anteriores ocasiones ha sentado postura, en el sentido de que no podemos permitir un perjuicio económico enorme para con el Estado, por una supuesta forma de notificación indebida, criterio no compartido por esta magistratura, puesto que por el reglamento general citado líneas arriba, se establece que las solicitudes de devolución se tramitaran por vía electrónica, por lo cual a criterio de esta judicatura, la notificación fue realizada de manera correcta.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Que el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. El principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Admi-

nistración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, como forma de garantizar que los organismos del estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El Principio de Legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. El equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado. El fundamento de este sistema de garantías es la realización de la justicia distributiva del bien común -libertad, igualdad, etc.- entre los particulares. La sujeción de la Administración a la Ley constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho. El nacimiento del Principio de legalidad se debe al pensamiento revolucionario de 1789, que, al modificar la concepción del antiguo régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración Pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforman en una haz de derechos subjetivos públicos (Thomas Hutchinson. “Régimen de procedimientos administrativos”, editorial Astrea, 2ª Edición actualizada, 1994).

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Que, el concepto de legalidad se encuentra vinculado al concepto de competencia por el cual la norma administrativa le confiere a la Administración un determinado mandato y la administración debe actuar de acuerdo a ese mandato plasmado en la norma positiva, por lo que la administración no está autorizada a obrar en un sentido distinto al señalado por la norma, si actúa en forma diferente a lo que le manda la norma está violando el principio de legalidad. Dentro de nuestro sistema legal la Administración puede ser fuente del ordenamiento administrativo a través de su potestad reglamentaria, esto significa que está habilitada para dictar reglamentos, y también para derogarlos, pero una vez dictado un reglamento debe cumplir obligatoriamente las normas que la administración misma creó, salvo que las derogue expresamente, por lo tanto del Principio de Legalidad se deriva la prohibición de que la Administración Pública no cumpla las regulaciones normativas producidas por ella misma. “El

principio de legalidad, derivado del Estado de derecho, viene a convertirse en el eje central del régimen jurídico de la Administración Pública, ya que en caso de su infracción se justifica el conjunto de medios arbitrados por el derecho para restablecer el derecho violado” (Manuel María Diez. “Manual de Derecho Administrativo”. Tomo 2. Editorial Plus Ultra, 1985).

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Fuerza de verdad legal.

Que, la función de la Administración de tomar resoluciones, no tiene fuerza de verdad legal, justamente por eso la decisión del órgano administrativo, es revisable en sede judicial, y en nuestro Proceso legal administrativo el Juez Natural, que está dotado de independencia e imparcialidad para revisar los actos de los órganos administrativos es el Tribunal de Cuentas (artículo 265 de la Constitución Nacional, artículo 30 del Código de Organización Judicial) que tiene a su cargo el control judicial de las decisiones administrativas.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SENTENCIA. Vicios de Nulidad.

Del mismo modo este Tribunal ya se ha expedido en casos similares al de autos, que la falta de motivación constituye un vicio conforme a lo dispuesto en el art. 205 de la Ley N° 125/91, que copiado en la parte pertinente expresa: “Resoluciones:... Los pronunciamientos, en cuanto corresponda, deberán ser fundados en los hechos y en el derecho, valorar la prueba producida y decidir las cuestiones planteadas en el procedimiento o actuación...” (Acuerdo y Sentencia N° 274/13, juicio: “Loma Puku S.A. c/ Res. N° 989 de fecha 8-03-2012, dictada por la Subsecretaria de Estado de Tributacion (SET)”, y con el mismo criterio ha sostenido en otro fallo similar que el caso sub exámine presenta vicios en las resoluciones administrativas, en cuanto a que no se aprecian los elementos esenciales que debe contener un acto administrativo, por esta razón los cuestionamientos realizados por la administración y que no han sido debidamente fundados, limita el ejercicio efectivo del derecho a la defensa por parte del contribuyente. como he manifestado en fallos anteriores, esta... circunstancia constituye una actuación irregular, de la administración tributaria y atenta contra los principios rectores del derecho administrativo, y que tiene que tener como lógica consecuencia la ineficacia del acto, pues, constituye una desprolijidad e irresponsabilidad administrativa, ya que la motivación del acto es elemento esencial del mismo y la doctrina fulmina este vicio con la nulidad. (Acuerdo y

Sentencia N° 144/14. Juicio: “Cooperativa Multiactiva Neuland Ltda. c/ Res. N° 7530001982 y dict. por la Subsecretaria de Estado de Tributación”. N° 289, año: 2011).

T. DE CUENTAS. SEGUNDA SALA. 28/05/2015. DESARROLLO AGRÍCOLA DEL PARAGUAY S.A. CONTRA RESOLUCIÓN N.º 7930000368 de fecha 17 de Junio de 2013 dictada por la SUBSECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN. (Ac y Sent 266).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el Sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, dijo: Que, en fecha 23 de Agosto del 2013 (fojas 50/57 de Autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abog. Julio César Giménez Alderete, en representación de Desarrollo Agrícola del Paraguay S.A. (DAP S.A.), a promover demanda Contencioso-Administrativa, contra la Resolución N° 7930000368, de fecha 17 de Junio de 2013, dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación. Funda la demanda en los siguientes términos: “Hechos. Mi representada en su carácter de exportador, ha solicitado por medio de la nota con entrada N° 75001002144 de fecha 19/04/2013, y Documentación Inicial Requerida N° 76700001354 de fecha 20/03/13, la devolución del crédito fiscal del I.V.A. por operaciones de exportación correspondiente al periodo fiscal Marzo de 2011, por un monto total de Gs. 1.734.934.306 (Guaraníes Un mil setecientos treinta y cuatro millones novecientos treinta y cuatro mil trescientos ocho).(Prueba A) La Administración Fiscal por medio de su Resolución de Devolución de Crédito Fiscal N° 7930000368 de fecha 17 de Junio de 2013, rechaza parcialmente el monto solicitado en base a determinados cuestionamientos el Crédito fiscal reclamado. (Prueba B). En fecha 17 de Junio de 2013 la Administración Tributaria remite vía correo electrónico un Informe Final de Análisis con N° 77300000937, en cuyo informe funda las cuestiones que hacen al rechazo del crédito, firmado por la Lic. Nancy Notario, analista de Créditos Fiscales. (Prueba C). En Fecha 01 de Julio de 2013 mi representada interpone

Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución de Devolución de Crédito Fiscal N° 7930000364, según expediente de entrada N° 20133017931, argumentando falencias formatos en la notificación, como también la falta de sustentación jurídica, limitándose a transcribir generalidades sin identificar o individualizar detalladamente, tal como lo exigen de manera expresa y taxativa el numeral 1) de los artículos 212 y 225, respectivamente, de la norma impositiva de fondo, que preceptúa que: “Comprobada la existencia de deudas tributarias o reunidos los antecedentes que permitan presumir su existencia, se redactará un informe Pormenorizado Y Debidamente Fundado Por Funcionario Competente en el cual se consignará la individualización del presunto deudor, los tributos adeudados y las normas infringidas”, acreditándose de esta forma de manera innegable la falta de motivación requerida en todas las actuaciones administrativas. (Prueba D). Hasta la fecha la Administración Tributaria no se ha expedido respecto del Recurso de Reconsideración interpuesto conforme a la descripción señalada de manera precedente. De la procedencia de la acción. Conforme a la descripción de los hechos detallados en el punto anterior, se ha producido la denegatoria Tacita o Ficta al Recurso de Reconsideración interpuesto en contra de la resolución de devolución Nro. 7930000368 de fecha 17 de Junio de 2013, por el excesivo transcurso del plazo legal con lo cual queda expedita la vía administrativa para la interposición de la demanda contenciosa - administrativa, dentro de plazo de Ley, conforme lo estatuye expresamente el art. 237 de la norma impositiva, por lo que a fin de dar cumplimiento a la referida exigencia legal, venimos en tiempo y forma a plantear dicho recurso, amparado en el citado artículo y que al solo efecto de una mejor ilustración se transcribe igualmente a continuación el texto del art. 234 a fin de acreditar la denegatoria tacita de recurso: Artículo 234: Recurso de reconsideración o reposición: El recurso de reconsideración o reposición podrá interponerse dentro del plazo perentorio de diez (10) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la fecha en que se notificó la resolución que se recurre. Será interpuesto ante el órgano que dictó la Resolución que se impugna, y el mismo será quien habrá de pronunciarse dentro del plazo de (20) veinte días. En caso que dicho órgano ordene pruebas o medidas para mejor proveer dicho plazo se contara desde que se hubieren cumplido estas. Si no se dictare resolución en el término señalado se entenderá que hay denegatoria tácita de recurso. La interposición de este recurso debe ser en todo caso previo al recurso administrativo de apelación y

suspende la ejecución o cumplimiento del acto recurrido. Fundamentos. Mi representada en su carácter de exportador ha solicitado a la Administración Tributaria la devolución de los créditos del exportador por el I.V.A. ingresado a las áreas fiscales por la mecánica procesal de la carga impositiva que le corresponde por la operativa comercial. En ese sentido y en base al articulado legal (Art. 88j y concordantes, así como las respectivas reglamentaciones dictadas en su consecuencia) solicita la devolución de los créditos fiscales que le corresponde en derecho, que convenientemente fuera solicitado de acuerdo a la mecánica operativa de devolución estipulada por la Administración Fiscal, acompañados de los comprobantes que hacen de respaldo a lo debidamente solicitado. En base a lo mencionado la administración tributaria emite la resolución de devolución de créditos fiscales N° 7930000368 en la cual devuelve a mi representada una parte del crédito fiscal solicitado, argumentando por la parte no devuelta cuestionamientos fácticos que para nuestra parte no se sostienen, puesto que carecen de sustentos, tanto prácticos como legales como también de fondo y de forma que pasamos a exponer: El primer punto a destacar respecto de la notificación recibida, es que mi representada tiene acumulados varios expedientes de oposición que fueron interpuestos ante la Administración Tributaria en relación a las devoluciones de los créditos fiscales solicitados en anteriores periodos fiscales al actual (marzo 2011), los cuales están totalmente apartados de las normativas legales, puesto que las notificaciones que recibe carecen de validez jurídica en vista a que los mismos son notificados y recepcionados a través de correos electrónicos, que son formulados sin siquiera motivar su acto administrativo, omitiendo dar fundamentos detallados y pormenorizados y, con ello, simplemente rechaza en forma parcial el crédito fiscal que mi representada solicita, siendo un crédito legítimo, real, firme y exigible a favor de la empresa. Este rechazo del crédito fiscal solicitado, la Administración Tributaria lo pretende fundamentar en una notificación en la cual se expone de manera genérica y generalizada los aparentes motivos de la impugnación del crédito cuestionado, vía correo electrónico en un... que son en realidad papeles de trabajos realizados por los funcionarios en carácter preparatorio en base a ciertos cálculos cuyo contenido mi mandante desconoce. Corresponde destacar al solo efecto de resaltar las continuas y permanentes transgresiones en que incurre la Administración Tributaria con este tipo de prácticas, que la empresa de mi mandante ha venido recibiendo desde antes aquellas supuestas resoluciones de rechazo par-

cial de los créditos solicitados, en cuya oportunidad y en cada caso en concreto se les ha señalado y argumentado las graves falencias técnicas y legales que contienen, lo que las descalifica como actos administrativos y que en tales condiciones solo revisten el carácter de actos preparatorios, puesto que dichas resoluciones están viciadas con graves falencias por lo que contiene un vicio inicial que lo torna nulo de toda nulidad, ya que no se puede desconocer que los actos administrativos están sujetos a ciertas formalidades para que adquieran el carácter de legítimos y exigibles. Ahora bien, como consecuencia de los reclamos formulados en los periodos anteriores a los que ya se ha hecho referencia de manera precedente, se vienen arrastrando vicios y vacíos legales que son consecuentes para el presente periodo, pues considerando los distintos expedientes en los cuales hemos presentado nuestra oposición por las innegables e indubitables deficiencias en las que ha incurrido la Administración Tributaria en las supuestas notificaciones formuladas, sobre hechos que causan gravamen como lo constituye el rechazo de un crédito fiscal tributario que la empresa tiene a su favor, en donde la Administración Tributaria simplemente se limitaba a enviar por correo electrónico un supuesto Informe Final, elaborado por un subalterno que funge como analista de créditos fiscales, y que como tal no goza de autonomía de decisión, y tampoco sin precisar en virtud a que acto administrativo le facultaba a representar en el supuesto rechazo elaborado, en donde sin entrar en mayores detalles de índole técnico-legal, ni siquiera se precisaba si la autoridad competente; quien detenta la representación formal e ineludible de la entidad como lo es el Director General de Grandes Contribuyentes quien debía de hacer suyo el informe, o por lo menos precisar, si tan siquiera conocía el contenido, fundamentos, alcance e incidencia de tal rechazo, puesto que en aquellas notificaciones de las cuales hemos sido destinatarios, carecía totalmente de la más mínima y básica intervención del encargado de la aludida repartición, con lo cual simplemente no se podía conocer la voluntad del ente al que representa, sino más bien el parecer de un subalterno que puede o no ser aceptado como propio por el director general, con lo cual reviste solo el carácter de un mero dictamen, sin embargo, a pesar de tales defectos técnicos y legales las actuaciones de periodos anteriores pretenden ser reliquidados y ajustados trasladándose e incidiendo en los siguientes periodos. No obstante a lo mencionado, si bien en esta ocasión se aprecia que la aludida resolución de denegatoria parcial ya incluye la cita del nombre del director general, tampoco es menos

cierto que para el presente periodo se arrastran vicios que afectan directamente los saldos que recaen para el presente periodo. No obstante a lo mencionado de forma precedente, seguimos insistiendo en un vicio que no ha sido subsanado totalmente y para fundar lo aseverado pasaremos a detallar sucintamente. A la par de los puntos mencionados precedentemente de igual forma, existen otros indicadores que no permiten conocer con exactitud a que hechos, factores o elementos la Administración Tributaria hace referencia para impugnar los créditos fiscales solicitados, pues en el punto 4.3 del Informe Final se menciona que se ha procedido a reliquidar el formulario 120 y para el efecto cita al FL-DGR-17, sin embargo tal documento (?) no consta en ninguna parte ni se acompaña, tan solo se lo cita, pero independientemente de ello, el punto crucial es que nuestra parte desconoce su existencia y su contenido, y en tal situación, repetimos, ¿Cómo podríamos ejercer nuestro derecho a defensa sobre puntos relevantes que desconocemos?, todo ello con el agravante de que el factor tiempo constituye un elemento que conspira contra mi mandante y se convierte en aliado de la pretensión fiscal, pues el plazo sigue su curso y nuestra parte sigue en la misma incertidumbre, con lo cual se demuestra fehacientemente de que dicha falencia aún persiste y no ha sido subsanada. Aun ante tales elementos y factores discordantes, y haciendo constar nuestra desventaja en la relación jurídica que no condice con el principio de la igualdad de las partes y que además resulta violatorio del art. 191 de la Ley N° 125/91 al no traer a la vista el contenido de un informe que sirve nada más y nada menos que para practicar ajustes o reliquidaciones, constituye un despropósito, y que además de ello sirve como supuesta motivación del acto administrativo, entonces ya no queda más nada que demostrar ni acreditar respecto de la falencia señalada, sin embargo, pasaremos a señalar los puntos del informe que contienen errores de interpretación y de aplicación que resultan contrarios a los intereses de nuestra empresa, y en consecuencia violan nuestros derechos, de forma a que este excelentísimo Tribunal aprecie con exactitud las falencias esgrimidas. Analisis de Las Documentaciones E Informaciones. (Punto 4.2 del Informe Final) En primer término la redacción utilizada no permite entender el mensaje que se ha pretendido transmitir, para el efecto basta remitirse a dicho texto para corroborar lo mencionado...pues resulta de difícil comprensión cuando textualmente dice: “...donde se origina el saldo de Gs. 708.682.826...”. Y si se profundiza aún más en el punto 4.3 del informe final dice en su parte pertinente: “...teniendo en

cuenta el FL-DGR 17 Comprobación 120- Reliquidación del proceso anterior se ha procedido a reliquidar el formulario 120É”, para luego acompañar un cuadro de varios periodos fiscales que al parecer son parte de la reliquidación que se practica, repetimos, de manera unilateral, y como resultado de la supuesta reliquidación concluyen en el punto 4.4 del informe final que “...no se posee saldo anterior no devuelto por superar el valor FOBÉ”, aspecto que solo permite tejer conjeturas sin ningún grado de certeza, pues ¿quién ha efectuado la reliquidación?, ¿es un acto firme dicha reliquidación?, ya que siguiendo en la senda de la hipótesis (recalcamos la falta de certeza y de seguridad jurídica) de tratarse de incidencias de meses anteriores, es propicio resaltar que los mismos aún no han sido resueltos, habiéndose interpuesto las acciones administrativas correspondientes, por lo que mal podría tomarse aquel periodo para aplicarlo al siguiente, y peor aun cuando que los descargos formulados no han sido desvirtuados por la Administración que persiste en una interpretación totalmente errada, según se ha expuesto en su oportunidad, referida a la modalidad de exportación FOB. Control de Proveedores. (Punto 4.9 del Informe Final). En cuanto al punto en el cual se menciona que se ha realizado el cruce de proveedores declaradas en la DDJJII Hechauka, compras de la cual Según sus conclusiones surgen irregularidades y sin detallar en qué consisten tales irregularidades, simplemente se remite a un cuadro donde exponen que se cuestionan en conceptos de proveedores omisos e inconsistentes por la suma total de los no retenidos y los omisos, Gs. 2.110.692 (Guaraníes Dos millones ciento diez mil seiscientos noventa y dos), cuyo cuestionamiento se conceptúa por proveedores inconsistentes por la porción no retenida, cuando que de acuerdo a la resolución emanada y reglamentada por la misma entidad que hoy trata de inconsistentes facturas no retenidas en las cuales se solicita la devolución de los créditos ingresados, son productos y consecuencias que por su cuantía no superan el mínimo establecido para proceder a su retención, de acuerdo al Dto. Nro. 1.164/04 debidamente reglamentado por la Resolución Nro. 54/11 que taxativamente expresa cuanto sigue: Resolución Gral. N°54/11 Artículo 2; El monto de la retención se determinara aplicando el cien por ciento (100%) del IVA incluido en las facturas correspondientes a las mencionadas adquisiciones. La retención se deberá efectuar cuando se produzca cualquiera de los siguientes actos...Se exceptúan de esta disposición: a) Las adquisiciones por importes, excluido el IVA, inferiores a diez (10) jornales diarios para actividades diversas no especificadas en la capital de la

República, vigentes a la fecha de pago. Quedando facultada la Subsecretaria de Estado de Tributación a actualizar dicho importe, con carácter general... Se citan a continuación a los proveedores a quienes no se les practico las correspondientes retenciones en base a la mencionada normativa que avala la forma de proceso en cuanto a que las retenciones deben ser practicadas cuando los montos facturados superen el parámetro de 10 jornales, que a simple vista y sin necesidad de recurrir a complejos cálculos se puede apreciar de manera innegable que los montos cuestionados ni siquiera sobrepasan los 10.000 Gs. (diez mil Guaraníes), por consiguiente desconocemos la tabla de conversión de salarios vs Guaraníes que fuera utilizado para impugnar los créditos:

Nº	Proveedor	Importes impugnados
1.	Jorge Darío García	Gs. 4.091
2.	Anuncio Medina Noguera	Gs. 16.174
3.	Alicia Mores Casartelli	Gs. 5.455
4.	María de Estigarribia	Gs. 2.727
5.	Virginia Ríos	Gs. 909
6.	Delis Cabrera Cáceres	Gs. 2.727
7.	María Fátima Argüello	Gs. 2.273

Por otra parte, también se mencionan diferencias en las cuantías de la retenciones realizadas, sin que el funcionario actuante haya tenido en cuenta que esas facturas, las cuales se les proveyó y las tuvo a mano y con suficiente tiempo para su comprobación, análisis y confrontación, resultan de operaciones que son consignadas en dólares, que por el correspondiente tipo de cambio utilizado surge la diferencia notada en el supuesto informe final, aspecto que se debe tener en cuenta y corregir en base a dichos documentos y no sobre meras presunciones o estimaciones totalmente subjetivas y antojadizas. (Prueba E). En cuanto al proveedor Manuel Pacheco Da Silva el mismo es contribuyente de la obligación del Impuesto a la Renta del Pequeño Contribuyente que determina el Impuesto al Valor Agregado por el Régimen Simplificado, que ya también es repetitivo y recurrente el tema pues como se ha mencionado en varios procesos anteriores de que el mismo por su condición en cuanto a su obligación fiscal no se le puede practicar la correspondiente retención tal cual lo indica la norma reglamentaria que se transcribe a continuación: Resolución General N° 13/09.

Art. 2°. No procederá la retención del Impuesto al Valor Agregado, dispuesta por el Decreto N° 1164/2008, en las adquisiciones, de bienes y servicios realizadas: a) de los contribuyentes del Impuesto a la Renta del Pequeño Contribuyente que determinen el Impuesto al Valor Agregado por el Régimen Simplificado. Para este efecto será suficiente que el mismo presente su Constancia de Inscripción en el RUC que podrá obtener ingresando a la página WEB de la SET o en su caso a través de las Plataformas de Atención al Contribuyente (PAC); y. Al proveedor en cuestión, al igual que en el presente periodo como en otros ya defendidos por nuestra parte, se le vuelve a tomar dentro del listado de los omisos, sin más argumento o valoración correspondiente que haga creíble la actuación del funcionario actuante en el presente acto que sin más trámite impugna un crédito totalmente exigible, demostrando así el desinterés de argumentar el motivo que avale la referida impugnación, denotando así la apatía de querer arrimarse a la veracidad de los hechos con fundamentos que hagan a una tesis demostrable y no la simple decisión caprichosa de realizar un acto de esta naturaleza por impulsos desmedidos en contra del contribuyente, que lo torna arbitraria. de lo expuesto, surge entonces el crédito que se pretende impugnar por los conceptos señalados es legítimo y consistente, por lo que a la luz de los principios que rigen en materia Administrativa, y que nuestra legislación impositiva lo recoge, el intérprete debe atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, atendiendo a la realidad y no solo a la forma jurídica. (Prueba F). Verificación Formal de Los Comprobantes. (Punto 4.10 del Informe Final) En el caso de las Facturas de servicios públicos (Ande) de cuyas observaciones devienen del hecho de que no existe correspondencia con la razón social, es que con los propietarios de los inmuebles a quienes si corresponde la titularidad de las facturas se han firmado contratos de Aparcería que obran en poder de la Administración Tributarias, en donde ya en varias oportunidades se ha advertido del hecho en las oposiciones interpuestas en los anteriores rechazos, la persistencia ante tales elementos de convicción denota que los funcionarios actuantes siguen sin tomar razón de tales instrumentos, de ahí que se vuelve a resaltar la ligereza de sus apreciaciones, aun cuando ya fueron señalados con anterioridad, pues de existir la voluntad de arribar a la verdad material, solo cabe remitirse a los mismos archivos fiscales y verificar tales instrumentos contractuales los que surten su validez por todo el periodo de vigencia, sin necesidad de que mes a mes se deba aclarar que existe un contrato firmado,

pues la Resolución General N° 77/12, Por la cual se aprueban normas complementarias para la aplicación del impuesto a las rentas de las Actividades Agropecuarias (Imagro), establecido en la Ley N° 125/91, con la redacción dada por la Ley N° 2421/2004, y reglamentado por el Decreto N° 8279/12, dice con toda claridad: Art. 14.- Titularidad de La Explotación - Inicio o Clausura de Actividades de conformidad a lo establecido en el Art. 34 de la Ley N° 125/91 (JA), se presume que el propietario del inmueble rural es el titular de la renta salvo que terceros realicen las actividades gravadas mediante contrato por escrito, en cuyo caso deberá comunicarlo a la SET, por medio del Formulario 155 o el que lo sustituya en el futuro, dentro de los siguientes treinta días hábiles de haber suscripto el documento. En los casos de inicio o clausura de actividades se entenderá, salvo prueba en contrario, que la efectiva entrega del inmueble se produjo en la fecha de celebración del contrato de arrendamiento o de transferencia, o en la fecha de inscripción de la escritura de transferencia en el Registro Público. A los efectos del Art. 219 del C.P.C., manifestamos expresamente que esos documentos contractuales de aparcería se encuentran en las Oficinas de la Subsecretaría de Estado de Tributación, Dirección General de Grandes Contribuyentes, por lo cual y desde ya, solicitamos se libre oficio a dicha dependencia estatal para que remitan copias autenticadas de los mismos. Por otra parte, no puede pasar desapercibido que pretender impugnar facturas emitidas por una empresa pública como la ANDE por cuestiones formales, resulta un despropósito y un imposible, pues además del innegable servicio prestado y el precio público fijado o liquidado no es factible dejar de cumplir con la misma, pues la mecánica es diametralmente opuesta a otros proveedores, en este caso la citada empresa estatal solo procederá a la suspensión del servicio generando un inconveniente mucho mayor para nuestra empresa que requiere contar con energía eléctrica para cumplir con su finalidad, además no se puede poner en tela de juicio que el servicio se prestó y el precio público se pagó a una empresa del estado, que ahora ese mismo estado pretende impugnar comprobantes por meras formalidades de una de sus empresas. (Prueba G) Derechos. Se basa la presente demanda en las disposiciones contenida en la Ley 125/91, modificada por la Ley 2.421/04 en su Artículos 88, 196, 200, 212, 225, 2342 y 2373, 240 y concordantes de la norma impositiva y la Ley N° 1462/35 con sus modificaciones y reglamentaciones, respectivamente

Termina ofreciendo sus pruebas y realizando el petitorio en concordancia

con los términos de su demanda, solicitando que cumplidos con los trámites correspondientes se haga lugar a la presente demanda con costas.

Posteriormente, en fecha 06 de diciembre del 2013, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Hugo A. Ocampos Lozano, abogado fiscal del Ministerio de Hacienda, bajo patrocinio de Abog. del Tesoro Hernán Martínez, a contestar la presente demanda contencioso-administrativo. Funda la contestación en los siguientes términos: “Fundamentos de la Demanda y correspondiente contestación. Al Analizar el escrito de Interposicion de Demanda, la parte actora sostiene que: “...Mi representada en su carácter de exportador, ha solicitado a la Administración Tributaria la devolución de los créditos del exportador por el IVA ingresado a las áreas fiscales por la mecánica procesal de la carga impositiva que le corresponde por la operativa comercial. En ese sentido y en base al articulado legal (Art. 88 y concordantes, así como las respectivas reglamentaciones dictadas en su consecuencia) solicita la devolución de los créditos fiscales que le corresponde en derecho, de acuerdo a la mecánica operativa de devolución estipulada por la Administración Fiscal, acompañados de los comprobantes que hacen de respaldo a lo debidamente solicitado. En base a lo mencionado la Administración Tributaria emite la Resolución de Devolución de Créditos Fiscales N° 7930000368, en la cual devuelve a mi representada una parte del crédito fiscal solicitado, argumentando por la parte no devuelta cuestionamientos facticos que para nuestra parte no se sostienen, puesto que carecen de sustentos, tanto prácticos como legales, como también de fondo y de forma que paso a exponer: El primer punto a destacar respecto de la notificación recibida, es que mi representada tiene acumulados varios expedientes de oposición que fueran interpuestos por ante la Administración Tributaria en relación a las devoluciones de los créditos fiscales solicitados en anteriores periodos fiscales a la actual (marzo 2011), los cuales están totalmente apartados de las normativas legales, puesto que las notificaciones que recibe carecen de validez jurídica en vista a que los mismos son notificados a troves de correos electrónicos, que son formulados sin siquiera motivar su acto administrativo, omitiendo dar fundamentos detallados y pormenorizados, y con ello, simplemente rechaza en forma parcial el Crédito fiscal que mi representada solicita, siendo un crédito legítimo, real, firme y exigible a favor de la empresa. Este rechazo del crédito fiscal solicitado, la Administración Tributaria lo preside fundamentar en una notificación en la cual se expone de manera genérica y generalizada los aparen-

tes motivos de la impugnación del crédito cuestionado, vía correo electrónico en un Informe Final, que son en realidad papeles de trabajo realizados por los funcionarios en carácter preparatorio en base a ciertos cálculos cuyo contenido mi mandante desconoce.- Corresponde destacar al solo efecto de resaltar las continuas y permanentes transgresiones en que incurre la Administración Tributaria con este tipo de prácticas, que la empresa de mi mandante ha venido recibiendo desde antes aquellas supuestas resoluciones de rechazo parcial de los créditos solicitados, en cuya oportunidad y en cada caso en concreto se les ha señalado y argumentado las graves falencias técnicas y legales que contienen, lo que las descalifica como actos administrativos y que en tales condiciones solo revisten el carácter de actos preparatorios, puesto que dichas resoluciones están viciadas con graves falencias por lo que contiene un vicio inicial que lo torna nulo de toda nulidad, ya que no se puede desconocer que los actos administrativos están sujetos a ciertas formalidad es para que adquieran el carácter de legítimos y exigibles... “ (sic). Más adelante, sigue con sus fundamentos, argumentando que: “...análisis de Las Documentaciones E Informaciones. (Punto 4.2 del Informe Final).-En primer término la redacción utilizada no permite entender el mensaje que se ha pretendido transmitir, para el efecto basta remitirse a dicho texto para corroborar lo mencionado...pues resulta de difícil comprensión cuando textualmente dice: “...donde se originó el saldo con derecho a devolución de Gs. 708.682.826... “,- Y si se profundiza aún más en el punto 4.3 del informe final dice en su parte pertinente: “...teniendo en cuenta el FL-DGR 17 Comprobación 120- Reliquidación del proceso anterior se ha procedido a relíquidar el formulario 120...”, para luego acompañar un cuadro de varios periodos fiscales que al parecer son parte de la reliquidación que se practica, repetimos, de manera unilateral, y como resultado de la supuesta reliquidación concluyen que “...no se posee saldo anterior no devuelto por superar el valor FOB... “ aspecto que solo permite tejer conjeturas sin ningún grado de certeza, pues ¿quién ha efectuado la reliquidación?, ¿es un acto firme dicha reliquidación?, ya que siguiendo en la senda de la hipótesis (recalcamos la falta de certeza y de seguridad jurídica) de tratarse de incidencias de meses anteriores, es propicio resaltar que los mismo aún no han sido resueltos, habiéndose interpuesto las acciones administrativas correspondientes, por lo que mal podría tomarse aquel periodo para aplicarlo al siguiente, y peor aun cuando que los descargos formulados no han sido desvirtuados por la Administración que persiste en una inter-

pretación totalmente errada, según se ha expuesto en su oportunidad, referida a la modalidad de exportación Fob.-control de Proveedores: En cuanto al punto en el cual se menciona que se ha realizado el cruce de proveedores declaradas en la DDJJII Hechauka compras de la cual según sus conclusiones surgen irregularidades y sin detallar en qué consisten tales irregularidades, simplemente se remite a un cuadro donde expone que se cuestionan en concepto de proveedores omisos e inconsistentes por la suma total de los no retenidos y los omisos, Gs. 2.110.692 (Guaraníes Dos Millones Ciento Diez Mil Seiscientos Noventa y Dos), cuyo cuestionamiento se conceptúa por proveedores inconsistentes por la porción no retenida, cuando que de acuerdo a la resolución emanada y reglamentada por la misma entidad que hoy trata de inconsistentes facturas no retenidas en las cuales se solicita la devolución de los créditos ingresados, son productos y consecuencias que por cuantía no superan el mínimo establecido para proceder a su retención, de acuerdo al Dto. N° 1.164/04 debidamente reglamentado por la Resolución N° 54/11, que taxativamente expresa cuanto sigue: El monto de la retención se determinará aplicando el cien por ciento (100%) del IVA incluido en las facturas correspondientes a las mencionadas adquisiciones. La retención se deberá efectuar cuando se produzca cualquiera de los siguientes actos:...Se exceptúan de esta disposición: a) Las adquisiciones por importes, excluido el IVA, inferior es a diez (10) jornales diarios para actividades diversas no especificadas en la capital de la República, vigentes a la fecha de pago. Quedando facultada la Subsecretaria de Estado de Tributación a actualizar dicho importe, con carácter general. Verificación Formal de los Comprobantes: En el caso de las facturas de servicios públicos (Ande) cuya observaciones devienen del hecho de que no existe correspondencia con la razón social, es que con los propietarios de los inmuebles a quienes si corresponde la titularidad de las facturas se han firmado contratos de Aparcería que obran en poder de la Administración Tributaria, en donde ya en varias oportunidades se ha advertido del hecho en las oposiciones interpuestas en los anteriores rechazos, la persistencia ante tales elementos de convicción denota que los funcionarios actuantes siguen sin tomar razón de tales instrumentos, de ahí que se vuelve a resaltar la ligereza de sus apreciaciones, aun cuando ya fueron señalados con anterioridad, pues de existir la voluntad de arribar a la verdad material, solo cabe remitirse a los mismos archivos fiscales y verificar tales instrumentos contractuales los que surten su validez por todo el periodo de vigencia, sin

necesidad de que mes a mes se deba aclarar que existe un contrato firmado, pues Resolución General N° 77/12, Por la cual se aprueban Normas Complementarias para la Aplicación del Impuesto a las Rentas de las Actividades Agropecuarias (Imagro), establecido en la Ley N° 125/91, con la redacción dada por La Ley N° 2421/2004, y Reglamentado por el Decreto N° 8279/12, dice con toda Claridad: “Art. 14: Titularidad de la Explotacion - Inicio o Clausura de Actividades. De conformidad a lo establecido en el Art. 34 de la Ley N° 125/91 (TA), se presume que el propietario del inmueble rural es el titular de la renta salvo que terceros realicen las actividades gravadas mediante contrato por escrito, en cuyo caso deberá comunicarlo a la SET, por medio del Formulario 55 o el que lo sustituya en el futuro, dentro de los siguientes treinta días hábiles de haber suscripto el documento. En los casos de inicio o clausura de actividades se entenderá, salvo prueba en contrario, que la efectiva entrega del inmueble se produjo en la fecha de celebración del contrato de arrendamiento o de transferencia, o en la fecha de inscripción de la escritura de transferencia en el Registro Público. Por otra parte, no puede pasar desapercibido que pretender impugnar facturas emitidas por una Empresa Pública como la Ande por cuestiones formales, resulta un despropósito y es imposible, pues además del innegable servicio prestado y el precio público fijado o liquidado no es factible dejar de cumplir con la misma, pues la mecánica es diametralmente opuesta a otros proveedores, en este caso la citada empresa estatal solo procederá a la suspensión del servicio generando un inconveniente mucho mayor para nuestra empresa que requiere contar con energía eléctrica para cumplir con su finalidad, además no se puede poner en tela de juicio que el servicio se prestó y en precio público se pagó a una empresa del estado, que ahora ese mismo estado pretende impugnar comprobantes por meras formalidades de una de sus empresas... “(sic). Al respecto, y en primer lugar, puede verse, que la demanda “instaurada por Desarrollo Agrícola del Paraguay SA. reconoce como antecedentes administrativos, las siguientes actuaciones: a) El pedido de devolución de créditos (generados en la liquidación del Impuesto al Valor Agregado), por operaciones de exportación, al amparo del art. 88 de la Ley N° 125/91, instrumentado en la Solicitud de Devolución de IVA Exportador N° 75001002144, por un valor de Gs. 1.734.934.309. b) La Resolución de Devolución de Créditos Fiscales N° 7930000368 de fecha 17 de junio de 2.013, basada en el Informe N° 77300000937 del Departamento de Créditos y Franquicias Fiscales, donde se aprueba la devolución por un monto de Gs.

JURISPRUDENCIA

706.134.621, y se cuestiona la devolución de créditos por valor de Gs. 1.028.799.687. c) El recurso de reconsideración interpuesto por la hoy parte actora, contra la decisión mencionada en el punto b). En tal sentido, debemos señalar que la position de la Sub Secretaria de Estado de Tributación se halla basada en el Informe Técnico elevado por la Dirección General de Grandes Contribuyentes, a través de su Departamento de Créditos y Franquicias Fiscales, individualizado como Informe N° 77300000937, y en el cual se expone claramente cuanto sigue: "...4. Análisis de las Documentaciones e Informaciones: Analizados los documentos presentados por el contribuyente y los datos reportados por el Sistema Marangatu, se informa: 4.1 Caducidad: El crédito fiscal solicitado no se encuentra caduco y se origina en el periodo fiscal marzo del 2011.-4.2 Formulario 120: Se procedió a verificar la liquidación del formulario 120 en el FL-DGR-18; en base a los datos declarados por el contribuyente; correspondiente a los ingresos de los últimos seis periodos fiscales incluyendo los egresos del mes de la solicitud; donde se origina el saldo Gs. 708.682.826.-4.3 Reliquidación Formulario 120: Teniendo en cuenta el FL- DGR-17 Comprobación 120- Reliquidación del proceso anterior se ha procedido a reliquidar el Formulario 120 originándose un saldo con derecho a devolución de Gs.

PERIODOS FISCALES						
Campo	10/2010	11/2010	12/2010	01/2011	02/2011	03/2011
Campo 16	12.776.800	868 360.000	34.780.405	26.274.440	6.492.572	31.257.990
Campo 17	3.407.833.366	5.997.174.500	6.382.891.033	7.190.744.125	8.923.300.000	17.147.441.600

4.4 Verificación Procesos Anteriores: El contribuyente no posee saldo anterior no devuelto por superar el Valor FOB, cuenta con el formulario de re liquidación FL-DGR- 17 que fue utilizado según punto 4.3 del presente informe.-4.5 Verificación de las Exportaciones: Se verifico que el solicitante da cumplimiento Art. 88 de la Ley 125/91 TA. Al Art. 40 de la Resolución 1421/05 "cumplido de embarque. Art. 47 de la RG 52/11 Valor FOB, la empresa presenta Swiff bancarios sobre las cobranzas por un total de \$3, 184,225. 4.6. Resumen de Ventas: Los ingresos netos devengados por tipo de operación en relación con el ingreso fueron declaradas en el Formulario 120 de la siguiente manera:

TRIBUNAL DE CUENTAS – SEGUNDA SALA

VENTAS	Importe	%
GRAVADAS (SINNC)	755.828.347	4,21%
EXONERADAS	31.257.990	0,17%
EXPORTACIÓN	17.147.441.600	95,61%
	17.934.527.937	100,00%

4.7 RESUMEN DE COMPRAS: Las compras de bienes y servicios gravados por el Impuesto al Valor Agregado fueron declaradas en el Formulario 120 de la siguiente manera:

COMPRAS	Importe	%
MERCADO INTERNO	0	0,00%
INDISTINTO	7.155.398.534	75,61%
DIRECTO	2.307.549.100	24,39%
	9.462.947.634	100,00%

4.8 CONTROL DE LAS RETENCIONES: de la comparación de las retenciones declaradas:

RETENCIONES	
SEGÚN FORM. 122	961.796.523
SEGÚN HECHAUKÁ RETENCIONES	961.796.535
DIFERENCIA	-12

4.9 Control de Proveedores: Se ha realizado el cruce de proveedores del 100% de lo declarado en la DDJJII Hechauka compras donde se han constatado irregularidades y el detalle se observa en las planillas adjuntas al proceso FL-DGR-35 y FL-DGR-19 Proveedores Omisos. Se cuestiona en concepto de proveedores inconsistentes la porción no retenida según el siguiente detalle: (fs. Fs. 77/78). 4.10 Verificación de los Comprobantes Fueron puntuados el 94.69% de los documentos detallados en la declaración jurada informativa Hechauka donde surgen comprobantes que no reúnen los requisitos formales, los mismos son Detallados En El En El Formulario Fl-Drg-21 Planilla de Comprobantes Fal-

JURISPRUDENCIA

tantes O Irregulares. (fs. 78). 4.11 Verificación del Timbrado: Se Verificó la Validez de los Comprobantes de Compras a través de la Opción donde no se observan documentos no Válidos. Este control abarcó el 94,28% del total de las Compras Gravadas Locales. 4.12 Despacho de Importación: La Empresa no representa Despachos de Importación.

En el periodo fiscal solicitado. 4.13 informe a encargado de mesa de entrada en fecha 13/06/2013 se remite vía correo electrónico a la encargada de mesa entrada la planilla con las denuncias registradas en el fl-dgr-35 versión 01 cruce de proveedores - omisos e inconsistentes y fl-dgr-19 proveedores omisos.- 4.14 resumen de lo solicitado:

A.	Monto solicitado	1.734.934.308
B.	Crédito según formulario 120	711.467.828
C.	Crédito según comprobación FL-DGR-17 Reliquidacion	708.979.950
D.	Diferencia entre el Monto Solicitado y Saldo con derecho a Devolución de Form. (C-A)	-1.025.954.358
E.	Proveedores inconsistentes no retenidos	-2.092.511
F.	Proveedores omisos no retenidos	-18.181
G.	Facturas que no reúnen los requisitos para respaldar crédito fiscal	-734.637
H.	Total a cuestionar en el presente proceso (F+G+H+I)	-1.028.799.687
I.	Monto justificado	706.134.621
J.	Monto de Crédito Fiscal Verificado a trasladar. no devuelto por Topeo del 10% del Valor FOB de los bienes exportados	0

Al respecto, y a fin de reforzar la posición de la Administración Tributaria, y al mismo tiempo de contestar los argumentos de la parte actora, nos permitimos realizar las siguientes puntualizaciones: (2.1) regularidad de los actos administrativos impugnados y sus notificaciones por vía de correos electrónicos; debemos señalar en ese sentido, que el art. 205 de la Ley N° 125/91 “que establece el nuevo regimen tributario”, establece que sus resoluciones - pronunciamientos- “...en cuanto corresponda, deberán ser: - fundados en los hechos y en el derecho –valorar la prueba producida y decidir las cuestiones planteadas en el procedimiento o actuación...” (sic). debemos hacer notar que la “motivacion” es la declaracion de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido

a la emisión del acto. está contenida dentro de lo que usualmente se denominan “considerandos” la constituyen, por tanto, los “presupuestos” o “razones” de acto, es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión. La “motivación” en los actos administrativos, es uno de los instrumentos de mayor potencialidad para garantizar la transparencia e imparcialidad de las decisiones que pueda adoptar la administración pública, ya que debido a esta exigencia, la resolución que adopte el órgano, deberá argumentarse de manera suficiente a fin de que la persona a la cual vaya dirigida, conozca los motivos por los que tal órgano adoptó la decisión. la motivación del acto, es decir, las razones de hecho y de derecho que dan origen a su emisión, aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo, y, por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tornado en cuenta para la emisión de su voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto. En principio, todo acto administrativo debe ser motivado. La falta de motivación implica, no solo vicio de forma, sino también, y principalmente, vicio de arbitrariedad. de la motivación solo puede prescindirse en los actos tácitos, pues en ellos hay siquiera manifestación de voluntad. La motivación puede ser “Ex contextu” o “In aliunde”. La primera, cuando el contenido de la motivación aparece expresado en la notificación del acto. La segunda, cuando la motivación se remite al contenido de otros documentos que forman parte del expediente. Así pues, por la Resolución de Devolución de Créditos Fiscales 79300000368 de fecha 17 de junio de 2.013, la Sub Secretaria de Estado de Tributación (a través de la Dirección General de Grandes Contribuyentes), aprueba la solicitud de devolución solicitada, conforme a determinadas especificaciones. En su motivación, puede leerse “Visto: La Solicitud de Devolución Iva exportador N° 75001002144 de fecha 19/04/2013, tramitada mediante proceso N° 3000000q252. Considerando: el contenido del informe N° 77300000937 del departamento de créditos y franquicias fiscales, que se adjunta y forma parte de la presente Resolución, así como lo establecido en el art. 88 de la Ley N° 125/91 (TA) y su reglamentación vigente...”. Más adelante expresa que: “Que, en virtud a lo dispuesto en el anexo de la Resolución N° 114/2007, la Dirección General de Grandes Contribuyentes está facultada a dictar actos administrativos relacionados a las solicitudes de Devolución de Créditos Fiscales”. Así pues, en primer lugar, el acto de determi-

nación se remite al contenido del informe N° 77300000937 de fecha 17 de junio de 2.013, del departamento de créditos y franquicias fiscales, que más arriba se halla transcrito in extenso. debemos hacer notar que cuando se esta en casos como el estudiado -donde los argumentos en los que se centra la motivacion del acto esta contenida en dictámenes u opiniones tecnicas- se habla de una motivacion previa o motivacion por remision (“in aliunde”), donde se cumple con el requisito de la motivacion, individualizando el informe que sirvio de base para la adopcion de la misma. para dicho efecto –tal y como hemos hecho notar ut supra– el mencionado informe previo, ha sido invocado en forma expresa en el acto administrativo de referencia, por lo que –por ficción jurídica– se hayan integrado al mismo. el requisito formal de la motivacion solo se quiebra cuando el acto administrativo, al no permitir conocer la justificacion “fáctica y jurídica seguida por el órgano administrativo para adoptar la resolución discutida, priva a la persona afectada del conocimiento, de la “ratio decidendi” determinante de la decisión administrativa, sin que ello presuponga necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas. En dicho contexto, resulta errado concluir que el acto no se halla motivado, ya que la remisión al informe previo, responde al “principio de unidad del expediente”, ya que no se encuentra en el propio acto, sino que está basada en un documento separado, pero que queda incorporado a la resolución porque en la misma se hacen suyas sus conclusiones. Del mismo modo, y con relación al órgano Emisor del Acto atacado por esta vía, debemos recordar que el Estado, en su carácter de persona jurídica, actúa a través de órganos y entes para cumplir las funciones que específicamente le otorgan la Constitución Nacional y las Leyes. El fundamento legal de esta afirmación, son las siguientes normas positivas: A) Constitución nacional, título 2° “De la estructura y de la organización de los poderes del Estado”; Capítulo II, “Del Poder Ejecutivo” (secciones 1ª y 2ª): art. 226, “Del ejercicio del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República “; art. 238, “De los deberes y atribuciones del Presidente de la República. Son deberes y atribuciones de quien ejerce la presidencia de la República: 1) representar al estado y dirigir la administración general del país;... 5) Dictar decretos que, para su validez, requieren el refrendo del Ministro del ramo;... 13) Disponer la recaudación e inversión de las rentas de la República, de acuerdo con el Presupuesto General de la Nación y con las Leyes, rindiendo cuenta anualmente al Congreso de su ejecución; Art. 240, “DE LAS FUNCIO-

NES. La dirección y gestión de los negocios públicos están confiadas a los Ministros del Poder Ejecutivo, cuyo número y funciones serán determinadas por la Ley...”. Art. 242, “De los deberes y atribuciones de los Ministros. Los Ministros son los jefes de la Administración de sus respectivas Carteras, en las cuales, bajo la dirección del Presidente de la República, promueven y ejecutan la política relativa a las materias de su Competencia. Son Solidariamente Responsables de Los Actos de Gobierno Que Refrendan. Anualmente, Presentaran Al Presidente de La República Una Memoria de Sus Gestiones, la Cual Será Puesta A Conocimiento Del Congreso “; B) Ley N° 109/91 “que Aprueba Con Modificaciones El Decreto-Ley N° 15 de Fecha 08 de Marzo de 1.990, “que Establece Las Funciones y Estructura Orgánica del Ministerio de Hacienda”: Art. 1°. “EL Ministerio de Hacienda tendrá, las siguientes funciones y competencias, que serán ejercidas por medio de la Estructura Orgánica previstas en la siguiente disposición legal: c) la aplicación y la administración de todas las disipaciones legales referentes a los tributos fiscales, su percepción y fiscalización;.... f) la formulación y mane lo de la política fiscal del Estado en coordinación con las demás políticas gubernamentales y en función de la situación, evolución y perspectiva de la Economía Nacional. I) toda otra función y competencia que las disposiciones legales pertinentes le atribuyen directamente o a sus Reparticiones dependientes y aquellas que le sean asignadas por el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus atribuciones”; Art. 2°. “El Ministro de Hacienda es la autoridad superior del Ministerio, en tal carácter le compete el despacho de las materias confiadas al mismo y la dirección superior de su funcionamiento de conformidad con lo prescripto por la Constitución Nacional, las disposiciones legales pertinentes y la presente Estructura Orgánica “; Art. 3°. “La Estructura Orgánica del Ministerio de Hacienda comprende las siguientes Reparticiones Principales: ...c) la Subsecretaría de Estado de Tributación; “Art. 12. “La Subsecretaría de Estado de Tributación tendrá a su cargo, en lo que concierne al Ministerio de Hacienda, la aplicación y administración de todas las disposiciones legales referentes a tributos fiscales, su percepción y fiscalización”; C) Ley N° 125/91 “Que establece El Nuevo Regimen Tributario”; Art. 186: “Facultades de la Administración. A la Administración corresponde interpretar administrativamente las disposiciones relativas a tributos bajo su administración, fijar normas generales, para trámites administrativos impartir instrucciones, dictar los actos necesarios para la aplicación, administración, percepción y fiscalización de los tribu-

tos”. De las citas legales precedentemente transcriptas, puede concluirse en forma terminante que la recaudación e inversión de las rentas de la República son funciones asignadas al Poder Ejecutivo (ejercido por el Presidente de la República), que por imperio de la propia Constitución Nacional, puede delegarlas a funcionarios con rango de ministros, en función de la especialidad requerida. así pues, por delegación legal inserta en la Ley N° 109/91, estas funciones son asignadas al señor ministro de hacienda, quien a su vez cuenta con colaboradores para estas respectivas ramas (por ejemplo, Recaudación o Utilización de recursos estatales). La especialización de estas funciones hace necesaria la existencia de las subsecretarios de Estado, entre las que se encuentra la de tributacion, cuyas funciones y competencias se hallan determinadas en la misma norma o en otras de índole más específica (tales como la Ley N° 125/91 y sus modificatorias). Específicamente, la resolución M.H. N° 114/07 “por la cual se aprueba la nueva estructura organizacional de la Subsecretaria de Estado de Tributacion de este Ministerio y su correspondiente manual de funciones”, donde se ha establecido la estructura y funciones de las dependencias de la Subsecretaria de Estado de Tributación, conforme a la delegación inserta en el Decreto del P.E. N° 4025 de fecha 8 de noviembre de 2004, “Por el cual se faculta al ministro de hacienda a establecer la estructura funcional de la subsecretaria de estado de tributacion del ministerio de hacienda”, determina que la dirección general de grandes contribuyentes está facultada a dictar actos administrativos relacionados a las solicitudes de devolución de créditos fiscales. por otro lado, y con relación a las “notificaciones por vía electrónica”, debemos recordar que la Ley N° 4017/10 “de validez jurídica de la firma electronica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electronico”, en su Parte pertinente establece “Artículo 4°. Valor jurídico de los mensajes de datos. Se reconoce el valor jurídico de los mensajes de datos y no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que este en forma de mensaje de datos. Tampoco se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión...”. La misma norma aclara en su art. 14, que “...1) de no convenir otra cosa el remitente y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del remitente o de la persona que envió

el mensaje de datos en nombre del remitente...”. Estos “mensajes de datos”, no son otra cosa que las notificaciones remitidas por la Administración Tributaria dentro del “Sistema de Gestión Tributaria Marangatú”, y que la mencionada norma reconoce como productores de todos los efectos jurídicos correspondientes al cumplimiento de la obligación (en la especie, de poner a conocimiento del recurrente la existencia de una Resolución que le afecta). (2.2) Procedimiento Legal Para La Devolución de Créditos Fiscales a los Exportadores: La Ley N° 125/91 “Que establece el nuevo Régimen Tributario”(con sus modificaciones), en su art. 88, establece: “Crédito Fiscal del Exportador y Asimilables. La Administración Tributaria devolverá el crédito fiscal correspondiente a los bienes o servicios que están afectados directa o indirectamente a las operaciones que realicen. Este crédito será imputado en primer término contra el débito fiscal, para el caso que el exportador también realice operaciones gravadas en el mercado interno y consignadas en la declaración jurada y de existir excedente el mismo será destinado al pago de otros tributos fiscales vencidos o a vender dentro del ejercicio fiscal a petición de parte y las retenciones, conforme lo establezca la reglamentación.- El saldo será devuelto en un plazo que no podrá exceder los sesenta días corridos a partir de la presentación de la solicitud, condicionado a que la misma este acompañada de los comprobantes que justifiquen dicho crédito, la declaración jurada y la certificación de auditor independiente. El requerimiento de la certificación de auditor independiente lo establecerá la administración tributaria en función a informaciones tales como el volumen de exportaciones, tipo de actividad, entre otros. La falsa declaración del contribuyente y de su auditor será tipificada como defraudación fiscal y delito de evasión fiscal...”. Como puede verse, para la Ley que rige la materia, la devolución del crédito generado en la liquidación del Impuesto al Valor Agregado (para el caso de los exportadores), puede ser solicitado a la Administración Tributaria. Sin embargo, la procedencia de la devolución de estos créditos, estará supeditada necesariamente a que las operaciones que los generen se hallen debidamente documentadas, y la norma señala que ante la falta de la referida documentación, se presumirá de derecho que los bienes fueron enajenados y los servicios prestados en el mercado interno (hecho gravado). En dicho contexto, y dada la naturaleza del citado impuesto, el crédito se deducirá directa o indirectamente, según se relacione con hechos Gravados O Exentos. Así Pues, Por Resolución General N° 52/11 “por La Cual Se Reglamentan Las Disposiciones

Legales Relativas A La Devolución de Impuestos, Repetición de Pagos Indebidos o en Exceso, Compensación de Deudas y Créditos Líquidos y Exigibles, Transferencia de Creditos a Terceros y se Establecen sus Procedimientos”. En su Art. 3º, la Administración Tributaria ha determinado que: “La Devolución de Impuestos y la Repetición por pagos indebidos o en exceso, están supeditadas al cumplimiento de la presentación de los documentos exigidos por la Administración Tributaria, las pruebas requeridas y las medidas de mejor proveer dispuestas por la autoridad tributaria.- Al tiempo de ingresar la solicitud de Devolución o Repetición o la operación de Compensación o Transferencia a Terceros, deberá detallarse el tipo de solicitud u operación que se desea efectuar, a expensas a que el Contribuyente se encuentre al día en el cumplimiento de sus obligaciones formales, así como a la disponibilidad y legitimidad del crédito invocado. En el caso de Devoluciones del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a que se refiere el Art. 18 de la presente Resolución deberá indicarse si se está optando por el régimen general o el acelerado previstos en la Ley”.- En tal sentido, como cuestión previa, y tomando en consideración las argumentaciones de la adversa, debemos señalar que la Resolución citada fue emitida conforme expresa autorización legal (art. 186 de la Ley N° 125/91), y su intangibilidad como norma reglamentaria de aplicación general (so pena de violar el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución Nacional) encuentra asidero y fundamento en diversas doctrinas que destacan el carácter “legítimo” y “ejecutorio” de los actos de esta naturaleza. El carácter de legitimidad deriva, al decir de Pedro Guillermo Altamira, de la noción “...de que el acto fue emitido “conforme a derecho...”. Esto tiene tres consecuencias específicas, cuales son: ... “ 1) en mérito de tal presunción, la legitimidad no necesita ser declarada judicialmente; 2) la nulidad de los actos administrativos no puede ser declarada de oficio por los jueces, 3) la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegarse y probarse fehacientemente. “(Obra “Curso de Derecho Administrativo”). El reconocido Tratadista Jurídico Roberto Dromi, complementa la definición del concepto, citando inclusive un fallo de la Corte Suprema de la Nación de Argentina, que versa, “Los actos administrativos, por serlo, tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio... “(extraído de su obra “Derecho Administrativo”, 4a. Edición).- Repasando brevemente el otro carácter fundamental de todo Acto

Administrativo, encontramos que Altamira, al referirse a la ejecutoriedad de los mismos, resalta que, “...Significa, por consiguiente, que por principio la Administración por sí misma y con sus propios medios puede hacerlo efectivo, poniéndolo en práctica...” (sic), mientras Dromi, a su vez expresa: “Partiendo de la concepción de que el poder del Estado es uno y único, no podemos negar a la Administración la capacidad para obtener el cumplimiento de sus propios actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca su derecho y habilite a ejecutarlos” (sic). (2.3) Reglamentación Sobre Valor Mensual cuya Devolución puede ser solicitada y aplicación al caso de marras; en su Art. 20, la Ya citada Resolución 52/11, dispone “En los casos de exportación a que se refiere el inciso 1) del Art. 18 de esta Resolución, el monto del crédito que se solicite deberá ser, como máximo, el saldo acumulado hasta el periodo fiscal IVA durante el cual se efectuó la exportación, siempre y cuando no sea superior al resultado de aplicar la tasa o alícuota del 10% del IVA al valor FOB del bien exportado. Entiéndase por periodo fiscal IVA el que corresponda a la fecha del cumplido de embarque registrada conforme a la legislación y procedimientos aduaneros. -de existir un remanente del saldo acumulado, este podrá ser invocado en solicitudes posteriores, las que estarán sometidas a los mismos límites establecidos en los párrafos precedentes”. En la especie, el monto de crédito fiscal solicitado por el contribuyente fue de Gs. 1.734.934.308, y, el crédito fiscal generado en el periodo fiscal de Marzo/2011 fue de Gs. 711.467.828, según Declaración Jurada. También vale mencionar que no se observa crédito fiscal verificado pendiente de devolución en la solicitud anterior, y de esta manera se puede apreciar que el contribuyente solicitó un monto superior al crédito fiscal disponible en el periodo fiscal marzo del 2011, aun cuando puede ser solicitado posteriormente. (2.4) Reliquidación realizada a fin de aplicar la regla de proporcionalidad cuando existan operaciones gravadas y no gravadas: En cuanto a la reliquidación referente al Formulario 120, el Departamento de Créditos y Franquicias Fiscales menciona que se procedió a reliquidar, teniendo en cuenta que los cinco (5) periodos anteriores han sido reliquidados. La reliquidación se realizó a fin de exponer los datos en la Declaración Jurada conforme a los controles realizados en este proceso y anteriores. La variación de los montos utilizados para la reliquidación se registra en los periodos fiscales de Octubre/2010 y Noviembre/2010 que inciden en el periodo fiscal de marzo/11, teniendo en cuenta el Art. 86 de la Ley 125/91 y su reglamentación Decreto 6806/2005 Art. 23. La variación en

dichos periodos fiscales es como consecuencia de que las notas de crédito no son considerados por el contribuyente en el acumulado. (fs. 86). Al respecto, el art. 86, in fine, de la Ley N° 125/91, establece que "...Cuando en forma simultanea se realicen operaciones gravadas y no gravadas, la deducción del crédito fiscal afectado indistintamente a las mismas, se realizara en la proporción en que se encuentren las operaciones gravadas con respecto a las totales en el periodo que establezca el Poder Ejecutivo.... ". Así, el Decreto N° 6806/05, por el cual se reglamenta el Impuesto al Valor Agregado establecido en la Ley N° 125/91, con la redacción dada por la Ley N° 2421/2004", en su Art. 23, establece: "Proporcionalidad del Crédito Fiscal. Cuando Se realicen simultáneamente actos gravados y no gravados, la deducción del crédito fiscal proveniente de la adquisición de bienes y servicios que se afecten indistintamente a ambos tipos de operaciones, se realizara en la misma proporción en que se encuentren los ingresos de las operaciones gravadas con respecto a los ingresos totales en el periodo correspondiente a los últimos 6 (seis) meses, incluyendo el que se liquida. Quienes se constituyen en contribuyentes desde la vigencia del presente Decreto, utilizaran a los efectos de determinar la referida proporción, un periodo transitorio que comprenderá dicho momento y el mes por el que liquida el Impuesto inclusive, hasta que se completen los 5 (cinco) primeros meses. A partir de entonces se aplicará el periodo de 6 (seis) meses previsto como norma general.-Por otra parte, en caso que el contribuyente del presente Impuesto realice simultáneamente operaciones gravadas por el Impuesto a la Renta de las Actividades Agropecuarias (imagro), el Crédito Fiscal correspondiente a bienes y servicios adquiridos por el contribuyente destinados a estas operaciones deberá ser registrado en forma separada del resto de sus adquisiciones inclusive de las que correspondan a otras operaciones no gravadas o exentas si las tuviere. En este último caso, el Crédito Fiscal correspondiente a bienes y servicios adquiridos por el contribuyente destinado indistintamente a sus operaciones gravadas por el imagro y al resto de sus operaciones exentas, se considerara que está afectado a las operaciones gravadas por el Imagro en la misma proporción que se encuentran estas operaciones con respecto al total de sus operaciones no gravadas o exentas, en el periodo previsto en los párrafos precedentes, aplicando igual criterio que el alii establecido". "Art. 34. Crédito Fiscal del Exportador y asimilables. Sin perjuicio de otros casos que se regulen de manera expresa, se dispone lo siguiente: 1. En el caso que el exportador realice simultáneamente operacio-

nes en el mercado interno y exportaciones, el Crédito Fiscal correspondiente a bienes y servicios adquiridos destinados indistintamente a ambos tipos de operaciones, se considerara que está afectado a las exportaciones en la misma proporción que se encuentren estas operaciones con respecto a las totales, en el periodo previsto en el Art. 23, “Proporcionalidad del Crédito Fiscal” de este Decreto, aplicando igual criterio que el allí expresado. Cuando el exportador realice además, actos gravados y no gravados en el mercado interno, el Crédito Fiscal proveniente de bienes y servicios que se destinen indistintamente a ambos tipos de operaciones, se deducirá en la misma proporción en que se encuentren las operaciones gravadas con respecto a las totales, en el mismo periodo mencionado en el párrafo precedente. 2. Los fabricantes de bienes de capital que enajenen los mismos a contribuyentes amparados por la Ley N° 60/90 del 26 de mayo de 1991, deberán imputar el Crédito Fiscal proveniente de dichos bienes, en primer término contra el Debito Fiscal originado por las operaciones realizadas en el mercado interno, de existir excedentes podrán compensar el pago de otros tributos fiscales a cargo de la Administración Tributaria y el saldo no agotado podrán optar por arrastrarlo como Crédito Fiscal para los siguientes ejercicios o solicitar su devolución siguiendo el procedimiento administrativo previsto para los exportadores. La compensación y la devolución establecida se iniciaran con el pedido de parte. 3. Los contribuyentes que enajenen bienes o presten servicios a quienes introduzcan bienes al país bajo el régimen de admisión temporaria previsto en el Art. 88j de la Ley, deberán facturar los mismos con el IVA correspondiente. Cuando dichas adquisiciones se afecten, directa o indirectamente a los bienes introducidos en admisión temporaria, transformados, elaborados, perfeccionados y posteriormente reexportados, el IVA de las compras podrá ser recuperado como Crédito Fiscal en iguales términos y condiciones que los previstos para los exportadores. 4. Si el Contribuyente que ha decidido concluir definitivamente sus actividades gravadas por el presente Impuesto posee Crédito Fiscal IVA, podrá presentar, junto con la Declaración Jurada de Cierre a que se refiere el Art. 28: “Cese de actividades” del presente Decreto, solicitud de devolución de dicho Crédito, Fiscal. Conforme a los Artículos 86j y 87 de la Ley, solamente podrá solicitar se la devolución del Crédito Fiscal IVA proveniente de las actividades del Contribuyente gravadas con la tasa general del 10% (diez por ciento). En todos los casos, será procedente la aplicación, por la Administración Tributaria, del Instituto de la Compensación

JURISPRUDENCIA

a que se refiere el Art. 163 de la Ley...”. Al comentar dicha figura, Nora Lucía Ruoti Cosp, en su obra “Lecciones para Catedra de Derecho Tributarios”, Pág. 576, explica que “...En caso de que un contribuyente realice operaciones gravadas y exentas, se podrían aplicar dos criterios: Que el productor lleve una contabilidad de costos para los productos gravados y los exentos; que la Ley permita prorratear el crédito en la proporción a los intereses que se obtengan del producto exento y gravado, para permitir solamente la imputación de la parte proporcional que corresponde a los productos gravados. Este es el método aprobado por nuestra Ley... “(sic). Por tal motivo, fue considerado como venta local y teniendo en cuenta lo que establece el Art. 86 de la Ley 125/91 y su reglamentación Decreto 6806/2005 (Art. 23), incide en el periodo fiscal de diciembre/2010. Así, el saldo a favor del contribuyente luego de la reliquidación en concepto del IVA tipo Exportador es de Gs. 708.682.826.- (2.5) Impugnación de Documentos que no cumplen con requisitos legales: Fueron controlados el 94,69% de los documentos detallados en la declaración jurada informativa Hechauká donde surgen comprobantes que no reúnen los requisitos formales, que a continuación se detalla:

Ruc	Nombre	Nº Documento	Compra 10	IVA 10	Observación
80009735	ANDE	001-031-6179935	815.455	81.546	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6197105	197.273	19.727	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6202711	791.818	79.182	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6202712	658.182	65.818	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6202713	541.818	54.182	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6202714	615.455	61.545	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6242567	102.727	10.273	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6257817	1.936.360	193.636	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6311874	82.730	8.273	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6311875	104.550	10.455	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6311876	180.000	18.000	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6311890	44.550	4.455	ruc incorrecto
80009735	ANDE	001-031-6331051	1.275.4508 7.346.368	127.545 734.637	ruc incorrecto

Al respecto de facturas expedidas a nombre otras personas físicas y/o jurídicas, el art. 85 de la Ley N° 125/91, establece que “Los contribuyentes están obligados a extender y entregar facturas por cada enajenación y prestación de servicios que realicen, debiendo conservar copias de las mismas hasta cumplirse la prescripción del impuesto. Todo comprobante de venta, así como los demás documentos que establezca la reglamentación deberá ser timbrado por la Administración antes de ser utilizado por el contribuyente o responsable. Deberán contener necesariamente el RUC del adquirente o el número del documento de identidad sean o no consumidores finales. Todos los precios se deberán anunciar, ofertar o publicar con el IVA incluido. En todas las facturas o comprobantes de ventas se consignaran los precios sin discriminar el IVA, salvo para los casos en que el Poder Ejecutivo por razones de control disponga que el IVA se discrimine en forma separada del precio. La Administración establecerá las demás formalidades y condiciones que deberán reunir los comprobantes de ventas y demás documentos de ingreso o egreso, para admitirse la deducción del crédito fiscal la participación en la lotería fiscal, o para permitir un mejor control del impuesto...”. Por su Parte, el Decreto N° 6539/05 “Por el cual se dicta el Reglamento general de timbrado y uso de comprobantes de venta, documentos complementarios, notas de remisión y comprobantes de retención”, en sus partes pertinentes dice: “Art. 20. Requisitos no pre impresos para la expedición de las facturas. Al momento de su expedición en las Facturas se deberá consignar claramente la siguiente información obligatoria:... 3) Nombre y apellido o razón social del adquirente;...”. Como puede verse, de una simple aplicación de la norma legal y las reglamentaciones vigentes, la documentación impugnada por la Administración Tributaria, no reúne los requisitos básicos para respaldar la existencia de las operaciones invocadas por la contribuyente. Conteste con esta position, la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sentado su tendencia al sostener que: “A este respecto, nuevamente la legislación vigente es muy clara al respecto, tal como lo sostiene la demandada, pues el artículo 85; segundo párrafo, de la Ley N° 125/91 establece que: “La administración establecerá las formalidades y condiciones que deberán reunir las facturas, para admitirse la deducción del crédito fiscal, como asimismo permitir un mejor control del impuesto”. En este mismo sentido encontramos lo que prescribe el artículo 30 del Decreto N° 13424/92 (modificado por el Decreto N° 14.215/92): “...En todo caso, atando el adquirente sea a su vez contribuyente del impuesto deberá estar

individualizado en el comprobante de venta con su identificador del Registro Único de Contribuyente, quien deberá determinar el impuesto incluido a los efectos de su utilización como crédito fiscal cuando corresponda....”. El artículo transcrito no deja lugar a dudas, sea cual fuere la situación, si el comprador o adquirente es a su vez contribuyente del impuesto la condición para la utilización como crédito fiscal de lo facturado es que los datos del mismo figuren en la factura. Por otro lado, el mismo recurrente admite que dichas facturas carecen de sus datos, por lo que la cuestión está más que clara, la Administración tuvo razón al impugnar las facturas carentes de la citada formalidad. A lo dicho debemos agregar que el recurrente quiere igualarse a la Administración Tributaria cuando sostiene, presentando pruebas, que ni siquiera la Administración cumple con el requisito de llenar las facturas con los datos del comprador o adquirente. Aunque probablemente le asiste razón al demandante, ello no es tema de discusión en estos autos y cae en aquello de mal de muchos consuelos de tontos...” (Acuerdo y Sentencia N° 93/09 - Juicio: “Luis Alberto Fernández Toledo C/ Res. S.E.T. N° 236 del 19/Enero/2006 y Res. S.E.T. N° 1430/06 Del 11/Noviembre/2006 dictadas por la Subsecretaría de Estado de Tributación Dep. Ministerio de Hacienda” (Trib. Cuentas, 2ª Sala). En cuanto al vencimiento de los servicios públicos, el art. 80 de la Ley N° 125/91, establece claramente que: “La configuración del hecho imponible se produce con la entrega del bien, emisión de la factura, o acto equivalente, el que fuera anterior. Para el caso de Servicios Públicos, la configuración del nacimiento de la obligación tributaria será cuando se produzca el vencimiento del plazo para el pago del precio fijado... (subrayado y negritas son nuestros). Se hace notar que las facturas así impugnadas han sido expedidas por la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), proveedora del servicio público de electricidad, considerado “servicio público”. Del mismo modo, debemos recordar que el pedido de la contribuyente se circunscribe a los créditos correspondientes al período fiscal “marzo-2011”, por lo que no corresponde incluir los créditos de otros períodos fiscales en dicho cálculo, que como hemos visto, por aplicación del texto de la propia Ley, corresponden a un período fiscal diferente. (2.6) Rechazo de devolución de créditos originados en operaciones realizadas proveedores omisos o inconsistentes: Se ha realizado el cruce de proveedores del 100% de lo declarado en la Ddjiii Hechauká compras del solicitante, y se han constatado proveedores que han declarado menos de los informados por el solicitante, razón por la cual se ha descon-

tado el IVA crédito fiscal de aquellos proveedores inconsistentes y cuyo crédito fiscal no fue totalmente retenido, según el siguiente detalle: (fs. 90). Conforme VV.SS. podrán observar, se da una situación de evidente irregularidad por inexistencia de los supuestos créditos fiscales denunciados que, de pleno derecho, impiden su acreditamiento a favor de la actora. En el caso de autos, acaece que los hipotéticos créditos no son tangibles ni reclamables a la Administración Tributaria. Y es así, porque los proveedores denunciados por Desarrollo Agrícola del Paraguay S.A. (que emitieron las facturas presentadas a la administración, como justificativo del hipotético crédito), aun no han ingresado el impuesto a las arcas fiscales. VV.SS. puede observar que el debate se concentra y se resume en la posibilidad de repetir o devolver impuestos que no ingresaron a las áreas fiscales. Con lo señalado ya se puede dilucidar, en primer lugar, que el objeto de la presente demanda contencioso-administrativo (en este punto concreto de repetir suma no ingresada al erario fiscal), es deliberadamente inaudito. Y puede, sin lugar a dudas, significar la habilitación de un procedimiento que permita la fácil extracción de importantes sumas de dinero del Estado paraguayo (sin causa debidamente justificada), y, ¿por qué no?, la posibilidad de formalizar estafas patrimoniales por la simple vía de entrega sumas de dinero al solo reclamo de cualquier contribuyente, que no decimos sea el caso de autos, empero que puede presentarse como posibilidad cierta en otros casos tramitados actualmente ante la Subsecretaría de Estado de Tributación. Tengan en cuenta VV.SS. la extrema delicadeza de la cuestión puesta a su consideración. No se trata de una discusión de si la empresa está o no exenta. Va más allá de esa manifestación no negada por la administración tributaria. Pasa por resolver si pueden usarse la vía de la repetición para entregar al recurrente sumas de dinero que no han ingresado al fisco, en contraposición de expresas normas que impiden esta posibilidad (art. 83, último párrafo de la Ley 125/91, modificado por la Ley 2.421/04). La Administración Tributaria ha certificado que los hipotéticos créditos fiscales invocados no son tangibles, líquidos, ciertos y exigibles. Y es así porque el crédito petitionado en repetición se refieren a “crédito fiscal IVA compra” con proveedores que no ingresado el tributo al fisco. En ese sentido, la adversa pretende que el Estado paraguayo igualmente, proceda a entregarles el hipotético crédito fiscal IVA compra, sin considerar que dichas sumas no han sido honradas al fisco. Es decir, se repita un crédito que no ingreso a las arcas fiscales. Comprenderán VV.EE. que este pedimento, además de ilegal, carece de

toda racionalidad al presentarse contrapuesta con el principio jurídico de la repetición. Es así porque: el art. 217 de la Ley 125/91, dice: “Repetición de pago: el pago indebido o en exceso de tributos, intereses o recargo y multas, dará lugar a repetición. La devolución autorizada por leyes o reglamentos, a título de incentivo, franquicia tributaria o exoneración, estará regida por ley o el reglamento que la conceda.... Los pagos a cuenta o anticipos excesivos serán devueltos de oficio o de acuerdo a las normas pertinentes...”. En el mismo sentido, sobre la procedencia de la repetición de pago, solo en caso de haberse ingresado el tributo al fisco, se refieren los arts. 218, 219, 220, 221, 222 y 223 de la Ley 125/91, y su modificatoria por Ley 2.421/04. En conclusión, solo puede devolverse o repetirse aquello que se tiene en poder. En este caso, para que proceda la repetición o devolución, la norma establece que dichos impuestos debieron haber ingresado a las arcas fiscales. Caber recordar en tal sentido, el viejo adagio latino “nemo plus iuris ad alium tranferre potest, quam ipse habere” (nadie puede transmitir a otro más derecho que el que el mismo tenga), acuñado por Domicio Ulpiano (Digesto, 50, 17, 54). El “ingreso” o “recepción” de la supuesta “suma” reclamada como pago indebido o en exceso, en los procesos administrativos o judiciales de repetición, es un elemento o requisito esencial para la viabilidad de la pretensión. “Como sabemos, para que la obligación de restituir, o, más específicamente en este caso, que la acción de repetición exista, deben concurrir varias condiciones, que nosotros las consideramos así: 1. Primer elemento: Como es evidente, lo primero que debe producirse para que se configure el pago de lo no debido es, precisamente, el pago, es decir, “una prestación destinada a extinguir la obligación mediante su cumplimiento”. La palabra pagar, que es de amplio contenido significativo, puede definirse, en el sentido jurídico que nos interesa, como: “...cumplir la prestación debida, cualquiera que ella sea. de donde se deduce que pagar no significa solamente entregar la suma de dinero debida, como se entiende normalmente. Pagar es dar, hacer o no hacer aquello a que se está obligado. “Debemos recordar también que, dos personas intervienen en el pago, el solvens y el accipiens; es decir el que efectúa el pago y el que recibe el pago... “ (Sic). Citado de Hugo Fernando Aguiar Lozano (“Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en él y Derecho Civil de Las Obligaciones”). En el caso en estudio no puede exigirse repetición o devolución. Es así porque, como se ha dicho en reiteradas oportunidades, no ha existido dicho pago como ingreso de dinero al Fisco. Si no existe ingreso no puede hablarse de repetición. Ello es

evidente. Caso contrario de entregarse suma de dinero no ingresada al fisco, no estaríamos ante una situación de repetición o devolución, sino ante un subsidio que no es el caso analizado. Ahora bien, quedando claro que la Administración Tributaria no puede devolver o repetir sumas de dinero que no han ingresado a sus áreas fiscales, porque es ilegal en los términos de la Ley 125/91 y modificaciones, así como porque se contrapone al concepto jurídico de la repetición donde, es un requisito esencial e intrínseco para la viabilidad de la pretensión, pasa por determinar que solución da la Ley para precautelar los derechos de los contribuyentes que solicitan crédito fiscal IVA en la hipótesis consignada. En ese sentido, la adversa tiene, a nuestro juicio, dos posibilidades: Aguardar a las resultas de la fiscalización y posterior persecución judicial que ordenara la Administración Tributaria tendiente al cobro del impuesto evadido por el proveedor; o, en su caso, solicitar a la Administración Tributaria que en virtud del Art. 158 de la Ley 125/91, en concordancia con las disposiciones del derecho civil, se subroge en los derechos y acciones de perseguir el recupero de su crédito fiscal contra el proveedor omiso en el cumplimiento de sus obligaciones. Lo cierto y evidente es que ningún acreedor debe repetir suma de dinero que no ha percibido. Si VV.EE. ordenan que igualmente se devuelvan dichos créditos tributarios IVA compra, aun sin haber ingresado las sumas de dinero a las áreas fiscales, la entrega será en cualquier otro concepto, pero definitivamente no en grado de repetición o devolución. Sería un subsidio no autorizado por la Ley, y en consecuencia, “ilegal”. (2.7) RESUMEN: Finalmente, de lo expuesto más arriba se concluye que el crédito fiscal devuelto al contribuyente de G. 706.134.621, está compuesto de la siguiente manera:

A. Monto solicitado	1.734.934.308
B. Crédito según formulario 120	711.467.828
C. Crédito según comprobación FL-DGR-17 Reliquidación	708.979.950
D. Diferencia entre el Monto Solicitado y Saldo con derecho a Devolución de Forma. (C-A)	-1.025.954.358
E. Proveedores Inconsistencias no retenidos	-2.092.511
F. Proveedores Omisos no retenidos	-18.181
G. Facturas que no reúnen los requisitos para respaldar crédito fiscal	-734.637
H. Total a cuestionar en el presente proceso (F+G+H+I)	-1.028.799.687

JURISPRUDENCIA

I. Monto justificado	706.134.621
J. Monto de Crédito Fiscal Verificado a trasladar, no devuelto por Topeo del 10% del Valor FOB de los bienes exportados	0

A modo de conclusión y conforme a lo brevemente expuesto, podemos ver que en el caso que nos ocupa, la impugnación de créditos por valor de Gs. 1.028.799.687 realizada por la Administración Tributaria, obedece no solo a la falta de presentación de documentos que respalden supuestas operaciones realizadas, sino también a la invalidez de los comprobantes más arriba individualizados, por no cumplir con los requisitos establecidos de conformidad a las normas legales y reglamentarias vigentes. Es por lo expuesto, que la sana crítica impone a VV.EE. desestimar la acción incoada y confirmar las Resoluciones recurridas en todas sus partes”.

Terminan solicitando, que previo los tramites de rigor, el tribunal de cuentas, segunda sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Que a fojas 95 de autos, consta el A.I. N° 1325, de fecha 16 de diciembre de 2013, del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que dice: “Declarar la competencia del Tribunal, para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar, Recibir la Causa a Prueba por todo el termino de Ley”.

Que a fojas 239 de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 13 de noviembre del 2014, donde el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, llama autos para sentencia.

Y el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, prosiguió diciendo: “Que, en fecha 23 de agosto de 2013 el abogado Julio César Giménez Alderete se presenta ante este Tribunal a interponer demanda contencioso-administrativa contra la resolución de créditos fiscales N° 7930000368, de fecha 17 de Junio del año 2013 emanado de la Subsecretaría de Estado de Tributación, en referencia a la reconsideración planteada por la firma Desarrollo Agrícola del Paraguay S.A. con respecto a la devolución de créditos fiscales N° 7930000364 planteada en fecha 1 de Julio de 2013, expresando que la misma ha sido dictada en abierta violación de los derechos de su mandante y sin haberse respetado el debido proceso.

Que, el actor de esta demanda, se agravia ante el citado acto administrativo, manifestando principalmente que la administración no ha respetado el de-

bido proceso, puesto que a su criterio, la resolución no ha sido debidamente fundada, y al momento de llevarse a cabo la notificación de la misma (por vía electrónica) la misma carecía de ciertos requisitos fundamentales, apartándose de esta forma del debido proceso.

Que, una vez analizadas las constancias de autos podemos concluir que, el actor ha solicitado a la Subsecretaría de Estado de Tributación la devolución del crédito fiscal del I.V.A. correspondiente al periodo fiscal de marzo de 2011, por un monto total de Gs. 1.734.934.308 (Un mil setecientos treinta y cuatro millones, novecientos treinta y cuatro mil trescientos ocho Guaraníes)

Que, la administración a través de la resolución de devolución de crédito fiscal N° 7930000368, rechaza parcialmente el crédito solicitado, concediendo la devolución de la suma de GS. 708.682.826 (Guaraníes Setecientos ocho millones seiscientos ochenta y dos mil ochocientos veintiséis).

Que, el actor se agravia ante esta resolución, expresando principalmente que la misma no fue debidamente fundada y notificada (fue notificada por vía electrónica).

Que, al respecto la resolución general N° 52/11 dictada por el Ministerio de Hacienda, establece en su artículo 7°: “... las solicitudes de devolución de crédito se realizarán únicamente vía electrónica, con el uso de la clave de acceso y por medio de los servicios y condiciones de seguridad provistos por la SET”.

Que, es aquí donde se produce mi principal cuestionamiento a la pretensión de la parte actora, puesto que esta magistratura en anteriores ocasiones ha sentado postura, en el sentido de que no podemos permitir un perjuicio económico enorme para con el Estado, por una supuesta forma de notificación indebida, criterio no compartido por esta magistratura, puesto que por el reglamento general citado líneas arriba, se establece que las solicitudes de devolución se tramitaran por vía electrónica, por lo cual a criterio de esta judicatura, la notificación fue realizada de manera correcta.

Que, en cuanto a la cuestión de fondo, es decir entre lo solicitado por el actor y lo concedido por la Sub Secretaría de Estado de Tributación, esta magistratura es del criterio que la resolución hoy cuestionada es válida, por haber sido esta dictada por el órgano competente y dentro las prerrogativas que la Ley le confiere, no observándose vicios ni de fondo ni de forma al momento de dictarse la resolución impugnada, respetándose también el principio de legalidad de los actos administrativos.

Que, el Principio de Legalidad se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. El principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, como forma de garantizar que los organismos del estado actúen de acuerdo a la finalidad de bien común para la que fueron creados. El Principio de Legalidad ha sido recepcionado por la Constitución Nacional en su artículo 257 al expresar que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la Ley...”. El equilibrio al que deben propender las relaciones entre el particular administrado y la Administración Pública requiere un justo y eficaz sistema de garantías que compensen la situación de desigualdad en la que se encuentra el particular frente al Estado. El fundamento de este sistema de garantías es la realización de la justicia distributiva del bien común –libertad, igualdad, etc.– entre los particulares. La sujeción de la Administración a la Ley constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho. El nacimiento del Principio de Legalidad se debe al pensamiento revolucionario de 1789, que, al modificar la concepción del antiguo régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración Pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una “legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforman en una haz de derechos subjetivos públicos (Thomas Hutchinson, “régimen de procedimientos administrativos”, editorial Astrea, 2ª Edición actualizada, 1994).

Que, el concepto de legalidad se encuentra vinculado al concepto de competencia, por el cual la norma administrativa le confiere a la Administración un determinado mandato y la Administración debe actuar de acuerdo a ese mandato plasmado en la norma positiva, por lo que la Administración no está autorizada a obrar en un sentido distinto al señalado por la norma, si actúa en forma diferente a lo que le manda la norma está violando el principio de legalidad. Dentro de nuestro sistema legal la Administración puede ser fuente del ordenamiento administrativo a través de su potestad reglamentaria, esto significa que está habilitada para dictar reglamentos, y también para derogarlos, pero una vez dictado un reglamento debe cumplir obligatoriamente las normas que la administración misma creó, salvo que las derogue expresamente, por lo tanto del Principio de Legalidad se deriva la prohibición de que la Administración

Pública no cumpla las regulaciones normativas producidas por ella misma. “El principio de legalidad, derivado del Estado de derecho, viene a convertirse en el eje central del régimen jurídico de la Administración Pública, ya que en caso de su infracción se justifica el conjunto de medios arbitrados por el derecho para restablecer el derecho violado” (Manuel María Díez. “Manual de Derecho Administrativo”, Tomo 2, Editorial Plus Ultra, 1985).

Que, la función de la Administración de tomar resoluciones, no tiene fuerza de verdad legal, justamente por eso la decisión del órgano administrativo es revisable en sede judicial, y en nuestro Proceso legal administrativo el Juez Natural, que está dotado de independencia e imparcialidad para revisar los actos de los órganos administrativos es el Tribunal de Cuentas (artículo 265 de la Constitución Nacional, artículo 30 del Código de Organización Judicial) que tiene a su cargo el control judicial de las decisiones administrativas.

QUE, en este sentido la revisión judicial en el proceso Contencioso-Administrativo a cargo del Tribunal de Cuentas, es la mayor garantía para el administrado, ya que “...la verdadera defensa de los derechos individuales contra los actos ilegítimos del poder administrador está en los Tribunales, que pueden ser judiciales o no, según lo determine el sistema jurídico-político. Porque, cualquiera que fuera la idea que se tenga sobre la jurisdicción, lo fundamental es que el órgano encargado de decidir sea independiente del que emitió el acto impugnado...” (Roberto Enrique Luqui. “Revisión Judicial de la Actividad Administrativa - Juicios Contencioso-administrativos”, Editorial Astrea, año 2005, página 8).

Que, en las condiciones analizadas, esta magistratura es del parecer, que el actor en ningún momento del proceso ha podido acreditar el derecho invocado y, por tanto, en caso de que la presente demanda prospere y se haga lugar a la misma, estaríamos permitiendo un perjuicio a las arcas del Estado, violando de esta manera preceptos establecidos en nuestra Constitución Nacional, y estaríamos propiciando a que el interés de un particular prospere por sobre el interés general, situación está prohibida también por nuestra carta magna.

Que, por lo expuesto, esta magistratura es del criterio que NO debe hacerse lugar a la presente demanda contencioso-administrativa, y que deben confirmarse las resoluciones emanadas de la Subsecretaría de Estado de Tributación, por haber sido estas dictadas conforme a derecho y dentro del principio de legalidad de los actos administrativos. En cuanto a las costas las mismas deben-

ser impuestas a la parte perdedora de conformidad al artículo 192 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno, el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel, manifiesta: Me permito disentir con el ilustre colega preopinante en el presente caso, en los siguientes términos: Que en fecha 23 de agosto de 2013, se presentó ante este Tribunal el abogado Julio César Giménez, en representación de Desarrollo Agrícola del Paraguay S.A. a plantear demanda Contencioso-Administrativa contra la Resolución de Devolución de Crédito Fiscal N°.7930000368 de fecha 17 de junio de 2013, dictadas por la Subsecretaría de Estado de Tributación dependiente del Ministerio de Hacienda (fs. 50/57).

Que, en fecha 06 de diciembre de 2013, se presenta el abogado fiscal del Ministerio de Hacienda, Hugo A. Campos Lozano, bajo patrocinio del señor abogado del Tesoro, Abog. Hernán W. Martínez Sánchez, a tomar intervención. (fs. 73/94).

Que la actora ha cuestionado la validez de la Resolución N° 7930000368 de fecha 17 de junio de 2013 que cuestiona parcialmente la devolución del crédito solicitado por la actora, aduciendo que la misma no se halla motivada y por consiguiente resulta un acto administrativo que causa agravio por no ajustarse a los principios generales y de manera específica al principio de legalidad, en tanto de la demandada ha manifestado que dicha resolución hace referencia a dictámenes a los que considera incluidos dentro de la fundamentación del acto administrativo decisorio y cita para el efecto al doctrinario Roberto Dromi en su obra “Derecho Administrativo”, 4ª Edición. Al respecto, el mismo doctrinario citado por la demandada, en su obra “El Procedimiento Administrativo”, (ed. 1999, págs. 70/71) sostiene que por excepción puede admitirse la motivación previa, si ella surge de informes y dictámenes, sin embargo, sostiene que tratándose de actos que decidan sobre derechos subjetivos, resuelvan peticiones, recursos y reclamaciones, resulten del ejercicio de atribuciones discrecionales, deben ser motivados y que la motivación no puede consistir en la remisión a propuestas, dictámenes o resoluciones previas, siendo ésta última la regla general. Del mismo modo este Tribunal ya se ha expedido en casos similares al de autos, que la falta de motivación constituye un vicio conforme a lo dispuesto en el art. 205 de la Ley N° 125/91, que copiado en la parte pertinente expresa: “Resoluciones:... Los pronunciamientos, en cuanto corresponda, deberán ser fundados en los hechos y en el derecho, valorar la prueba producida y decidir las

cuestiones planteadas en el procedimiento o actuación...” (Acuerdo y Sentencia N° 274/13, juicio: “Loma Puku S.A. c/ Res. N° 989 de fecha 8-03- 2012, dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación (SET)”, y con el mismo criterio ha sostenido en otro fallo similar que el caso sub exámine presenta vicios en las resoluciones administrativas, en cuanto a que no se aprecian los elementos esenciales que debe contener un acto administrativo, por esta razón los cuestionamientos realizados por la administración y que no han sido debidamente fundados, limita el ejercicio efectivo del derecho a la defensa por parte del contribuyente. como he manifestado en fallos anteriores, esta circunstancia constituye una actuación irregular, de la Administración Tributaria y atenta contra los principios rectores del derecho administrativo, y que tiene que tener como lógica consecuencia la ineficacia del acto, pues, constituye una desprolijidad e irresponsabilidad administrativa, ya que la motivación del acto es elemento esencial del mismo y la doctrina fulmina este vicio con la nulidad. (Acuerdo y Sentencia N° 144/14, juicio: “Cooperativa Multiactiva Neuland Ltda. c/ Res. N° 7530001982 y otras, dict. por la Subsecretaria de Estado de Tributación”, N° 289, año: 2011).

Que la actora ha traído a colación que ha sido objeto de reliquidación en cuanto al monto del crédito fiscal declarado en el formulario de declaración jurada, en la cual la demandada ha procedido a reliquidar dicho formulario, sin que se haya podido demostrar en base a que técnica o formula se ha utilizado en el proceso de reliquidación.

Que analizada la constancia de autos a fs. 15, se observa que la demandada ha procedido a determinar o reliquidar un impuesto de manera unilateral, pues conforme a lo desglosado del expediente no se evidencia que haya hecho parte a la actora por cuanto que no ha comunicado, ni tampoco ha otorgado participación en cuanto a la reliquidación de sus impuestos, practicando sin admitir prueba en contrario una deducción de una parte importante del crédito solicitada por la actora y sin otorgar la posibilidad de la defensa de sus intereses, principio fundamental en todo proceso administrativo y con raigambre de orden Constitucional (Art. 17), socavado por la demandada, por lo que con respecto a este punto específico la demandada no ha podido desvirtuar lo atacado por la actora referente a lo actuando en el proceso de una Reliquidación, y que conforme con lo notado en el escrito de contestación; según consta a fs. 85/86 del expediente, sin aportar mayores precisiones se limita a delinear que ha queda-

do firme la determinación, sin embargo no se ha podido acreditar que el proceso de determinación o reliquidación practicado se encuentre ajustado al procedimiento establecido en los artículos 212 y 225 de la Ley N° 125/91, siendo ésta la vía legal para que una determinación resulte vinculante y obligatoria para las partes, por lo que al resultar violatoria de la Ley no corresponde admitir la deducción practicada. Que la demandada invalida una porción del crédito solicitado, imponiendo la Regla del Tope (10% sobre el valor FOB de lo exportado) y además una segunda limitación referida al crédito generado en el mes de la exportación sin contemplar saldos acumulados productos del ya referido topeo, lo cual a nuestro criterio afecta directamente el quantum de la “materia imposible” cuya determinación como bien sabemos, es un área reservada de la Ley, así como la determinación de los sujetos obligados y el sistema tributario (Art. 179 C.N.). La Ley impositiva en su art. 88 no contiene tal limitación, sino que considera factible de ser recuperados todos los créditos relacionados directa o indirectamente a la exportación realizada, y siendo que la reglamentación de dicho ámbito del tributo está vedada a la Administración, ya que es la Ley la única herramienta idónea para dicho menester, por cuanto entonces queda corroborada la manifiesta inaplicabilidad de la Resolución N° 52/2011, y no siendo este Tribunal el órgano idóneo para imponer dicha declaración (declaración de inaplicabilidad de la norma), generándose la duda con relación a la norma aplicable y, que ante la duda no le resta a esta Magistratura sino optar por la aplicación del principio de la interpretación más favorable para el contribuyente (Art. 248 de la Ley Tributaria). No obstante a lo señalado, por medio del A.I. N° 500 de fecha 20 de junio de 2014, se ha hecho lugar a las pruebas periciales peticionadas por las partes, teniendo en cuenta que este medio de prueba se encuentra previsto en el Código Procesal Civil, que ha culminado con la presentación de los informes periciales pertinentes, donde a fs. 136 y 234 dos informes periciales coinciden en señalar que el monto solicitado en devolución por la actora se halla justificado, resultando en consecuencia tal cuantía como saldo a favor sujeto a devolución.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las disposiciones legales señaladas, los escritos de demanda y contestación, como asimismo los antecedentes administrativos traídos a estudio y los informes periciales obrantes en autos, es mi parecer, que debe hacerse lugar a la presente demanda contencioso y administrativa intentada por la actora y en consecuencia debe revocarse el acto administrativo impugnado.

En cuanto a las costas las mismas deben imponerse a la perdidosa. Es mi voto.

A su turno, el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Gregorio Ramón Rolando Ojeda, manifiesta que se adhiere al voto del distinguido Conjuez, Arsenio Coronel, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resuelve:

1) Hacer lugar a la presente Demanda Contencioso-Administrativa planteada por el Abog. Julio César Giménez Alderete, en representación de Desarrollo Agrícola del Paraguay S.A., contra Resolución N° 7930000368, de fecha 17 de junio de 2013, dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación y, en consecuencia;

2) Revocar la Resolución N° 7930000368, de fecha 17 de junio de 2013, dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente Resolución.

3) Imponer las costas a la parte perdidosa.

4) Notificar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Arsenio Coronel Benítez y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Abog. Diego Mayor Gamell, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 294

Cuestión debatida: *La controversia de autos se da en el marco de un sumario administrativo que concluyó con la Resolución N° 502 de fecha 27 de septiembre de 2012, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas (DNA), en la que se califican los hechos investigados como falta aduanera por diferencia, conforme a lo dispuesto en el art. 325 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”. Siendo así, la labor del Tribunal es verificar si efectivamente la firma Bayer S.A. incurrió en tal falta.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CÓDIGO ADUANERO. Falta aduanera por diferencia.

El art. 325 del Código Aduanero tipifica la falta aduanera por diferencia en los siguientes términos: “Falta aduanera por diferencia. Concepto. 1. Se considera falta aduanera por diferencia cuando como consecuencia de la verificación física o documental de las mercaderías se compruebe que de seguirse las declaraciones contenidas en el despacho respectivo, el fisco se habría perjudicado en la regular percepción del tributo aduanero y siempre que el hecho no constituya defraudación o contrabando. 2. Estas faltas aduaneras pueden consistir en diferencias de calidad, especie, origen o procedencia, dimensiones, cantidad y peso, toda vez que sobrepase los porcentajes de tolerancias de justificación establecidas en este Código y sus reglamentos. 3. A este tipo de faltas se aplicarán solamente sanciones pecuniarias y disciplinarias”.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CÓDIGO ADUANERO. Falta aduanera por diferencia.

Los casos expuestos en el num. 2 del art. 325 del Código Aduanero no se encuentran en debate en el presente caso, es decir, las diferencias (o declaraciones inexactas) atribuidas por la DNA a Bayer S.A. (Paraguay) no tienen que ver con la calidad, especie, origen, dimensiones, cantidad, peso, etc., de los productos importados; estas diferencias tienen que ver con el valor de las mercaderías en aduanas consignado por Bayer S.A. (Paraguay) en ciertos despachos de importación, los que según la DNA debían ser idénticos a los valores declarados en los despachos de exportación y consignados en el sistema SISCOMEX de la República Federativa del Brasil.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CÓDIGO ADUANERO. Valor en Aduanas.

El Artículo 1 del Acuerdo dice: “1. El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, siempre que concurren las siguientes circunstancias: ... d) que no exista una vinculación entre el comprador y el vendedor o que, en caso de existir, el valor de transacción sea aceptable a efectos aduaneros en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2”. Sigue mencionando el artículo lo siguiente: “2. a). Al determinar si el valor de transacción es aceptable a los efectos del párrafo 1, el hecho de que exista una vinculación entre el comprador y el vendedor en el sentido de lo dispuesto en el artículo 15 no constituirá en sí un motivo suficiente para considerar inaceptable el valor de transacción. En tal caso se examinarán las circunstancias de la venta y se aceptará el valor de transacción siempre que la vinculación no haya influido en el precio. Si, por la información obtenida del importador o de otra fuente, la Administración de Aduanas tiene razones para creer que la vinculación ha influido en el precio, comunicará esas razones al importador y le dará oportunidad razonable para contestar. Si el importador lo pide, las razones se le comunicarán por escrito”.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PRUEBA. Apreciación de la Prueba. PRUEBA DE PERITOS. Dictamen Pericial.

El art. 343 del Código Procesal Civil dispone que la prueba pericial es admisible cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiera conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica. Esto se basa en que el juzgador, si bien es el único que tiene el poder de decisión y de apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, en muchas ocasiones precisa de conocimientos especializados en pro de la correcta dilucidación del caso que llega a su conocimiento. Es así que, si el dictamen del perito reúne la suficiente fuerza probatoria, sus conclusiones deben ser tenidas como verdaderas conforme al principio de la sana crítica.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PRUEBA. Apreciación de la Prueba. PRUEBA DE PERITOS. Dictamen Pericial. PRINCIPIO CONGRUENCIA.

En relación al dictamen en particular diligenciado en el juicio, la competencia del Lic. José Kronawetter no ha sido objetada por los representantes de la

DNA. Asimismo, el citado profesional se halla matriculado ante la Corte Suprema de Justicia, situación que hace presumir su idoneidad para dilucidar los hechos relativos a las ciencias contables. Por su parte, sus opiniones tampoco fueron objetadas o contradichas por otros peritos o por los representantes de la DNA; asimismo, examinada la logicidad de las conclusiones por esta magistratura, se comprueba que ellas reúnen las condiciones de coherencia interna en sus opiniones. En cuanto a los principios científicos, se verifica que el dictamen se funda en las Normas de Auditoría emitidas por el consejo de Contadores Públicos del Paraguay, las cuales, a su vez, se basan en Normas Internacionales de Auditoría y atestiguamiento y servicios relacionados (NIA) emitidas por el consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Aseguramiento (IAASB) de la Federación Internacional de contadores (IFAC). Por último, el dictamen pericial también se halla en consonancia con las conclusiones vertidas por la Auditoría Interna de la DNA en el marco del proceso sumarial instruido, según la cual en los libros contables estaban debidamente asentadas las erogaciones de las operaciones comerciales de importación de mercaderías.

T. de Cuentas Segunda Sala 17/06/2015 “Bayer S.A. C/ RESOLUCIÓN N° 502 DE FECHA 27 DE SETIEMBRE DE 2012 Y OTRO DICTADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS N° 499. AÑO 2012. (Ac. y Sent. N° 294).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN:

¿Se encuentra ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Ramón Rolando Ojeda, Arsenio Coronel y Mario Maidana Griffith.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Magistrado Ramón Rolando Ojeda, dijo: Que, en fecha veinte de noviembre del año dos mil doce, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el abogado Alejandro Guanes Mersán, en nombre y representación de la firma Bayer S.A., a promover demanda Contencioso-Administrativa contra la Dirección Nacional de Aduanas. Funda la demanda en los siguientes términos: “2. Antecedentes en sede administrativa. a) Investigación previa. Todo comenzó cuando la Dirección de Fiscalización de Aduanas (DFA) inició investigaciones en relación a los despa-

chos aduaneros individualizados como N° 08005IC04000369R, 08005IC04000624L, 08005IC04002301F, 08005IC04002303H, 08005IC04002304X, 08005IC04012305K, 08005IC04008441Z, 08005IC04006892B, 8005IC04006638W, 08005IC04006428T, 08005IC04006421M, 08005IC04006305N, 08005IC04004016K, correspondientes a mercaderías compradas por Bayer S.A. (Paraguay) de Bayer AG (Alemania). Ahora bien, la fabricación de estas mercaderías compradas por Bayer S.A. (Paraguay) a Bayer AG (Alemania) fue encargada por ésta a Bayer S.A. – División CropScience (Brasil). Asimismo, por cuestiones geográficas, lógicamente, Bayer AG (Alemania) encargó, además, a Bayer S.A. (Brasil) que envíe las mercaderías, por cuenta y orden de Bayer Alemania, directamente a la República del Paraguay como país de destino final de las mismas. Como se puede apreciar, estos dos contratos internacionales –uno, entre Bayer Paraguay (comprador) y Bayer Alemania (vendedor); otro entre Bayer Alemania y Bayer Brasil (fabricante)– son diferentes, se desarrollaron entre partes contratantes diferentes y responden a patrones comerciales también diferentes; por ende, las circunstancias comerciales de negociación son distintas, considerando incluso pautas generales de contratación diferentes. Se produce en el caso lo que en comercio internacional se denomina ventas sucesivas de la misma mercadería. Como consecuencia de la existencia de estos dos contratos internacionales distintos, la Dirección de Fiscalización de Aduanas detectó diferencias entre: por una parte, los valores de los productos que fueran declarados en los despachos aduaneros de importación en Paraguay y; por otra, los valores que fueran declarados en los despachos de exportación del Brasil. Los valores de los productos que se hallan declarados en los despachos aduaneros de importación en Paraguay corresponden a los valores de las facturas de venta expedidas por la empresa Bayer AG (Alemania) en su calidad de vendedora a Bayer S.A. (Paraguay). Es decir, Son los valores reales de transacción, es decir los precios de la única compraventa internacional de la cual nuestra mandante es parte. los valores de los productos que se hallan declarados en los despachos de exportación del brasil corresponden a los valores de la operación comercial entre bayer alemania y bayer brasil en su calidad de fabricante. importa a mi parte resaltar que estos últimos valores no son los valores reales de transacción entre bayer paraguay y bayer alemania siendo nuestra parte ajena a esta transacción. las diferencias fueron detectadas por la dfa al hacerse un control cruzado de información utilizando para ello el sistema informático

“Indira” el cual actúa de interfaz entre los sistemas informáticos aduaneros “Sofia” del Paraguay y “Siscomex” del Brasil. En consecuencia, el Departamento de Control Posterior de la DFA requirió información y documentación complementaria a Bayer Paraguay y al Despachante interviniente en dichas operaciones, de conformidad con las Notas DCP 213/08; DCP 127/09; y DCP 129/09. Luego de que Bayer Paraguay haya presentado debidamente las respuestas con explicaciones y documentaciones suficientes a los requerimientos del Departamento de Control Posterior, la DFA procedió a notificar a mi representada las contra-liquidaciones de impuestos aduaneros efectuadas sobre la base de los valores de las mercaderías que se hallaban asentados en el sistema informático “Indira”, en relación al valor de la operación comercial entre Bayer Brasil y Bayer Alemania. Esto es, tales contraliquidaciones se basaron en operaciones comerciales respecto de las cuales mi representada –Bayer Paraguay– no había sido parte. Cabe destacar que respecto a algunos despachos de importación en particular fueron practicadas las contraliquidaciones con irregularidades en cuanto a la base imponible, conforme más adelante serán ampliamente expuestas. Pero nos interesa señalar específicamente que en relación a los despachos de importación N° 08005IC04008441Z y N° 08005IC04004016K los valores declarados por Bayer Paraguay respecto de los productos Certero, Prodigio y Alsystem son mayores en comparación a los valores contenidos en el sistema “Indira” respecto de la operación entre Bayer Alemania y Bayer Brasil, sin embargo, aún así, la aduana toma los valores del sistema “Indira”. Bayer S.A. (Paraguay) presentó, en tiempo y forma, las oposiciones y rechazos a las contra-liquidaciones practicadas y notificadas por parte de la DFA, fundada en que en los despachos de importación cuestionados se declararon los valores de los productos importados conforme a las normas de valoración en aduanas establecidas por los artículos 109, 110, 111, 254, 255, 256, 261, 262 y concordantes del Código Aduanero, y en especial, por el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, conforme lo establece el artículo 341 y concordantes del Decreto N° 4672/95 Reglamentario del Código Aduanero. b)

El sumario. Ante las oposiciones de mi representada, la Administración de Aduanas de Ciudad del Este resolvió instruir sumarios para la averiguación y el esclarecimiento de los hechos. Ya en el sumario, la empresa Bayer S.A. (Paraguay) contestó vista, ofreció y diligenció debidamente las pruebas, además de

hacer una exposición exhaustiva, pormenorizada y racional de los fundamentos normativos y fácticos, demostrando que los valores asentados en los despachos aduaneros y efectivamente pagados a la DNA se corresponden con los valores exigidos por las normas jurídicas que rigen el pago de estos tributos. c) Resolución A.A.C.D.E. N° 14 del 20 de julio de 2012. A pesar de la demostración y de la existencia de razones suficientes a favor de la posición sostenida por Bayer S.A. (Paraguay), la Administración de Aduanas de Ciudad del Este dictó la Resolución A.A.C.D.E. N° 14 de fecha 20 de julio de 2012 por la cual resolvió: calificar de defraudación los hechos denunciados de conformidad a los artículos 331 y 332 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero” (art. 1°); responsabilizar de la infracción calificada en el presente caso a la firma Bayer S.A. (Paraguay), y solidariamente al despachante de aduanas Óscar Rubén Brítez Delgado (art. 2°); disponer el cobro de los tributos diferenciales igual a Guaraníes dos mil doscientos quince millones seiscientos cincuenta y nueve mil trescientos veintinueve (G. 2.215.659.329) y la aplicación de sanción de multa igual al monto de los tributos diferenciales, Guaraníes dos mil doscientos quince millones seiscientos cincuenta y nueve mil trescientos veintinueve (G. 2.215.659.329), totalizando la suma de Guaraníes cuatro mil cuatrocientos treinta y un millones trescientos dieciocho mil seiscientos cincuenta y ocho (G. 4.431.318.658), de conformidad a la liquidación de tributos elaborado por la División de Control Posterior y del artículo 333 de la Ley 2422/04 Código Aduanero (art. 3°); adjudicar del producido de la multa el 50% igual a Guaraníes un mil ciento siete millones ochocientos veintinueve mil seiscientos sesenta y cuatro (Gs. 1.107.829.664) para los denunciados, señores Darío R. Álvarez y Francisco Acosta, y el 50%, Guaraníes un mil ciento siete millones ochocientos veintinueve mil seiscientos sesenta y cuatro (G. 1.107.829.664) para la Dirección Nacional de Aduanas, conforme a lo dispuesto en el artículo 334 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero” (art. 4°); intimar a la firma Bayer S.A. (Paraguay) y al Despachante de Aduanas Óscar Rubén Brítez Delgado a hacer efectivo el pago en el perentorio plazo de cinco (5) días hábiles de recibida la notificación respectiva, caso contrario quedará expedita la vía para el cobro compulsivo (art. 5°). Es importante destacar que para la realización de los cálculos de las liquidaciones de los tributos practicadas por la DFA y que fueron determinados por la Resolución A.A.C.D.E. N° 14, se pasó por alto la validez del Certificado de Origen al aplicar el arancel aduanero del 6% sobre el supuesto valor de las mercaderías sin ningún tipo de fundamento y sin

tener la potestad jurídica para ello. d) Recurso de apelación contra Resolución A.A.C.D.E. N° 14 interpuesto por Bayer S.A. (Paraguay) ante la Dirección Nacional de Aduanas (DNA). Mi parte interpuso recurso de apelación contra la Resolución A.A.C.D.E. N° 14 de fecha 20 de julio de 2012 fundada en los siguientes argumentos: 1) que en los despachos de importación investigados y contraliquidados no se configuró la infracción aduanera de defraudación prevista en el Código Aduanero, pues si bien existe una diferencia en menos entre los valores declarados en los despachos de exportación ante el servicio aduanero brasileño y los valores declarados ante el servicio aduanero paraguayo, esto se debe a que los valores declarados en los despachos se corresponden a operaciones comerciales realizadas exclusivamente entre Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer AG (Alemania) y ésta, a su vez, encargó la fabricación de las mercaderías adquiridas a Bayer S.A. (Brasil), siendo esta una operación comercial diferente e independiente de aquella; 2) que los valores de transacción declarados en los despachos de importación fueron los que efectivamente se pagaron a la empresa vendedora de las mercaderías: Bayer AG (Alemania) y no Bayer S.A. (Brasil), conforme a las normas jurídicas de valoración en aduanas establecidas en los artículos 254, 255, 256, 261, 262 y concordantes del Código Aduanero y conforme lo establece el artículo 341 y concordantes del Decreto Reglamentario del Código Aduanero N° 4672/95 que remite al Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT); 3) que si bien existe una vinculación entre las empresas Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer AG (Alemania), los valores de transacción de las operaciones comerciales son aceptables porque no han influido en el precio de las mercaderías ya que los valores se aproximan mucho al valor de transacción en las ventas de mercaderías idénticas o similares vigentes en el mismo momento o en momentos aproximados que fueron efectuadas entre compradores no vinculados con el vendedor, para la exportación al país; 4) que bajo ningún aspecto se puede calificar a la conducta de Bayer S.A. (Paraguay) como dolosa, puesto que se cumplieron con todas las normas jurídicas que rigen la cuestión del valor de las mercaderías en aduanas; asimismo, no fue ni es intención de la empresa Bayer S.A. (Paraguay) perjudicar al fisco, y la inexistencia de declaración supeitada o pedido de consulta preexistentes no pueden ser indicios de actitud dolosa. 5) La Administración de Aduanas no tiene competencia para dejar sin efecto la validez de los Certificados de Origen del Mercosur, ya que reúnen los

requisitos de forma y fondo, no correspondiendo aplicar la tasa del 6% del Impuesto Aduanero en aquellos productos que cuentan con el Certificado; 6) Por último, no debe el pago de tributos diferenciales por la suma de Gs. 2.215.659.329, y que, al no existir defraudación, no corresponde imponer la sanción de multa equivalente al 100% de los tributos diferenciales. Como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por mi parte, el Director Nacional de Aduanas dictó la Resolución N° 502 del 27 de septiembre de 2012 cuyas disposiciones resolutorias han sido detalladas en el punto 1 de este escrito. e) Comparación entre las disposiciones de la Resolución A.A.C.D.E. N° 14 del 20 de julio de 2012 y la Resolución D.N.A. N° 502 del 27 de septiembre de 2012. Para concluir con los antecedentes en sede administrativa, es útil determinar cuáles son las diferencias entre: lo decidido por la Administración de Aduanas de Ciudad del Este (Res. N° 14/2012) y lo decidido por la Dirección Nacional de Aduanas (Res. N° 502/2012). En cuanto a la calificación: - en la Resolución A.A.C.D.E. N° 14 se califica a los hechos investigados como infracción de defraudación, responsabilizándose de la misma a la empresa Bayer S.A. y al despachante de aduanas "scar Rubén Brítez Delgado; - En la Resolución D.N.A. N° 502 se califica a los hechos investigados como falta aduanera por diferencia responsabilizándose a Bayer S.A. y sobreseyendo al despachante de aduanas "scar Rubén Brítez Delgado. En cuanto al monto de los tributos diferenciales: En la Resolución A.A.C.D.E. N° 14 se dispone el cobro de los tributos diferenciales que ascienden a la suma de G. 2.215.659.329; En la Resolución D.N.A. N° 502 se dispone el cobro de los tributos diferenciales calculados por el Departamento de Contraloría por medio de las re-liquidaciones, que ascienden a un total de G. 1.177.268.615. En cuanto a la multa: En la Resolución A.A.C.D.E. N° 14 se impone una multa igual al monto de los tributos diferenciales (100%) que asciende a la suma de G. 2.215.659.329. En la Resolución D.N.A. N° 502 se impone una multa correspondiente al cincuenta 50% del monto de los tributos diferenciales, el cual asciende a la suma de G. 588.634.308. Con el recurso de apelación interpuesto ante la Dirección Nacional de Aduanas, mi parte pretendía que en instancia administrativa se resolviera sobreseer totalmente a mi representada, la empresa Bayer S.A., de toda infracción y falta aduanera y se confirmen los valores declarados en los despachos de importación que fueron objeto de investigación. Si bien la Resolución N° 502 del 27 de septiembre de 2012 hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto, no lo hizo en la forma y con el alcance que

deberían ser conforme a las normas jurídicas que rigen la cuestión. 3. Fundamentos de la Resolución D.N.A. N° 502/12. Si bien el Director Nacional de Aduanas resolvió que la conducta de Bayer S.A. no configura la infracción aduanera de defraudación en razón de que, conforme sus textuales razones, ha quedado “[...] más que claro que el ánimo o intención de “dolo”, no existió por parte de la firma sumariada [...]”, termina calificando a los hechos investigados como falta aduanera por diferencia, conforme a la tipificación prevista en el art. 325 del Código Aduanero (C.A.), sin exponer un fundamento jurídico en concreto y sin realizar un argumento explícito del que se infiera que el actuar de Bayer S.A. se subsume en lo tipificado en el art. 325 del Código Aduanero. No obstante, al hacer mención al art. 325 del Código Aduanero y a la cita de la opinión del catedrático, Dr. Jorge Luis Tosi en su libro “Derecho Penal Aduanero”, se podría inferir que el argumento del Director Nacional de Aduanas ha sido el siguiente: que en dichos despachos de importación hubo declaraciones inexactas, es decir, declaraciones que difirieron con lo que resultó de la comprobación entre las facturas presentadas ante la aduana de la República Federativa del Brasil y las presentadas ante la Dirección Nacional de Aduanas de la República del Paraguay. ¿Cuáles fueron estas supuestas declaraciones inexactas? Con base en lo señalado en el párrafo anterior, podríamos asumir que estas supuestas declaraciones inexactas tienen que ver con el valor en aduanas de las mercaderías importadas por Bayer S.A. (Paraguay). Este es el punto neurálgico de esta controversia entre mi representada y la D.N.A. Como fue ya explicado en el punto 2.a) de este escrito promocional de acción contencioso-administrativa, la empresa Bayer S.A. (Paraguay) compró mercaderías a la empresa Bayer AG (Alemania) y ésta, para cumplir con el contrato de compraventa internacional, encomendó la fabricación de las mercaderías a Bayer S.A. (Brasil), encomendándole, además, que remita esas mercaderías directamente a la República del Paraguay. Los valores que fueron debidamente declarados en los despachos de importación presentados por Bayer S.A. ante la D.N.A. son los valores correspondientes a las facturas de compraventa entre Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer AG (Alemania), los cuales a su vez fueron efectivamente pagados, es decir, son los valores de transacción. Sin embargo la D.N.A. sostiene que los valores que se debían haber declarado en los despachos, son los valores correspondientes a la operación entre Bayer S.A. (Brasil) y Bayer AG (Alemania). En esto consistiría la supuesta declaración inexacta que alega la Dirección Nacional de Adua-

nas. 4. Inexistencia de declaración inexacta en los despachos aduaneros. Mi representada no realizó, bajo ningún punto de vista, declaraciones inexactas y menos aún violó normas jurídicas de carácter aduanero ni de carácter impositivo en general. La empresa Bayer S.A. (Paraguay) declaró de manera exacta, apropiada y correcta la base imponible, conforme lo disponen: (a) el artículo 82 de la Ley N° 125/91 modificada por la Ley 2421/04 (I.V.A. importación); (b) los artículos 254, 255, 256, 261, 262 y concordantes del Código Aduanero; (c) los artículos 341 y concordantes del Decreto N° 4672/95 “Reglamentario del Código Aduanero” (tributos aduaneros); (d) en especial, por las normas estipuladas por el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, conforme lo establece el Decreto N° 4672/95. En el caso del I.V.A. por importación de mercaderías de forma definitiva, la base imponible debe ser: el valor aduanero expresado en moneda extranjera, más la suma resultante de tributos aduaneros, más otros tributos que inciden en la operación con anterioridad al retiro de las mercaderías, más los tributos internos que gravan dicho acto, menos el IVA, conforme lo dispone el art. 82 de la Ley 125/91 modificada por la Ley 2421/04 “de adecuación fiscal”. En el caso del Impuesto Aduanero a la importación, la base imponible debe ser el valor en aduana de las mercaderías, conforme lo disponen los arts. 255 y 261 del C.A. Tanto el Código Aduanero (art. 261) como su Decreto reglamentario N° 4672/95 (art. 341) prescriben que el valor en aduana de las mercaderías se establece conforme a las normas dispuestas en los acuerdos internacionales vigentes y sus normas reglamentarias. Específicamente, el Decreto N° 4672/95 deriva los criterios para determinar el valor en aduana de las mercaderías a lo establecido en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT (Acuerdo). En la introducción general del Acuerdo de Valoración mencionado textualmente dice que: “El valor de transacción es la primera base para la determinación del valor en aduana [...]”. Asimismo, LASCANO en su iluminadora obra *El valor en Aduana de las Mercaderías Importadas* señala: “Todos los demás métodos podrán aplicarse solamente cuando sea imposible determinar el valor de las mercaderías mediante el método principal”. Y el método principal es, recalamos, el valor de transacción. Es importante aclarar que la transacción es la operación que se celebró entre Bayer S.A. (Paraguay) con Bayer AG (Alemania) y no la que se celebró entre Bayer AG (Alemania) y Bayer S.A. (Brasil). Si bien esta operación

surgió a raíz de que hubo una orden de compra emitida por Bayer S.A. (Paraguay) la transacción válida es la que guarda la relación directa con la compra para importación. También es importante advertir que, conforme a las disposiciones normativas del Acuerdo de Valoración, el valor de transacción es igual al valor realmente pagado. En resumen, la transacción a tener en cuenta es la que guarda relación directa con la importación y el valor a tener en cuenta es el realmente pagado. Ahora bien, el art. 1 del Acuerdo de Valoración establece cuatro condiciones para que el precio de transacción pueda admitirse como base para la determinación del valor en aduana, una de ellas es que no exista vinculación entre el comprador y el vendedor en el sentido del art. 15.4 del Acuerdo de Valoración. Citamos sólo esta condición, porque es la que ha estado en discusión en el sumario administrativo. de manera preliminar, conviene recordar que no negamos la vinculación señalada, pero, a su vez, afirmamos enfáticamente que ésta vinculación no es un motivo por sí mismo suficiente para considerar inaceptable los valores de transacción en las operaciones. El valor de transacción es aceptable a efectos aduaneros, en virtud a lo establecido en el artículo 1, párrafo 2 del Acuerdo que dispone. “2. a) Al determinar si el valor de transacción es aceptable a los efectos del párrafo 1, el hecho de que exista una vinculación entre el comprador y el vendedor en el sentido de lo dispuesto en el artículo 15 no constituirá en sí un motivo suficiente para considerar inaceptable el valor de transacción. En tal caso se examinarán las circunstancias de la venta y se aceptará el valor de transacción siempre que la vinculación no haya influido en el precio. Si, por la información obtenida del importador o de otra fuente, la Administración de Aduanas tiene razones para creer que la vinculación ha influido en el precio, comunicará esas razones al importador y le dará oportunidad razonable para contestar. Si el importador lo pide, las razones se le comunicarán por escrito”. A continuación, paso a explicar y demostrar sobre la base de las disposiciones normativas del Acuerdo de Valoración que los valores de las operaciones de importación entre Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer AG (Alemania) han sido los realmente pagados y que, a pesar de la vinculación, no se puede considerar inaceptable el valor de transacción: 4.1 El valor de transacción declarado es el realmente pagado a Bayer AG (Alemania). En los despachos aduaneros de importación cuestionados, Bayer S.A. (Paraguay) declaró los valores de las mercaderías conforme al valor descrito en las facturas comerciales de compraventa emitidas a su nombre por Bayer AG (Alemania). Recalamos que los

valores de las facturas comerciales que Bayer AG (Alemania) emitió a nombre de Bayer S.A. (Paraguay) son, en todos los casos, los valores realmente pagados. Los pagos se realizaron de a través de giros bancarios internacionales, de acuerdo a la documentación que ha sido agregada por Bayer S.A. (Paraguay) oportunamente en el sumario administrativo. Esta afirmación ha quedado demostrada con las pruebas documentales agregadas al expediente sumarial, que son: (a) lista de precios correspondientes al año 2008, debidamente legalizada por el consulado de Alemania, elaborada por Bayer AG (Alemania) para los productos importados por Bayer S.A. (Paraguay), cuyo original obra en la Dirección Nacional de Aduanas y fue presentado ante las autoridades de la Dirección de Fiscalización Aduanera (DFA) durante el proceso de investigación, y; (b) las constancias de transferencias realizadas por la empresa para el pago de las facturas y los comprobantes de retención emitidos por Bayer S.A. (Paraguay), cuyo valor, sumado al consignado en las referidas transferencias, coincide exactamente con el monto de las facturas comerciales emitidas por Bayer AG (Alemania), que corresponden a los despachos de importación cuestionados. Además, ha sido demostrado con la prueba de informe técnico (en cuanto al análisis técnico contable) de la auditoría emitido por la Dirección de Auditoría Contable de la DFA (DCP/DAE N° 68/12) que el valor de transacción fue el efectivamente pagado. El informe de auditoría mencionado certifica cuanto sigue: 1) que las operaciones de compra de las mercaderías correspondientes a los despachos cuestionados “[...] se encuentran efectivamente registradas en el libro diario [...]” (sic.); 2) que “[...] en todos los casos el tipo de cambio utilizado en los asientos es el mismo tipo de cambio indicado en el despacho, por lo que no se detectaron diferencias entre factura y su respectiva registración [...]” (sic); 3) “[...] Todas las facturas fueron registradas en el mes correspondiente a la emisión de las mismas [...]” (sic.); y 4) “Respecto a las facturas amparadas en los despachos de importación declaradas en la Aduana paraguaya, se encuentran registradas en el libro Diario en los meses correspondientes y no se encontraron diferencia de los montos [...]” (sic.). Si bien existen diferencias entre el valor declarado por Bayer S.A. (Paraguay) y los valores tomados por la DFA del sistema “Indira”, la DFA no puede basarse para la valoración de las mercancías en los precios de las facturas correspondientes a una transacción comercial que no es la directamente celebrada entre Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer AG (Alemania) y, además, atendiendo a que tal base de valoración no está permitida en el Acuerdo de

Valoración. Resulta por esto llamativo que en el informe emitido por la División de Auditoría Contable DCP/DAE N° 68/12 se afirme en varias de sus partes, sin ningún tipo de sustento, que los valores que se debieron asentar en los registros contables de Bayer S.A. (Paraguay) respecto a los despachos aduaneros en cuestión son los correspondientes a las facturas presentadas ante la aduana de la República Federativa de Brasil. Por lo demás, este tipo de opiniones en el marco de un informe de Auditoría Contable no corresponden puesto que tienen que ver con interpretación de normas jurídicas, actividad que no es competencia de una Auditoría Contable ni tampoco fue requerida por el Juez Instructor. Este informe es verdadero en cuanto a la descripción de coincidencias entre factura comercial, asiento contable y giros bancarios, con lo que se confirma el valor realmente pagado; pero es incorrecto en relación a su opinión acerca del valor imponible, pues no tiene sustento normativo y menos fáctico. 4.2 Los valores de transacción son aceptables a efectos aduaneros. Como más arriba ha sido señalado, los valores de transacción entre el comprador Bayer S.A. (Paraguay) y el vendedor Bayer AG (Alemania) no pueden ser considerados inaceptables a efectos aduaneros, conforme lo dispuesto en el párrafo 2.a), art. 1 del Acuerdo de Valoración, ya transcripto. El hecho que exista vinculación entre el comprador (Bayer S.A. Paraguay) y el vendedor (Bayer AG Alemania) no impide por sí mismo que el precio facturado (y realmente pagado) pueda aceptarse como base para la determinación del valor en aduanas. La aceptación o rechazo del valor de transacción está en relación directa con el grado de aproximación que puedan tener los precios de mercado de la mercadería en cuestión en relación a mercaderías idénticas o similares. Esto es lo que dispone el art. 1, párrafo 2. b): “En una venta entre personas vinculadas, se aceptará el valor de transacción y se valorarán las mercancías de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 cuando el importador demuestre que dicho valor se aproxima mucho a alguno de los precios o valores que se señalan a continuación, vigentes en el mismo momento o en uno aproximado: [...]”. Conforme a los criterios señalados en las normas transcriptas del Acuerdo de Valoración, ha quedado debidamente demostrado en el sumario –y quedará también demostrado en esta acción– que los valores se aproximan mucho al valor de transacción en las ventas de mercancías idénticas o similares vigentes en el mismo momento, efectuadas a compradores no vinculados con el vendedor, para la exportación al Paraguay (país importador). En el artículo 15 del Acuerdo se define a las mercancías similares en los siguien-

tes términos: “[...] las que, aunque no sean iguales en todo, tienen características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables. Para determinar si las mercancías son similares habrán de considerarse, entre otros factores, su calidad, su prestigio comercial y la existencia de una marca comercial; sólo se considerarán mercancías similares las producidas en el mismo país que las mercancías objeto de valoración”. En el sumario administrativo, la empresa que represento ha proporcionado información adicional que demuestra fehacientemente que la vinculación no influyó en el precio, por medio de estudios comparativos obtenidos de la empresa Tinwor Paraguay. Toda esta información, además, está en la misma base de datos del sistema informático “Sofía” la cual tiene carácter oficial y es propiedad de la Dirección Nacional de Aduanas. Los estudios tienen que ver con la comparación de los productos Sphere de Bayer y Opera importado por Agrotec S.A. (empresa paraguaya); Larvin de Bayer y Lannate, importado por Dekalpar (empresa paraguaya) y Agrotec S.A.; Folicur de Bayer y Tilt 250 importado por Agrosan S.A. (empresa paraguaya); Alsystin de Bayer y Match importado por Agrosan S.A.; Certero de Bayer y Dimilim WP 25 importado por Alquímica S.A. (empresa paraguaya). Al hacer el estudio comparativo de estos productos, se confirma que todos tienen el mismo origen: Brasil. También en estos casos, todos los productos ingresaron al país de importación, Paraguay, por vía terrestre. Las multinacionales que han producido y las empresas que han importado los mismos no están vinculadas en el sentido establecido en el artículo 15, párrafo 4 del Acuerdo. Los productos son similares conforme a la definición de mercancías similares estipulada en el artículo 15.2.b) del Acuerdo sobre Valoración de la OMC. Esta definición expresa que son mercancías, que “...aunque no sean iguales en todo, tienen características y composición semejantes...”, lo cual se puede observar en las tablas comparativas obrantes en los escritos de contestar vista presentados en el sumario. Todos los productos comparados cumplen las mismas funciones, esto les permite ser comercialmente intercambiables. También el Acuerdo expresa que “...para determinar si las mercancías son similares habrán de considerarse, entre otros factores, su calidad, su prestigio comercial y la existencia de una marca comercial”. Los productos comparados son fabricados bajo el prestigio de empresas multinacionales con marcas comerciales reconocidas internacionalmente. En las comparaciones también se puede observar (en algunos casos) que al ser mayor la concentración de los

activos de los productos de Bayer se requiere utilizar una menor dosis por hectárea, por lo cual el precio final termina siendo equivalente. de todo esto se concluye que la vinculación entre Bayer AG (Alemania) y Bayer S.A. (Paraguay) no influyó en los precios, porque éstos corresponden a los precios corrientes del mercado para productos similares vendidos por empresas que compiten con Bayer S.A. (Paraguay). Por ende, tales valores son aceptables a efectos aduaneros de conformidad con las disposiciones del art. 1, párrafo 2.a) del Acuerdo de Valoración. Esta afirmación será debidamente demostrada en la etapa procesal oportuna.

4.3 Oposición de la valoración aduanera a las normas a otros métodos de valoración aduanera previstos en el Acuerdo de Valoración. En el punto 4.2 que antecede hemos destacado que, a pesar de la vinculación entre mi representada y su vendedor del exterior, el precio de la transacción debe ser aceptado como valor aduanero, visto que la vinculación no ha influido en el precio. Hemos dado pruebas suficientes que respaldan la aceptación del valor, en los términos previstos en el Acuerdo. A más de ello, cabe señalar que aun en la hipótesis de que la Aduana considerara que corresponde descartar este valor de transacción como valor aduanero de la mercadería, no cabe bajo ningún punto de vista considerar el valor de la transacción comercial que la antecedió como valor aduanero. En efecto, el Acuerdo de Valor es claro en este aspecto y establece que si fuere descartable el valor de transacción corresponderá valorar la mercadería por el segundo método de valoración del Acuerdo, esto es el valor de transacción de mercadería idéntica. Y, si este tampoco fuere aplicable, el Acuerdo contempla una serie de métodos alternativos de aplicación en cascada. Más nunca el Acuerdo admite la valoración de ventas previas de mercaderías. de allí que, en la hipótesis aquí considerada, corresponde rechazar la valoración propiciada por la DNA, por oponerse al Acuerdo de Valor al no resultar de la aplicación de alguno de los métodos previstos en el referido Acuerdo.

5. Sobreseimiento del Despachante de aduanas. En cuanto a la responsabilidad del despachante de aduanas cabe tener presente que por la Resolución A.A.C.D.E. N° 14/12 se había resuelto que el señor Oscar Rubén Britez Delgado tenía “responsabilidad solidaria” respecto de la supuesta infracción de defraudación cometida por mi representada. Luego, por la Resolución D.N.A. N° 502 del 27 de septiembre de 2012 por la cual la Dirección Nacional de Aduanas, en su artículo 4°, se resolvió “sobreseer” al despachante de aduanas Oscar Rubén Brítez Delgado quien actuó como representante de la empresa ante la Administración de Aduanas de Ciudad del Este

en los despachos de importación que fueron investigados. Al respecto de lo señalado, entendemos que esta es una señal muy clara para determinar que Bayer S.A. (Paraguay) no cometió falta aduanera por diferencia y que el Director Nacional de Aduanas debió seguir el mismo criterio para también sobreseer a mi representada, quien actuó siempre cumpliendo con sus obligaciones y declarando debidamente el valor de las mercaderías en aduanas. 6. Rechazo de los cálculos realizados en las reliquidaciones elaboradas con los criterios de la Resolución DNA N° 502. Es muy importante señalar que, llamativamente, si bien el Director Nacional de Aduanas resolvió disponer el cobro de tributos diferenciales y la multa, dentro de la Resolución N° 502/12 no se ha determinado el monto total que mi representada supuestamente debe en concepto de tributos diferenciales y tampoco se ha determinado el monto de la multa. Estos montos se determinaron “por derivación de poder” y casi un mes después de haberse resuelto el recurso de apelación que había sido interpuesto por mi parte. ¿Cuál fue el criterio que tuvo el Director Nacional de Aduanas para no resolver él –tal como exigen las normas procesales– una parte sustancial del recurso de apelación interpuesto como lo es el monto líquido de tributos diferenciales y multa y derivar a que luego de dictada la resolución lo determine un órgano inferior? Francamente es inentendible. Por otra parte, al ser un procedimiento que no le está facultado realizar al Director Nacional de Aduanas, entendemos que el mismo contiene vicios propios de nulidad. Asimismo, el procedimiento elegido arbitrariamente, resulta, cuanto menos, sospechoso. Por todo lo que se viene argumentando, mi parte rechaza todas las reliquidaciones elaboradas por el Departamento de Contraloría, según lo dispuesto en la Resolución D.N.A. N° 502 del 27 de septiembre de 2012 y conforme al siguiente detalle: 6.1 Respecto al Impuesto al Valor Agregado (IVA): la suma de G. 705.723.303 en las reliquidaciones no corresponde puesto que se basa en valores que no se condice con el valor de transacción declarados en los despachos de importación cuestionados. 6.2 Respecto al Derecho Aduanero y Servicio de Valoración Aduanera: las sumas de G. 438.632.604 y G. 32.912.708, respectivamente, no corresponden por dos motivos que conviene diferenciar claramente. Con los despachos que fueron objeto de investigación por parte de la DNA, mi representada presentó Certificados de Origen del Mercosur emitidos conforme a la normativa establecida por la decisión n° 01/04 del consejo del mercado común (mercosur/cmc/dec n° 01/04), particularmente, conforme con lo dispuesto por el inc. c) del art. 10,

que permite la intervención de terceros operadores (países no partes del mercosur) dentro de este mismo régimen. además, los certificados de origen se hallan cumplimentados con los datos de la documentación que les sirve de base, conforme a la directiva n° 06/2005 de la comisión de comercio del mercosur (mercosur/ccm/dir N° 06/05). El art. 10 de la decisión N° 01/04 citada establece las condiciones y requisitos para que las mercaderías originarias de algún estado parte del mercosur se beneficien con los tratamientos arancelarios aduaneros preferenciales. esta disposición cobra especial relevancia a los efectos de establecer si se halla o no ajustado a derecho, es decir, si es o no correcto el procedimiento utilizado por Bayer S.A. (Paraguay) al utilizar facturas comerciales de un país extrazona. A continuación, transcribo el art. 10. Para que las mercaderías originarias se beneficien de los tratamientos preferenciales, las mismas deberán haber sido expedidas directamente del Estado Parte exportador al Estado Parte importador. A tal fin se considera expedición directa: a) Las mercaderías transportadas sin pasar por el territorio de algún país no participante del Mercosur. b) Las mercaderías transportadas en tránsito por uno o más países no participantes, con o sin transbordo o almacenamiento temporario, bajo la vigilancia de autoridad aduanera competente en tales países, siempre que: i) El tránsito estuviera justificado por razones geográficas o por consideraciones relativas a requerimientos de transporte; ii) No estuvieran destinadas al comercio, uso o empleo en el país de tránsito; iii) No sufran, durante el transporte o depósito, ninguna operación distinta a las de carga y descarga o manipuleo para mantenerla en buenas condiciones o asegurar su conservación. c) Podrá aceptarse la intervención de terceros operadores siempre que, atendidas las disposiciones de a) y b), se cuente con factura comercial emitida por el interviniente y el Certificado de Origen emitido por las autoridades del Estado Parte exportador. En estos casos la administración aduanera exigirá que en el Certificado de Origen se consigne la Factura Comercial emitida por dicho operador –nombre, domicilio, país, número y fecha de la factura– o en su defecto, que en la Factura Comercial que acompaña la solicitud de importación se indique a modo de declaración jurada, que dicha factura se corresponde con el Certificado de Origen que se presenta –número correlativo y fecha de emisión– ello debidamente firmado por dicho operador. En caso contrario, la administración aduanera no procederá a la aceptación de los certificados de Origen y exigirá el tratamiento arancelario aplicable en el ámbito de extrazona. d) Las mercaderías ingresadas

al depósito aduanero bajo régimen suspensivo para almacenamiento y su posterior envío a otro Estado Parte. El certificado de origen emitido por uno de los Estados Partes del MERCOSUR, permite la circulación de la mercadería entre los Estados Partes, con el mismo tratamiento arancelario preferencial y el mismo certificado de origen, siempre que la mercadería sea procedente de cualquiera de los Estados Partes del Mercosur. Se concluye fácilmente –y de hecho lo concluyó la DNA por providencia N° 1991 del 26 de septiembre de 2012– que, tanto los despachos como los Certificados de Origen se hallan formalmente ajustados a derecho y no merecen ningún reparo desde el punto de vista formal, porque no violan ninguna disposición legal aplicable, tanto en lo que respecta al Código Aduanero y a su reglamentación, como a la normativa del Régimen de Origen MERCOSUR. Ahora bien, ¿cómo lo entendió la DNA al momento de reliquidar los despachos? Por un lado, reconocieron la validez de los Certificados de Origen hasta los valores consignados en los despachos de importación que coinciden con el valor de transacción. Por el otro, no reconocieron la validez de los Certificados de Origen ya que al realizar las reliquidaciones aplicaron las tasas de los tributos aduaneros (Derecho Aduanero) sobre la diferencia de valor entre: los valores de transacción declarados en los despachos de importación y los valores que conforme al arbitrario criterio de la DNA deberían ser los valores en aduana de las mercaderías. de esto se infiere un criterio inaceptable: que para la DNA los Certificados de Origen son válidos y nulos a la vez lo cual constituye una decisión sin asidero jurídico y, lo que es peor, una contradicción, ya que primero se sostiene que se reúnen todos los requisitos y luego los deja sin efecto. Los certificados de origen emitidos de conformidad con el artículo 10 de la Decisión Mercosur/Cmc/Dec N° 01/04, Y La Directiva Mercosur/Ccm/Dir N° 06/05, no son pasibles de cuestionamiento alguno por parte de la DNA, razón por la cual, en ningún caso, corresponde la reclamación ni el pago de derechos aduaneros y servicios de valoración. Rechazamos, por tanto, el cobro de tributo alguno en concepto de Derechos Aduaneros y del Servicio de Valoración Aduanera por lo mismo señalado en el punto 5.1., esto es, porque se basa en un valor que no se condice con el valor de transacción, y, además, en particular respecto de los Derechos Aduaneros, porque tal como lo señala el mismo Director Nacional de Aduanas en la providencia N° 1991 del 26 de septiembre de 2012, estas mercaderías cuentan con Certificados de Origen del MERCOSUR, los cuales han sido expedidos en legal y debida forma reuniendo todos los requisitos y que,

por lo mismo, son válidos. 7. Conclusión. Recapitulamos los principales puntos desarrollados en el presente escrito promocional de acción contencioso-administrativa de los que se concluye que Bayer S.A. (Paraguay) al momento de la presentación y pago de los despachos aduaneros, no cometió la falta aduanera por diferencia, porque: Primero: la empresa Bayer S.A. (Paraguay) no realizó, bajo ningún punto de vista, declaraciones inexactas y menos aún violó normas jurídicas de carácter aduanero ni de carácter impositivo en general. La empresa Bayer S.A. (Paraguay) declaró de manera exacta, apropiada y correcta la base imponible, conforme lo disponen: (a) el artículo 82 de la Ley N° 125/91 modificada por la Ley 2421/04 (I.V.A. importación); (b) los artículos 254, 255, 256, 261, 262 y concordantes del Código Aduanero; (c) los artículos 341 y concordantes del Decreto N° 4672/95 “Reglamentario del Código Aduanero” (tributos aduaneros); (d) en especial, por las normas estipuladas por el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, conforme lo establece el Decreto N° 4672/95. Segundo: la diferencia entre los valores declarados en los despachos de exportación ante el servicio aduanero brasileño y los valores declarados ante el servicio aduanero paraguayo, se debe a que las transacciones realizadas entre Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer AG (Alemania) son distintas a las transacciones realizadas entre Bayer AG (Alemania) y Bayer S.A. – División CropScience (Brasil), puesto que se desarrollaron entre partes contratantes diferentes y la operación que tiene que ver directamente con la importación (hecho generador) es la operación realizada entre Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer AG (Alemania). En atención a esto, esta diferencia está plenamente justificada, y la justificación demostrada. Tercero: la vinculación entre Bayer AG (Alemania) y Bayer S.A. (Paraguay) no influyó en los precios de los productos, porque éstos corresponden a los precios corrientes del mercado para productos similares vendidos por empresas que compiten con Bayer S.A. (Paraguay), hecho que fue demostrado en el sumario administrativo. Por lo tanto, respecto a estas operaciones investigadas, la base para la valoración de las mercancías es el valor de transacción que, a su vez, es el precio realmente pagado por Bayer S.A. (Paraguay) a Bayer AG (Alemania). Cuarto: los productos importados por Bayer S.A. (Paraguay) declarados en los despachos objeto de cuestionamiento son originarios de un país miembro del Mercosur, conforme los respectivos Certificados de Origen debidamente expedidos por la autoridad competente de la República Federativa del Brasil. La DNA, al

momento de practicar sus reliquidaciones está obligada a tenerlos por válidos a los Certificados de Origen del Mercosur, ya que reúnen los requisitos de forma y fondo razón por la cual no corresponde aplicar la tasa del Impuesto Aduanero en aquellos productos que cuentan con dicho Certificado. No se puede, por tanto, admitir el certificado parcialmente y rechazarlo parcialmente. Finalmente, afirmamos categóricamente que Bayer S.A. (Paraguay) no debe el pago de tributos diferenciales por la suma de Guaraníes un mil ciento setenta y siete millones doscientos sesenta y ocho mil seiscientos quince (G. 1.167.268.615) por aplicarse correctamente en los despachos aduaneros de importación los valores de la transacción, y, por ende, no corresponde la sanción de multa del 50% de los tributos diferenciales”. Se ofrece prueba documental...”. (fs. 73/100).

Termina solicitando que el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia haciendo lugar a la demanda revocando la Resolución N° 502 de fecha 27 de septiembre de 2012 y, en consecuencia, sobreseer a la empresa Bayer S.A. (Paraguay) de la calificación de falta aduanera por diferencia; y se tenga por válidos los valores declarados en los despachos de importación presentados por la empresa Bayer S.A. (Paraguay) y eximir a la empresa del pago de tributos diferenciales y multas de la suma total de Guaraníes un mil setecientos sesenta y cinco millones novecientos dos mil novecientos veintitrés (Gs. 1.765.902.923).

Que, en fecha 5 de junio del año 2013, se presentó la abogada representante legal de la Dirección Nacional de Aduanas, Elodia Almirón Prujel, quien pasó a contestar la presente demanda, en los siguientes términos: “...Contestación. Que, niego todos y cada uno de los hechos afirmados por la parte actora en su escrito de demanda, con excepción de aquellos que sean expresamente reconocidos por mi parte en esta presentación. Que, el caso analizado en autos tuvo su origen con el sumario administrativo instaurado mediante varios procesos de investigaciones realizados a varios despachos de importación consignado a la firma Bayer S.A., que mediante providencias del Juez Instructor por economía procesal y teniendo en cuenta que en los expedientes en cuestión afectan a un mismo sujeto pasivo y se investigan operaciones aduaneras similares, se dispuso la acumulación de las causas A.A.C. N° 42715/09 DSAN° 12/09, (FOLIO 270), 37790/09 DSA N° 15/09 (Fs. 718) y 42727/09 DSA N° 13/09 (Fs. 190); con sus respectivas foliaturas cada uno y el cambio de la caratula, sirviendo como referencia el expediente A.A.C.D.E. N° 42715/09 DSA N° 12/09 “Esclarecimiento Supuestas Irregularidades en Despachos de Importación de la firma Bayer

S.A.”. Que, según las Fichas de Investigación obrantes en los antecedentes administrativos de referencia, se inicia el proceso de investigación de varios Despachos de importación consignados a la firma Bayer S.A., en los cuales se constató, según la investigación, diferencias de valor entre los despachos de exportación emitidos en Brasil, y los despachos de importación tramitados en Paraguay; consecuentemente, se procedió a realizar las contraliquidaciones N° 324/08, N° 117/09, N° 118/09, N° 119/09, N° 120/09, N° 121/09, N° 122/09, N° 123/09, N° 124/09, N° 125/09, N° 126/09, N° 127/09 y N° 128/09, de los despachos en cuestión de la firma Bayer S.A., los cuales son: Despacho de importación N° 080051C04002301F, N° 80051C04002303H, N° 80051C04002304X, N° 80051C04012305K, N° 80051C04008441Z, N° 080051C04006892B, N° 80051C04006638W, N° 80051C04006428T, N° 080051C04006421M, N° 080051C04006305N, N° 080051C0400624L, N° 080051C04000369R y N° 080051C04004016K. Que, dentro del análisis realizado y considerando todo lo diligenciado en los expedientes sumariales acumulados y que afectan a la firma Bayer S.A., por supuesta evasión de tributos en la importación de mercaderías, considerando los informes técnicos generados en las unidades técnicas aduaneras, los informes proporcionados por el Ministerio de Hacienda del Brasil, los sistemas informáticos Siscomex, INDIRA y Sofia, los cuales señalan que los valores imponibles de las mercaderías exportadas desde Brasil con destino a Paraguay y consignadas a la firma Bayer S.A., salieron de origen con montos que variaron, en sentido disminutivo, al momento de tramitarse los despachos de importación correspondientes ante el servicio aduanero paraguayo. Todos estos informes no fueron desvirtuados con documentaciones por la parte sumariada. Durante todo el proceso sumarial, el representante convencional del sujeto pasivo sólo ha señalado el error de interpretación del servicio aduanero al cuestionar los valores imponibles declarados por su representada, los cuales se ajustan a la normativa vigente, sin embargo no ha demostrado fehacientemente que así fuere. Que, de acuerdo a todo lo desarrollado en el mencionado expediente el Administrador de Aduanas de la Administración Aduanera de Ciudad del Este – PIA, ha dictado la Resolución N° 14 de fecha 20 de junio de 2012, la cual en su parte resolutive establece: “Art. 1° Calificar defraudación los hechos denunciados en el presente caso de conformidad a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución y los artículos 331 y 332 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”, Art. 2° responsabilizar de la infracción calificada

en el presente caso a la firma bayer s.a. (paraguay) con RUC N° 80016201-3, y solidariamente al despachante de aduanas oscar ruben britez delgado con RUC N° 4866690, de conformidad a los artículos 23, 318, y 319 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”, art. 3°) disponer el cobro de los tributos diferenciales igual a Guaraníes dos mil doscientos quince millones seiscientos cincuenta y nueve mil trescientos veintinueve (Gs. 2.215.659.329) y la aplicación de sanción de multa igual a monto de los tributos diferenciales, Guaraníes dos mil doscientos quince millones seiscientos cincuenta y nueve mil trescientos veintinueve (Gs. 2.215.659.329), totalizando la suma de cuatro mil cuatrocientos treinta y un millones trescientos dieciocho mil seiscientos cincuenta y ocho (Gs. 4.431.318.658), de conformidad a la liquidación de tributos elaborado por la división de control posterior obrante a fs. 273 y 274 de autos, y del artículo 333 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”, art. 4° adjudicar del producido de la multa el 50% igual a Guaraníes un mil ciento siete millones ochocientos veintinueve mil seiscientos sesenta y cuatro (gs. 1.107.829.664). Para los denunciados señores Darío R. Alvarez y Francisco Acosta, y el 50% Guaraníes un mil ciento siete millones ochocientos veintinueve mil seiscientos sesenta y cuatro (Gs. 1.107.829.664). Para la dirección nacional de aduanas conforme a lo dispuesto en el artículo 334 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”, art. 5° intimar a la firma Bayer S.A. (Paraguay) y al despachante de aduanas Oscar Rubén Brítez Delgado a hacer efectivo el pago dispuesto en el art. 3° de la presente resolución en el perentorio plazo de cinco (5) días hábiles de recibida la notificación respectiva, caso contrario quedará expedida la vía para el cobro compulsivo, art. 6° notificar a quienes corresponda y cumplido archivar. Al departamento de sumarios administrativos a sus efectos”. Que, posterior a esto se presentan los representantes convencionales de la empresa bayer, en fecha 01 de agosto de 2012, presentando su escrito de apelación contra la resolución N° 14 de fecha 20 de junio de 2012, dictada por el administrador de aduanas de la administración aduanera de Ciudad del Este – pia, manifestando los mismos en su parte conclusiva “(...) Bayer S.A. (Paraguay) al momento de la presentación y pago de los despachos aduaneros, no cometió la infracción de defraudación ni de falta; porque primero la diferencia entre los valores declarados en los despachos de exportación ante el servicio aduanero brasileño y los valores declarados ante el servicio aduanero paraguayo, se debe a que las transacciones realizadas entre Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer (Alemania) y Bayer S.A. – división Cropscience (Brasil), puesto

que se desarrollaron entre partes contratantes diferentes y responden a patrones comerciales diferentes. En atención a esto, esta diferencia está plenamente justificada, y la justificación demostrada. Segundo: la vinculación entre Bayer AG (Alemania) y Bayer S.A. (Paraguay) no influyó en los precios de los productos, porque estos corresponden a los precios corrientes del mercado para productos similares vendidos por empresas que compiten con Bayer S.A. (Paraguay), hecho que está plenamente demostrado. Por lo tanto, respecto a estas operaciones investigadas, la base para la valoración de las mercaderías es el valor de transacción que a su vez, es el precio realmente pagado por Bayer S.A. (Paraguay) a Bayer AG (Alemania). Tercero; no es verdad que Bayer S.A. (Paraguay) haya realizado declaraciones falsas en los despachos, pues las mismas están basadas en documentación suficiente y de contenido verdadero, y amparadas en las normas que rigen y determinan como deben declararse los valores de las mercaderías. Cuarto; la inexistencia de declaración supeditada o pedido de consulta vinculante, se da en razón de que la empresa está segura de la actuación conforme a derecho en el marco de los despachos aduaneros que han sido contraliquidados y, bajo ningún sentido, pueden ser indicios de actitud dolosa. Quinto; los productos importados por Bayer S.A. (Paraguay) declarados en los despachos objeto de cuestionamientos son originarios de un país miembro del Mercosur, conforme los respectivos Certificados de Origen debidamente expedidos por la autoridad competente de la República Federativa del Brasil. La DNA, al momento de practicar sus contraliquidaciones no puede dejar sin efecto los Certificados de Origen del Mercosur, ya que reúnen los requisitos de forma y fondo razón por la cual no corresponde aplicar la tasa del 6% del Impuesto Aduanero en aquellos productos que cuentan con Certificado. Afirmamos categóricamente que Bayer S.A. (Paraguay) no debe el pago de tributos diferenciales por la suma de Guaraníes dos mil doscientos millones seiscientos cincuenta y nueve mil trescientos veintinueve (Gs. 2.215.659.329) por aplicarse correctamente en los despachos aduaneros los valores de la transacción y no corresponde la sanción de multa 100% de los tributos diferenciales. (...)”. Que, al momento de declarar los valores dentro de los despachos aduaneros correspondientes, en ningún momento se hizo mención a la especial situación que plantea la firma Bayer S.A. en cuanto a la declaración en menos de las mercaderías de referencia, es más este hecho fue admitido por el accionante conforme al documento obrante a fs. 31/tomo IV, obrante en los antecedentes administrativos por parte

de la señora Mariana Lorenzon – Directora Supply Chain de la firma Bayer S.A., en el cual hacen referencia a la situación planteada y pretender realizar una explicación del porqué de los valores en menos de las mercaderías. Que, de la misma forma si analizamos con cautelosa atención las manifestaciones vertidas por parte de los representantes convencionales de la firma Bayer S.A., podemos apreciar que los mismos se contradicen al tiempo de manifestar que: “(...) al momento de la presentación y pago de los despachos no cometieron ni defraudación ni falta (...)”, y posteriormente indican que: “(...) la diferencia entre los valores declarados en los despachos de exportación ante el servicio aduanero brasileño y los valores declarados ante el servicio aduanero paraguayo, se debe a que las transacciones realizadas entre Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer (Alemania) y Bayer S.A. –División CropScience (Brasil) se desarrollaron entre partes contratantes diferentes y responden a patrones comerciales diferentes (...)”. En este párrafo notamos una explicación totalmente incongruente por parte de la actora, quien pretender confundir con sus fundamentaciones, situaciones las cuales a todas luces se observa, hubo diferencias entre los despachos declarados ante los servicios aduaneros de ambos países. Que, la accionante presenta toda su fundamentación explicando que en ningún momento se infringió lo establecido en el marco de las normas establecidas para el “Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII, del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT”, explicando y basándose única y exclusivamente en el artículo 1 de este acuerdo el cual habla del precio realmente pagado o por pagar o comúnmente denominado, valor de transacción. Que, si bien, así como lo manifiesta la actora los contratos entre partes son diferentes, también la operación en particular es diferente, ya que en esta operación se dan condimentos los cuales no estaban previstos en ninguno de los contratos y que lo que imaginariamente se realiza es una operación entre Bayer Alemania y Bayer Paraguay, con la diferencia que en realidad en esta operación ingresan las mercaderías desde Bayer Brasil, y es este el factor diferencial en cuanto a la operación propiamente mencionada, vale la pena decir que esto fue lo que generó las variaciones en el precio de transacción entre las firmas y es el punto fundamental de lo investigado en autos. Que, la tipificación del hecho según lo establecido en primera instancia aduanera, el Administrador de Aduanas de la Administración Aduanera de Ciudad del Este – PIA, tomó en consideración el artículo 331 de la Ley N° 2422/04 “Código Aduanero”, calificando el hecho como infracción aduanera

de DEFRAUDACIÓN, concordante con el artículo 332 de la Ley N° 2422/04 “Código Aduanero”. Que, el Director Nacional de Aduanas trae a la vista el expediente sumarial, cuya Resolución recaída en el mismo, es recurrida, entrando a analizar dicha tipificación de la siguiente manera. DEFRAUDACIÓN, es el acto malicioso perpetrado para eludir el cumplimiento de las obligaciones impositivas que regulan las operaciones aduaneras, se refiere a la acción u omisión, realizada por el contribuyente, con o sin participación de funcionarios, con la finalidad de engañar en forma artificiosa el control aduanero, de tal modo a beneficiarse del mismo, produciendo o pudiendo producir un perjuicio en la renta fiscal, lo que vale decir entonces, que para tenerse por consumado una defraudación, es suficiente la tentativa de hecho, vale decir también que la definición dada en el artículo 331 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”, al incluir el “dolo”, como elemento constitutivo del fraude, induce concretamente a la conclusión de que debe haber intencionalidad y malicia, aspectos subjetivos que no fueron probados dentro del presente sumario administrativo. Que, en ese sentido de cosas el Director Nacional de Aduanas en atención al recurso interpuesto y al análisis realizado resuelve que dentro de todo lo mencionado sea aplicado a lo establecido en el artículo 325 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”, que copiado textualmente manifiesta: “Falta aduanera por diferencia. Concepto. Inc. 1. Se considera falta aduanera por diferencia cuando como consecuencia de la verificación física o documental de las mercaderías se compruebe que de seguirse las declaraciones contenidas en el despacho respectivo, el fisco se habría perjudicado en la regular percepción del tributo aduanero y siempre que el hecho no constituya defraudación o contrabando.”. de esta forma, la máxima autoridad dispone se realice el re-Estudio de las contraliquidaciones procediendo de esta forma a realizar por parte del departamento de contraloría la reliquidación de tributos y multas aplicables a la firma sumariada, de conformidad a lo establecido en el art. 328 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”, encuadrando el presente caso dentro de los presupuestos reglados por el artículo 325 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”, cambiando la calificación del presente hecho como falta aduanera por diferencia, y sancionando a la firma Bayer S.A. (paraguay), al pago conforme a la sanción establecida por el artículo 328, de la misma manera sobreseer libremente de la presente causa al despachante de aduanas señor Oscar César Brítez delgado, con RUC N° 4866690, conforme a lo establecido en el artículo 23 segunda parte de la Ley 2422/04

“Código Aduanero”, que manifiesta: “sin embargo, será exonerado de responsabilidad por las faltas o infracciones aduaneras ocurridas, siempre que se comprobare haber cumplido fielmente con las obligaciones a su cargo y actuado de conformidad a los documentos entregados por el declarante”. que, la actora pretende que la firma Bayer S.A. (Paraguay), sea sobreseída totalmente, sin embargo en lo único que ha cambiado la situación de los hechos mencionados, es en la tipificación de la infracción analizada en autos, reduciéndose conforme a la nueva tipificación de la figura de FALTAADUANERA POR DIFERENCIA, en Guaraníes Un Mil Setecientos Setenta y Cinco Millones Novecientos Dos Mil Novecientos Veintitrés (Gs. 1.765.902.923), conforme a las nuevas contraliquidaciones N° 453, 454, 455, 4546, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464 y 465, todas del año 2012 respectivamente y de los mismos despachos de referencia de la firma Bayer S.A., los cuales son Despacho de Importación N° 080051C04002301F, N° 080051C04002303H, N° 080051C04002304X, N° 080051C04012305K, N° 080051C04008441Z, N° 080051C04006892B, N° 080051C04006638W, N° 080051C04006428T, N° 080051C04006421M, N° 080051C04006305N, N° 080051C04000624L, N° 080051C0400369R y N° 080051C04004016K. Que, la diferencia en los valores analizados dentro del expediente es aceptada y desechada como habíamos manifestado en innumerables ocasiones por parte de la actora, como ser la afirmación que hace a fs. 75 y siguientes de autos en donde manifiesta: “Los valores de los productos que se hallan declarados en los despachos de importación en Paraguay, corresponden a los valores de las facturas de venta expedidas por la empresa Bayer AG (Alemania) en su calidad de vendedora a Bayer S.A. (Paraguay). Es decir, son los valores reales de transacción, es decir los precios de la única compraventa internacional de la cual nuestra mandante es parte. Los valores de los productos que se hallan declarados en los despachos de exportación del Brasil corresponden a los valores de la operación comercial entre Bayer Alemania y Bayer Brasil en su calidad de fabricante. Importa a mi parte resaltar que estos últimos valores no son los valores reales de transacción entre Bayer Paraguay y Bayer Alemania siendo nuestra parte ajena a esta transacción”. En estas manifestaciones podemos notar la afirmación por parte de la actora de la diferencia en los valores, justificando de alguna manera la misma como una operación ajena a la transacción propiamente dicha. Que, si observamos dentro de los artículos que tratan sobre el Despacho Aduanero y La Declaración aduanera en detalle, estas insti-

tuciones establecen claramente los documentos a ser presentados y las especificaciones que sobre los mismos deben realizarse ante el servicio aduanero, éste no puede presuponer las modalidades en las operaciones que Bayer (Paraguay), al momento de la importación de productos se encontraba realizando ante Bayer S.A. Brasil, y que en realidad se encontraba ante una operación de compra de Bayer AG (Alemania), ya que esta información al momento de dicha operación tuvo que explicarse o mínimamente justificarse ante el servicio aduanero para la valoración de las mercaderías. Que, la Ley 2422/04 (Código Aduanero) establece en su artículo 110 “Despacho Aduanero. Concepto. Despacho aduanero es el conjunto de formalidades y procedimientos que deben cumplirse para la aplicación de un régimen aduanero. Artículo 111°.- Declaración aduanera. Concepto. 1. Declaración aduanera es el acto por el cual el declarante describe las mercaderías y proporciona la información necesaria para su inclusión en el régimen aduanero solicitado”, de la misma forma el artículo 170 del Decreto N° 4672/05, Por el cual se Reglamenta la Ley N° 2422/04 estipula: “Requisitos de la Declaración en Detalle y datos que debe contener. 1. La solicitud de inclusión de la mercadería en un régimen aduanero debe formalizarse ante la Dirección Nacional de Aduanas mediante una Declaración Aduanera en Detalle. La Declaración Aduanera en Detalle incluirá todos los datos necesarios para clasificar la mercadería en la Nomenclatura Arancelaria a los fines de determinar los tributos aplicables a las prohibiciones o restricciones y, en su caso, los estímulos a la exportación, así como también a la modalidad de control del Despacho que le corresponda, para lo cual debe contener todos los elementos necesarios para su adecuada clasificación, valoración y liquidación. 2. En especial, la Declaración Aduanera en detalle incluirá los datos relativos a: a) La persona del declarante, b) La persona del proveedor o del destinatario en el exterior, según el caso; c) los datos relativos al medio de transporte en el que llegue o salga la mercadería, d) Los datos relativos a la mercadería con indicación de la posición arancelaria correspondiente, procedencia, origen, descripción comercial de la mercadería y, en su caso, del envase o embalaje, naturaleza, especie, calidad, estado, cantidad y peso, e) los datos y sufijos necesarios para determinar el valor de la mercadería en Aduana, f) Factura Comercial con los siguientes datos: 3. La Factura comercial deberá contener los siguientes datos: -Nombre y dirección del exportador y del consignatario –Especificación de mercaderías en español o en el idioma oficial del GATT –Marca, numeración y si existe número de referencia

de los volúmenes –Cantidad y especie de volúmenes –Peso Neto y Bruto de los volúmenes. –País de origen o procedencia –Precio unitario y total de cada especie y mercadería, y si existiere las reducciones y descuentos concedidos al importador. –Flete y demás gastos relativos a las mercaderías especificadas a las facturas –Condiciones y moneda de pago –Las condiciones de venta (incoterms). 4. A cada conocimiento de embarque, guía aérea o carta de porte, deberá corresponder una única declaración, pudiendo ser autorizado por la Autoridad Aduanera su fraccionamiento. 5. La declaración en Detalle deberá ser presentada aun cuando se trate de regímenes o tratamientos aduaneros no sujetas a la aplicación de tributos o restricciones económicas a la importación o a la exportación, exentas o exceptuadas de los mismos, salvo disposición especial en contrario”. Por tanto sobre las consideraciones expuestas precedentemente, VV.EE. podrán llegar a prístina conclusión que no existen méritos ni razones fácticas ni jurídicas para el inicio de la presente demanda, la Ley es clara y no da lugar a equívocos en cuanto a su aplicación, la resolución dictada por el director Nacional de Aduanas es producto de un procedimiento legal, un sumario administrativo en el que se ha respetado el derecho a la defensa y como consecuencia de los elementos existentes en el proceso se ha aplicado estrictamente la Ley, debiendo por tanto proceder al rechazo de la demanda por su improcedencia...”. Ofrece como prueba todos los antecedentes administrativos...” (fs. 112/119).

Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda. Protesta costas.

Y el Miembro Magistrado Rolando Ojeda, prosiguió diciendo: Que, en primer lugar debemos hacer un breve esbozo de las particularidades que se expone por medio de la presente demanda en los escritos inicial y su respectiva contestación y, en ese sentido, conforme surge del escrito inicial, el abogado Alejandro Guanes Mersán, presentó ante esta Magistratura en nombre y representación de la firma Bayer S.A. (Paraguay), demanda Contencioso-Administrativo contra las siguientes resoluciones:

Resolución N° 502 de fecha 27 de setiembre del año 2012, dictada por la dirección nacional de aduanas, por la cual se resolvió: “...1° hacer lugar parcialmente al recurso de apelación presentado por los abogados Alejandro Guanes Mersán y Fernando A. Heisecke, en sus puntos 1) y 2). No así en los puntos 2.1) y 2.2). 2° Revocar la Resolución A.A.C.D.E. N° 14/12 de fecha 20 de julio de 2012, en todos sus términos. 3° calificar el hecho investigado como falta aduanera por

diferencia, responsabilizando de la infracción a la firma bayer s.a. Ruc N° 80016201-3, conforme a lo establecido en el art. 325 de la Ley 2422/04 Código Aduanero, conforme al exordio de la presente resolución. 4° sobreseer de la presente causa al despachante de aduanas Oscar Rubén Brítez Delgado, con RUC N° 4.866690, conforme a lo establecido en el exordio de la presente resolución... 5° disponer el cobro de los tributos diferenciales y la multa, igual al 50% (cincuenta por ciento) del monto del tributo aduanero en que se hubiere perjudicado al erario. Remitir al departamento de contraloría a los efectos de reliquidación de tributos y multas, el cual quedará glosado a la presente resolución. 6° adjudicar del producido de la multa el 50% a los denunciados Darío R. Alvarez y Francisco Acosta, y el restante 50% para la Dirección Nacional de Aduanas, conforme a lo dispuesto en el art. 329 de la Ley 2422/04 Código Aduanero. 7° intimar a la firma Bayer S.A. Paraguay, RUC N° 80016201-3 a hacer efectivo el pago dispuesto en el art. 5 de la presente resolución en el perentorio plazo de cinco (5) días hábiles de recibida la notificación respectiva, conforme al art. 379 del código aduanero...” (fs. 47/51).

Resolución N° 600 de fecha 12 de noviembre del año 2012, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas, por la cual se resolvió: “...1) Hacer lugar al recurso de aclaratoria interpuesto por los abogados Alejandro Guanes Mersán y Fernando A. Heisecke, quedando redactados los art. 3° y 7° de la Resolución N° 502 de la siguiente forma: “art. 3°. Calificar el hecho investigado como falta aduanera por diferencia, responsabilizando a la firma Bayer S.A. con RUC N° 80016201-3, conforme a lo establecido en el art. 325 de la Ley N° 2422/04 código aduanero, y al exordio de la presente resolución.” “art. 7°. Intimar a la firma Bayer S.A. Paraguay con RUC N° 80016201-3 a hacer efectivo el pago dispuesto en el art. 5° de la presente resolución en el perentorio plazo de cinco (5) días hábiles de quedar ejecutoriada la presente resolución, conforme al art. 379 de la Ley N° 2422/04 Código Aduanero”. 2). Notificar a quienes corresponda y cumplido, archivar” (fs. 369/70).

La controversia de autos se da en el marco de un sumario administrativo que concluyó con la Resolución N° 502 de fecha 27 de septiembre de 2012, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas (DNA), cuya parte resolutive se halla transcripta en el párrafo precedente, en la que se califican los hechos investigados como falta aduanera por diferencia, conforme a lo dispuesto en el art. 325 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”. Siendo así, la labor de este tribunal es verificar si efectivamente la firma Bayer S.A. incurrió en tal falta.

El fundamento de la resolución que se impugna es que en los despachos de importación que fueron investigados en el sumario administrativo se habrían consignado declaraciones inexactas, al declararse el valor en aduanas de las mercaderías teniendo en cuenta que no se hizo constar como valores imponibles los valores de las mercaderías que arrojaban los despachos de exportación conforme al sistema informático aduanero Siscomex de la República del Brasil. Siendo así, la dna habría dejado de percibir: en concepto de derecho aduanero, la suma de Gs. 438.632.604; en concepto de servicio de valoración aduanera, la suma de Gs. 32.912.708; en concepto de IVA, la suma de gs. 705.723.303, según se puede leer en la liquidación por diferencias N° 12005lman032528b del 24 de octubre de 2012 que glosa a fs. 52 de autos.

Con la intención de impugnar la resolución, la empresa demandante se levanta contra esos fundamentos manifestando que declaró de manera correcta la base imponible conforme lo disponen las normas tributarias, citando específicamente el art. 82 de la Ley N° 125/91 modificada por la Ley 2421/04, los arts. 254, 255, 256, 261, 262 y concordantes del Código Aduanero y los arts. 341 del Decreto N° 4672/95 “Reglamentario del Código Aduanero” y, por ende, las normas estipuladas por el acuerdo relativo a la aplicación del artículo vii del acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio de 1994, normas jurídicas que prescriben que la base imponible de los tributos en cuestión es el valor en aduana de las mercaderías, el cual corresponde al valor real de transacción, es decir, el monto efectivamente pagado. La demandante no negó la diferencia de valores entre los despachos de importación presentados ante la DNA en Paraguay y los valores de los despachos de exportación consignados en el sistema siscomex del brasil, pero alegó que esta diferencia se debe a que los valores declarados ante la dna corresponden a los valores reales de la transacción (operación de compra-venta internacional) efectuada con Bayer Ag (Alemania) y que ésta, por medio de otra operación comercial, efectuó la orden de fabricación a Bayer S.A. (Brasil) ordenando que remita las mercaderías fabricadas a la República del Paraguay.

Al contestar esta demanda la DNA basa su posición precisamente en la no negación por parte de Bayer S.A. de la diferencia respecto de los valores declarados en los despachos de exportación de Brasil y los valores declarados en los despachos de importación presentados a la DNA de paraguay, sosteniendo que la mencionada no negación constituye una contradicción intrínseca de la demanda. La dna sostiene que esta diferencia de valores declarados en los despa-

chos, haría que corresponda en derecho la confirmación de la Resolución N° 502 de fecha 27 de septiembre de 2012, dictada por la DNA.

Dado que no es un hecho controvertido la diferencia entre los valores imponibles declarados en los despachos de importación presentados ante la DNA de la República del Paraguay y los despachos de exportación de la república federativa del brasil, corresponde en derecho que este Tribunal de Cuentas verifique si esta diferencia en las declaraciones constituyen falta aduanera por diferencia.

El art. 325 del Código Aduanero tipifica la falta aduanera por diferencia en los siguientes términos: “falta aduanera por diferencia. Concepto. 1. Se considera falta aduanera por diferencia cuando como consecuencia de la verificación física o documental de las mercaderías se compruebe que de seguirse las declaraciones contenidas en el despacho respectivo, el fisco se habría perjudicado en la regular percepción del tributo aduanero y siempre que el hecho no constituya defraudación o contrabando. 2. Estas faltas aduaneras pueden consistir en diferencias de calidad, especie, origen o procedencia, dimensiones, cantidad y peso, toda vez que sobrepase los porcentajes de tolerancias de justificación establecidas en este código y sus reglamentos. 3. A este tipo de faltas se aplicarán solamente sanciones pecuniarias y disciplinarias”.

Los casos expuestos en el num. 2 del art. 325 del Código Aduanero no se encuentran en debate en el presente caso, es decir, las diferencias (o declaraciones inexactas) atribuidas por la DNA a Bayer S.A. (Paraguay) no tienen que ver con la calidad, especie, origen, dimensiones, cantidad, peso, etc., de los productos importados; estas diferencias tienen que ver con el valor de las mercaderías en aduanas consignado por Bayer S.A. (Paraguay) en ciertos despachos de importación, los que según la DNA debían ser idénticos a los valores declarados en los despachos de exportación y consignados en el sistema siscomex de la república federativa del brasil.

Conforme a lo expuesto, el art. 261 del Código Aduanero y el art. 341 del Decreto reglamentario N° 4672/95 regulan el valor en aduana de las mercaderías como sigue: Código Aduanero. “art. 261. Valor en aduana. El valor en aduana de las mercaderías importadas constituye la base imponible para la aplicación del impuesto aduanero resultante del examen y análisis de la declaración del interesado, conforme a lo establecido en los acuerdos internacionales vigentes y sus normas reglamentarias”. Por su parte, el Decreto reglamentario N°

4672/05 dispone: “art. 341. Base imponible de las mercaderías importadas. La base imponible de las mercaderías importadas, es el valor en aduanas determinado de conformidad con lo previsto en el “acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)”. Por tanto, debemos remitirnos al mencionado acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) para poder determinar si la actora ha declarado de manera exacta o inexacta los valores en aduana en los despachos de importación cuestionados por la DNA, pues, es éste el cuerpo normativo que regula de manera más precisa el modo de establecer el valor.

El artículo 1 del acuerdo dice: “1. El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, siempre que concurren las siguientes circunstancias: ... d) que no exista una vinculación entre el comprador y el vendedor o que, en caso de existir, el valor de transacción sea aceptable a efectos aduaneros en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2”. Sigue mencionando el artículo lo siguiente: “2. a). Al determinar si el valor de transacción es aceptable a los efectos del párrafo 1, el hecho de que exista una vinculación entre el comprador y el vendedor en el sentido de lo dispuesto en el artículo 15 no constituirá en sí un motivo suficiente para considerar inaceptable el valor de transacción. En tal caso se examinarán las circunstancias de la venta y se aceptará el valor de transacción siempre que la vinculación no haya influido en el precio. Si, por la información obtenida del importador o de otra fuente, la administración de aduanas tiene razones para creer que la vinculación ha influido en el precio, comunicará esas razones al importador y le dará oportunidad razonable para contestar. Si el importador lo pide, las razones se le comunicarán por escrito”.

Ante lo dispuesto en las normas transcritas, y conforme a los hechos relevantes de este caso, existen dos cuestiones vertebrales que deben ser verificadas. Una de estas cuestiones es si el valor de transacción entre la empresa importadora Bayer S.A. (Paraguay) y la empresa exportadora (Bayer AG Alemania) fue el realmente pagado (o por pagar). Otra de estas cuestiones es si la vinculación entre estas dos empresas influyó en los precios de transacción.

En relación al valor de transacción la actora diligenció la prueba pericial contable del Lic. José Kronawetter, que fue admitida por A.I. N° 348 de fecha 5

de mayo de 2014 y el A.I. N° 540 de fecha 7 de julio de 2014, y que se halla glosada a fs. 167/197 de autos. Este informe pericial concluye en relación a este hecho investigado que las facturas comerciales emitidas por Bayer AG (Alemania) por los productos que Bayer S.A. (Paraguay) compró e importó en el ejercicio fiscal 2008, a través de los despachos aduaneros de importación cuestionados por la DNA, fueron efectivamente pagadas y/o canceladas por Bayer S.A. (Paraguay) en el ejercicio fiscal 2008, exponiéndose que quedó un saldo bajo el rubro de “deudas comerciales” en el balance general al 31 de diciembre de 2008 (fs. 188). Es decir, según el informe pericial mencionado, los valores de las mercaderías en aduanas declarados por Bayer S.A. (Paraguay) fueron los efectivamente pagados (o por pagar) por las operaciones de compraventa internacional asentados en los libros contables. Siendo así, conforme a esta pericial, los valores declarados se enmarcarían en lo dispuesto en el Art. 1° del Acuerdo internacional al que se hace remisión en el Decreto Reglamentario N° 4672/05.

El art. 343 del Código Procesal Civil dispone que la prueba pericial es admisible cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiera conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica. Esto se basa en que el juzgador, si bien es el único que tiene el poder de decisión y de apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, en muchas ocasiones precisa de conocimientos especializados en pro de la correcta dilucidación del caso que llega a su conocimiento. Es así que, si el dictamen del perito reúne la suficiente fuerza probatoria, sus conclusiones deben ser tenidas como verdaderas conforme al principio de la sana crítica.

Por su parte, el art. 360 del Código Procesal Civil regula los ítems que deben ser tenidos en cuenta para apreciar la fuerza probatoria del dictamen pericial tomando en consideración: la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan y las demás pruebas y elementos de convicción que se ofrezcan.

En relación al dictamen en particular diligenciado en el juicio, la competencia del Lic. José Kronawetter no ha sido objetada por los representantes de la DNA. Asimismo, el citado profesional se halla matriculado ante la Corte Suprema de Justicia, situación que hace presumir su idoneidad para dilucidar los hechos relativos a las ciencias contables. Por su parte, sus opiniones tampoco fueron objetadas o contradichas por otros peritos o por los representantes de la DNA; asimismo, examinada la logicidad de las conclusiones por esta magistra-

tura, se comprueba que ellas reúnen las condiciones de coherencia interna en sus opiniones. En cuanto a los principios científicos, se verifica que el dictamen se funda en las Normas de Auditoría emitidas por el Consejo de Contadores Públicos del Paraguay, las cuales, a su vez, se basan en Normas Internacionales de Auditoría y atestiguamiento y servicios relacionados (NIA) emitidas por el consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Aseguramiento (IAASB) de la Federación Internacional de contadores (IFAC). Por último, el dictamen pericial también se halla en consonancia con las conclusiones vertidas por la Auditoría Interna de la DNA en el marco del proceso sumarial instruido, según la cual en los libros contables estaban debidamente asentadas las erogaciones de las operaciones comerciales de importación de mercaderías.

Por lo expuesto, esta magistratura sostiene que el dictamen pericial diligenciado en el caso de marras es acreedor de fuerza probatoria suficiente para concluir que los valores de las mercaderías en aduanas asentados en los despachos de importación cuestionados por la DNA, son los valores reales de transacción.

Dilucidada la primera cuestión, pasamos a analizar la segunda, que consiste en verificar si la vinculación entre las empresas Bayer S.A. (Paraguay) y Bayer AG (Alemania) influyó en los precios de transacción y si éstos, por tanto, serían o no aceptables.

Cabe destacar que la vinculación entre las empresas no es un hecho controvertido en el caso de marras, pues la firma Bayer S.A. (Paraguay) nunca lo negó en el sumario administrativo y tampoco en esta acción contencioso-administrativa.

La actora sostuvo en varias oportunidades, tanto en el sumario y como en esta acción, que los valores de transacción no pueden ser considerados inaceptables a efectos aduaneros puesto que la vinculación no influyó en los precios, presentando estudios comparativos de datos de la empresa Tinwor Paraguay que asimismo estarían asentados en la misma base del sistema informático Sofía de la DNA. En relación a esta afirmación es relevante manifestar que la DNA antes y durante el sumario no comunicó a la empresa Bayer S.A. (Paraguay) su creencia de que la vinculación en las empresas ha influido en el precio, así como tampoco dio oportunidad a la empresa para que, en este sentido, conteste acerca de las mismas; es decir, no se siguió el trámite previsto en el Art. 1, num. 2. a) del Acuerdo Internacional transcrito más arriba. La DNA directa-

mente alegó que los valores asentados en los despachos de importación cuestionados no fueron los valores reales de transacción y que éstos han sido los valores asentados en los despachos de exportación del Brasil, postura que fue desacreditada en esta acción por la prueba pericial rendida en autos.

El art. 235 inc. a) del Código Procesal Civil dispone que en la contestación de la demanda el demandado debe reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda y, en caso de silencio, respuestas evasivas, o la negativa meramente general se pueden estimar como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren. La falta de negativa del hecho en particular por parte de la DNA, sumado a los datos y conclusiones del dictamen pericial y a las pruebas documentales arrojadas, hacen que conforme a la sana crítica esta magistratura concluya que los precios reales de transacción no han sido influidos por la vinculación entre las partes de las operaciones internacionales de compraventa.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que los actos administrativos impugnados no se ajustan a derecho, puesto que fueron dictados en contravención a las normas legales que legislan la materia analizada. Por tanto, este preopinante encuentra motivos suficientes para la acogida favorable de la presente demanda instaurada por la firma Bayer S.A. (Paraguay) y, en consecuencia, Revocar la Resolución N° 502 de fecha 27 de septiembre de 2012, en sus artículos 3°, 5°, 6° y 7° y la Resolución N° 600 de fecha 12 de noviembre del año 2012, ambas dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas y SOBRESEER a la empresa Bayer S.A. de la atribución de responsabilidad por falta aduanera por diferencia y tener por válidos los valores declarados en los despachos de importación individualizados como N° 08005IC04000369R, N° 08005IC04000624L, N° 08005IC04002301F, N° 08005IC04002303H, N° 08005IC04002304X, N° 08005IC04012305K, N° 08005IC04008441Z, N° 08005IC04006892B, N° 8005IC04006638W, N° 08005IC04006428T, N° 08005IC04006421M, N° 08005IC04006305N, N° 08005IC04004016K.

En cuanto a las costas, ellas deben ser impuestas a la parte perdedora de conformidad al artículo 192 del Código Procesal Civil, que consagra el principio objetivo de la derrota. ES MI VOTO.

A su turno, los magistrados Mario Maidana Griffith y Arsenio Coronel Benítez manifiestan que se adhieren al voto que antecede, por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

Visto: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala,

RESUELVE:

1. Hacer Lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, instaurada en los autos “Bayer S.A. c/ Res. N° 502 de fecha 27 de setiembre de 2012 y otro, dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas”, y en consecuencia,

2. Revocar la Resolución N° 502 del 27 de setiembre de 2012 en sus artículos 3°, 5°, 6° y 7° y la Resolución 600 del 12 de noviembre de 2012, ambas dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas, por no ajustarse a derecho, de conformidad y de acuerdo con los fundamentos expresados en el exordio de la presente Resolución.

3. Imponer Las Costas a la perdedora.

4. Anotar, Registrar, Notificar y Remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados Ramón Rolando Ojeda, Arsenio Coronel y Mario Maidana Griffith.

Abog. Diego Gamel. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 299

Cuestión debatida: *En el presente fallo se analiza la legalidad de las resoluciones impugnadas que rechazaron el pedido de Pensión como Viuda de Ex-jubilado Bancario que fuera solicitada por la señora Carmen Barreto Borja Vda. de Medina.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. LEY. Irretroactividad de la Ley.

Nuestra Carta Magna en su Art. 14 dispone: “Ninguna Ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado”. La nor-

ma de carácter constitucional citada es considerada como uno de los temas más arduos del derecho. El mismo impone la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales desarrolladas bajo la vigencia de una Ley. Ello se traduce en el hecho que las Leyes rigen solamente para el futuro y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas producidas válidamente según la normativa sustituida. Con dicho alcance la irretroactividad de la Ley se erige como un presupuesto fundamental para la seguridad jurídica. Igualmente, la disposición del artículo 2º del Código Civil que introduce a nuestro ordenamiento positivo civil el principio de irretroactividad de la Ley se refiere a situaciones jurídicas consolidadas, y no a las que configuran meras expectativas, las cuales por no haberse materializado el derecho se encuentran sujetas a futuras regulaciones que se introduzcan. Sin embargo, existen casos en que se presentan dificultades al tiempo de establecer cuándo un derecho en mera expectativa es un derecho adquirido.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SEGURIDAD SOCIAL. PRINCIPIO DE EQUIDAD. PRINCIPIO DE JUSTICIA.

En ese contexto de ideas, cabe decir que la pensión de sobrevivientes es una de las expresiones del derecho a la seguridad social. Esta prestación tiene por objeto principal brindar una especial protección de tipo económico a la familia del asegurado o pensionado que fallece. Cabe mencionar que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la Prestación Pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido. Por ello, la Ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercana y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SEGURIDAD SOCIAL. PRINCIPIO DE EQUIDAD. PRINCIPIO DE JUSTICIA.

El Art. 95 de la Constitución Nacional establece: "...De la Seguridad Social. El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la Ley..."

A fin de obtener un mejor panorama de la cuestión puesta a escrutinio de esta Magistratura, cabe mencionar que en fecha 26 de octubre del año 2010 se presentó la señora Carmen Barreto Borja Vda. de Medina ante la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines a solicitar Pensión como Viuda de Ex-jubilado Bancario, de su finado marido el señor Noel Medina, fallecido en fecha 05 de octubre del año 2010. La recurrente fue declarada heredera de su esposo junto con su hijo menor de edad Noel de Jesús Medina Barreto, conforme a la S.D. N° 389 de fecha 21 de junio del año 2011 obrante a fs. 15.

En ese sentido, vemos que el argumento esbozado en las resoluciones impugnadas se centró en lo dispuesto por el Art. 37 de la Ley N° 2.856/06 “Que Sustituye las Leyes N° 73/91 y 1.802/01 de La Caja de Jubilaciones Y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay”, el cual refiere lo siguiente: “No se atenderá solicitud de pago de pensión del cónyuge supérstite que hubiere contraído matrimonio con el causante luego que este se hubiere acogido a los beneficios de la jubilación”, posición sugerida por la Asesoría Jurídica en su Dictamen N° 317 obrante a fs. 56.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LEY. Irretroactividad de la Ley.

En otras palabras, la protección constitucional de un derecho tiene carácter permanente, es decir, si una Ley lo afecta será nula, tenga efectos retroactivos o no los tenga. En virtud al principio de la irretroactividad de la Ley, incorporado expresamente a nuestro ordenamiento positivo, en ninguna relación de derecho una Ley o norma puede tener efecto retroactivo, invalidando o alterando ni derechos adquiridos, ni hechos cumplidos, ni efectos producidos bajo leyes anteriores. Precisamente, el principio de la irretroactividad de la Ley se entiende como un planteamiento básico de la organización jurídica del Estado, pues la seguridad de las personas y la propia equidad requieren que ante el reemplazo de una disposición normativa las situaciones creadas al amparo de la norma primigenia se conserven o al menos que los derechos adquiridos y los hechos cumplidos se mantengan y respeten.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. LEY. Irretroactividad de la Ley.

Nuestra Carta Magna en su Art. 14 dispone: “Ninguna Ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado”. La nor-

ma de carácter constitucional citada es considerada como uno de los temas más arduos del derecho. El mismo impone la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales desarrolladas bajo la vigencia de una Ley. Ello se traduce en el hecho que las Leyes rigen solamente para el futuro y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas producidas válidamente según la normativa sustituida. Con dicho alcance la irretroactividad de la Ley se erige como un presupuesto fundamental para la seguridad jurídica. Igualmente, la disposición del artículo 2º del Código Civil que introduce a nuestro ordenamiento positivo civil el principio de irretroactividad de la Ley se refiere a situaciones jurídicas consolidadas, y no a las que configuran meras expectativas, las cuales por no haberse materializado el derecho se encuentran sujetas a futuras regulaciones que se introduzcan. Sin embargo, existen casos en que se presentan dificultades al tiempo de establecer cuándo un derecho en mera expectativa es un derecho adquirido.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PENSIÓN. Cónyuge Superate. Hijos menores.

De lo visto hasta aquí, no existen dudas del derecho que le corresponde a la señora Carmen Barreto Borja Vda. de Medina de percibir el 75% de la pensión como Viuda de Ex-jubilado Bancario de su finado marido el señor Noel Medina, en concurrencia con su hijo menor de edad, de conformidad a lo expuesto en la presente resolución.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. COSTAS. Teoría del Riesgo asumido.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuesta a la parte perdidosa conforme a la teoría del “riesgo asumido” la cual establece que el litigante que asume una posición controversial, es quien debe cargar con las consecuencias ante el rechazo de su pretensión jurídica, esta aserción es la que prima en el Art. 192 del C.P.C. ES MI VOTO.

T. de Cuentas, Segunda Sala 22/06/2015. “CARMEN BARRETO BORJA VDA DE MEDINA c/ RESOLUCION N° 38 de fecha 17 de agosto de 2011 y OTRA DICTADA POR LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS N° 515 AÑO 2011. (Ac. y Sent. N° 299).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Se encuentra ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Ramón Rolando Ojeda, Arsenio Coronel y Mario Maidana Griffith.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Magistrado RAMÓN ROLANDO OJEDA, dijo: Que, en fecha veintiocho noviembre de dos mil once, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, la señora Carmen Barreto Borja Vda. de Medina, a promover demanda Contencioso Administrativa contra el Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios y Afines. Funda la demanda en los siguientes términos: "...La Institución demandada, el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES, se encuentra domiciliada en la casa de las calles Humaitá N° 377 c/Alberdi de esta ciudad de Asunción. I. NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN N° 40 ACTA N° 30 DE FECHA 06 DE JULIO DEL 2011, COMO ASÍ MISMO DE LA RESOLUCIÓN N° 12 ACTA N° 38 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011 DICTADAS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES: Que, la recurrente por esta presentación viene a notificarse en legal y debida forma de LA RESOLUCIÓN N° 40 ACTA N° 30 DE FECHA 06 DE JULIO DEL 2011 Y LA RESOLUCIÓN N° 12 ACTA N° 38 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, DICTADA POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES, considerando que antes de esta presentación no ha sido notificada de la citada resolución, como tampoco se me han expedido copias de las citadas resoluciones para tomar conocimiento del alcance de los mismos. Es más, en la propia Caja de Jubilaciones me decían que no es necesario tener abogados, que ellos me harían todos los trámites, que de contratar abogado estaría abonando innecesariamente honorarios profesionales pudiendo no hacerlo, entonces quedé convencida que iba a lograr que me otorgue el beneficio de la pensión jubilatoria de mi esposo, lo que me corresponde a título personal como cónyuge y para mi hijo menor de edad. Sin embargo, ahora me doy cuenta que estuve siendo vilmente engañada para no ejercer mi derechos y la de mi hijo menor, para distraerme en el tiempo y pretender ilusoriamente que mis dere-

chos puedan prescribir. En efecto, hace unos días por iluminación de Dios pude consultar con un abogado quien se constituyó ante la Caja y pudo advertir que los trámites de mi expediente están siendo orientadas por la nombrada institución para que prescribiera mi derecho. Es así que, mediante mi abogado pude acceder a las copias simples de la LA RESOLUCIÓN N° 40 DE FECHA 06 DE JULIO DEL 2011 Y LA RESOLUCIÓN N° 12 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, EMANADAS DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES, COMO ASÍ MISMO DE LA RESOLUCIÓN N° 12 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, cuyas copias adjunto acompaño. Aclaro que no fui asistido por ningún abogado que me podría asesorar antes de ahora quedando a merced de los directivos de Caja que me engañaron con el afán de privarme del derecho reclamado. Que, reitero, me entero de la referida resolución al comparecer personalmente ante dicha institución acompañado de un abogado para conocer del resultado de mi pedido formulado para acogerme al beneficio que me acuerda la Ley N° 1802/2.001, como así mismo a mi hijo menor NOEL DE JESÚS MEDINA BARRETO de 14 años de edad, es decir, el 75% del haber jubilatorio que percibía mi finado esposo NOEL MEDINA. También debo manifestar que he solicitado las fotocopias autenticadas de todo el expediente mío y la de mi hijo NOEL DE JESÚS MEDINA BARRETO. la cual no me otorgaron diciéndome que debo solicitar vía judicial. Es más, en las referidas resoluciones ni se menciona a mi hijo NOEL DE JESÚS MEDINA BARRETO, la cual de por sí es causal de nulidad absoluta de la citada resolución. Además la prescripción no se opera cuando existen menores (art. 642 del Código Civil). II. LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 40 DE FECHA 06 DE JULIO DEL 2011 Y LA RESOLUCIÓN N° 12 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, EMANADAS DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES, COMO ASÍ MISMO DE LA RESOLUCIÓN N° 12 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011: Que, amparada por las disposiciones del art. 10 de la Ley N° 4.046/2.010, que modifica el art. 4° de la Ley N° 1.462/35, como así mismo en la Ley N° 2.856/2006 de la Caja de jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay, vengo por derecho propio de sí misma, como también en nombre y representación de mi menor hijo NOEL DE JESÚS MEDINA BARRETO de 14 años de edad, a promover demanda o Recurso Contencioso-Administrativo contra la RESOLUCIÓN N° 40 DE FE-

CHA 06 DE JULIO DEL 2011 Y LA RESOLUCIÓN N° 12 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, AMBOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES Y SOLICITAR LA REVOCACIÓN DEL MISMO, conforme a las consideraciones de hechos y de derechos que paso a exponer: Que, la referida medida decretada resulta notoriamente ilegítima, inconstitucional, arbitraria y contra legem, con el agravante de violentar a raja tabla mis derechos como Viuda legítima del Ex Jubilado Sr. NOEL MEDINA, en virtud al matrimonio legítimamente contraído en fecha 07 de noviembre del 2002) conforme al Certificado de Matrimonio que adjunto acompaño, al resolver el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS DE BANCOS Y AFINES, por Resoluciones N° 40 de fecha 06 de julio del 2011 y Resolución N° 12 de fecha 17 de agosto del 2011 al disponer NO HACER LUGAR A LA SOLICITUD DE PENSIÓN, PRESENTADA POR LA SRA. CARMEN BARRETO VDA. DE MEDINA, POR LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN EL CONSIDERANDO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN. Que, en el considerando de la citadas resoluciones en lo medular expresa: Que, el art. 37 de la Ley N° 2.856, en su último párrafo, en forma clara advierte que: “...NO SE ATENDERÁ SOLICITUD DE PENSIÓN DEL CÓNYUGUE SUPERSTITE QUE HUBIERE CONTRAÍDO MATRIMONIO CON EL CAUSANTE LUEGO QUE ESTE SE HUBIERE ACOGIDO A LOS BENEFICIOS DE LA JUBILACIÓN. IDÉNTICO TRATAMIENTO SE DARÁ A CONCUBINOS/AS O MATRIMONIOS APARENTES, ASÍ COMO LOS HIJOS QUE NACIEREN DE DICHAS UNIONES. Que, la recurrente como se demuestra con el Certificado de Matrimonio que presenta ha contraído nupcias con el jubilado en fecha 07 de diciembre del 2002, con posterioridad a la vigencia de la jubilación concedida al señor NOEL MEDINA, otorgado por Resolución N° 04, Acta N° 1.284 de fecha 02 de mayo del año 1977. Que, según dictamen N° 317 de la Asesoría Legal, no corresponde la concesión de la Pensión solicitada por la recurrente, por no reunir los requisitos exigidos por la Ley...” (sic). Que, debo señalar que, si es cierto que he contraído nupcias con mi finado marido en fecha 07 de diciembre del 2002, en esta fecha aún estaba en vigencia la Ley N° 2.856/2006, obviamente, entonces absolutamente no es posible aplicar la citada Ley con efecto retroactivo, por expresa disposición constitucional y legal, como seguidamente paso a demostrar en forma indubitable. Que, las citadas resoluciones como

podrán apreciar los señores Miembros de ese Excmo. Tribunal en lo Contencioso-Administrativo, vulnera nada más con extrema osadía normas de primer rango y principios elementales del derecho positivo Nacional como lo es el art. 14 de la Constitución Nacional que expresa: “DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. NINGUNA LEY TENDRÁ EFECTO RETROACTIVO, SALVO QUE SEAMÁS FAVORABLE AL ENCAUSADO O CONDENADO”. Así mismo nuestro Código Civil en su art. 2º establece con mayor claridad que los derechos adquiridos son irrevocables por nueva Ley al decir: “LAS LEYES DISPONEN PARA EL FUTURO, NO TIENEN EFECTO RETROACTIVO, NI PUEDEN ALTERAR DERECHOS ADQUIRIDOS”. Estos preceptos imperativos de cumplimiento inexcusable de la norma constitucional y del Código Civil, fue groseramente avasallado y vulnerado con una arbitrariedad y temeridad asombrosa, por la institución demandada, razón por la que debe ser rectificado y restituido mis derechos conculcádome, por ese Excmo. Tribunal de Cuentas, conforme a lo que dispone el art. 256 segundo apartado y el art. 247 de la Carta Magna, ANULANDO EL FALLO Y ENTRANDO A ANALIZAR EL FONDO DE LA CUESTIÓN HACER LUGAR AL PEDIDO FORMULADO POR LA RECURRENTE, en el sentido de otorgarme el 75% de la pensión jubilatoria que venía usufructuando mi finado esposo Noel Medina, conforme a lo que dispone la Ley N° 1802/01, en su art. 37 incs. “a”, “b”, “e” y “f”. En efecto, el citado artículo 37 de la Ley N° 1802/200J reza: “Art. 37. En caso de fallecimiento de un jubilado o afiliado activo que haya reunido los requisitos legales para la jubilación o haya aportado como mínimo durante veinte años, la Caja acordará una pensión, desde la fecha de fallecimiento, en la proporción/y condiciones establecidas en este artículo, a las siguientes personas por orden excluyente:

- a) el cónyuge o concubino supérstite reconocido judicialmente, en concurrencia con los hijos menores de dieciocho años de edad, o incapacitados, mientras dure su incapacidad;
- b) los hijos menores de dieciocho años de edad o incapacitados, mientras dure su incapacidad;
- c) el cónyuge o concubino supérstite reconocido judicialmente, en concurrencia con los padres del causante, siempre que éstos hayan estado exclusivamente a cargo del beneficiario, lo cual será comprobado fehacientemente por la Caja; y,
- d) los padres que se encuentren en las condiciones del inciso anterior.

e) La pensión será el 75% (setenta y cinco por ciento) de la jubilación que percibía o a la que tenía derecho el causante.

f) La mitad de la pensión corresponderá al cónyuge o concubino supérstite reconocidos judicialmente, si concudiesen los hijos o los padres del causante, la otra mitad se distribuirá entre éstos en partes iguales.

g) A falta de padres o hijos, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o concubino supérstite reconocido judicialmente.

h) La pensión del cónyuge, concubino o hijos, acrecerá proporcionalmente en la medida en que los respectivos beneficiarios dejen de tener derecho a ella”.

Cabe señalar que en la propia Ley N° 2.856/2006 en su art. 44 establece: “El derecho a las jubilaciones y pensiones es imprescriptible e irrenunciable”. De la citada disposición normativa surge que los derechos legítimamente acordados por la citada Ley, no se pierde, ni puede ser frustrado su otorgamiento en base a engaños, persuaciones y artilugios como la que fue objeto la recurrente en su petición realizada ante la CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS DE BANCOS Y AFINES, pues, reitero no querían que ponga abogado en todo momento, ahora me doy cuenta que fue precisamente para exponerme a una ilusoria pretensión de la Caja de coartarme mis legítimos derechos como la de mi menor hijo, persuadiéndome para que me pueda prescribir mi derecho, extremos inviables porque los actos realizados adolecen de nulidad absoluta insanable por estar comprometido derecho de un menor y por incumplir claros preceptos constitucionales, conforme a lo que disponen los arts. 16, 17 inc. 9° y 137 in fine de la Constitución Nacional. Que, las citadas resoluciones individualizadas más arriba, me ha causado graves y enormes perjuicios al privarme ilegítimamente del beneficio de acceder a la pensión jubilatoria de mi finado esposo quien cumplió con todas las exigencias requeridas para dicho menester, y obviamente, para que en caso de su muerte como viuda la recurrente pueda acceder a dicha pensión en el porcentaje establecido en la norma, como así mismo a mi menor hijo NOEL DE JESÚS MEDINA BARRETO, ya que se me está privando de mis derechos que he adquirido como Viuda, conforme a las documentaciones que obran en el Expediente que se encuentra en la referida Institución demandada. Esta presentación de la demanda o Recurso Contencioso-Administrativo promovido por la recurrente, se halla respaldada y avalada jurisprudencialmente por el Acuerdo y Sentencia N° 151 de fecha 15 de abril del año 2011, dictada por el Tribunal de Cuentas 2° Sala de la

Capital, a cargo de los Dres. ARSENIO CORONEL RAMÓN ROLANDO OJEDA y AMADO VERÓN DUARTE, Actuario Judicial Abog. DIEGO MAYOR GAMELL, en el juicio caratulado: “VICTORINA CRISTALDO VDA. DE PANIAGUA c/ RES. N° 23 DE FECHA 25/03/09 Y RES. N° 1 DE FECHA 12/08/09 DICTADA POR EL CONSEJO DE LA CAJA DE JUBILADOS Y PENSIONADOS DE EMPLEADOS BANCARIOS”, que en el considerado del referido Acuerdo y Sentencia, literalmente se manifiesta cuanto sigue: “...Y el Miembro del Tribunal de Cuentas Segunda Sala magistrado Ramón Rolando Ojeda prosiguió diciendo: Antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión, debemos estudiar las actuaciones y antecedentes administrativos que sirvieron de origen para esta demanda. Por nota de fecha 18/09/08, la Sra. Victorina Cristaldo Ferreira, como viuda del jubilado Faustino Paniagua Paula, se presenta ante la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines, a solicitar la pensión correspondiente. Este pedido es respondido por dicha entidad con la resolución N° 23, Acta N° 13, de fecha 25/03/2.009, por la cual el Consejo de Administración resuelve no hacer lugar a la solicitud de pensión presentada por la Sra. Cristaldo Ferreira. Ante esta decisión la afectada, presenta recurso de reconsideración de la Resolución N° 23 en fecha 15/04/2.009, el cual es resuelto en forma negativa (no hacer lugar) por Resolución N° 1 Acta N° 34 de fecha 12/08/09. Ante este panorama, la Sra. Victorina Cristaldo Vda. de Paniagua recurre dichas resoluciones ante este Tribunal de Cuentas en fecha 12/09/2.009. A1 contestar la demanda, el abogado de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Banco y Afines, solicita que la misma sea rechazada pues fue interpuesta fuera del plazo para promover el recurso ante lo Contencioso-Administrativo (16 días desde la notificación de la Resolución N° 23), con lo que quedó operada la prescripción. Nótese que en autos no consta prueba alguna de notificación a la actora de las resoluciones dictadas por la Caja (Resolución N° 23 y Resolución N° 1), por lo que necesariamente debemos partir de la premisa que la actora tomó conocimiento (se notificó) de las resoluciones al momento de interponer la demanda. Si bien es cierto el abogado de la Caja sostiene en su escrito de contestación de demanda que dichas resoluciones fueron notificadas a la actora en fecha 28/08/2009, no probó dicho aserto. Ahora bien, suponiendo que sea cierto que las resoluciones fueron notificadas a la Sra. Cristaldo Vda. de Paniagua en la fecha citada por el abogado de la Caja, aplicando el plazo para que quede operada la prescripción (18 días), dicho plazo aún no estaba prescrip-

to al momento en que la actora entabló esta demanda, en fecha 21/09/2.009. Debemos aclarar que, si bien la norma aplicable al caso que nos ocupa es la Ley N° 1.462/35 “QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO”, el plazo que estipula dicha norma para recurrir los actos administrativos (5 días) fue modificado por la Corte Suprema de Justicia, pues viola el principio constitucional de la igualdad, fijando la citada alta instancia judicial el de 18 días hábiles, establecidos en el CPC., como plazo para que quede operada la prescripción. Consecuentemente, las quejas de la demandada sobre la prescripción carecen de sustento y deben ser rechazadas por improcedente. Que, en lo que hace al fondo de la cuestión, la actora argumenta, en pocas palabras, que se ha cometido una tremenda injusticia en su contra, pues los administrativos de la Caja Bancaria han aplicado, en su caso, retroactivamente una Ley, pues sostiene que ha estado unida en matrimonio con el Sr. Paniagua, mucho antes de que entrara en vigencia la Ley 2856/06, que es la Ley aplicada por la Caja para negarle su solicitud de pensión. A su turno, el abogado de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines, en un poco claro escrito de contestación de la demanda, sostuvo que dicha entidad dictó las resoluciones recurridas basada en el Dictamen N° 103 de la Asesoría Legal de fecha 23/05/09 y en la Ley N° 2856/06, específicamente en el art. 37 último párrafo. Bien, siendo así las cosas, el meollo de la cuestión se circunscribe a determinar cuál es la Ley aplicable al momento de decidir otorgar o rechazar la pensión solicitada por las viudas de jubilados pertenecientes a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines, es decir, cuál es la Ley que rige esta cuestión, si es la Ley vigente al momento de contraer matrimonio con el jubilado o es la Ley vigente al momento del fallecimiento del jubilado. Al respecto, tanto el abogado externo de la Caja, Edgar Báez Recalde, como el procurador general de la República. Abog. José García, sostuvieron que la fecha de celebración del matrimonio de la peticionante con el jubilado no determina la Ley a ser aplicada, sino que rige la fecha del fallecimiento del causante y que, en este caso, la Ley vigente al momento del fallecimiento del Sr. Paniagua era la Ley N° 2856/06, la cual en su artículo 37, último párrafo, establece: “No se atenderá solicitud de pensión del cónyuge superviviente que hubiere contraído matrimonio con el causante luego que este se hubiere acogido a los beneficios de la jubilación”. Por otro lado, el asesor legal de la Caja, el Abog. Rubén Darío Frutos, por Dictamen N° 154 del 11/05/2009, se opuso a lo dictaminado por sus

colegas, argumentando que: “...el derecho de la recurrente a beneficiarse con la pensión que le asiste y que le asistió desde el mismo momento de contraer matrimonio con una persona jubilada, teniendo en cuenta que el momento de contraer matrimonio con una persona jubilada, teniendo en cuenta que el momento de adquirir el derecho de que se trata se encontraba vigente la Ley N° 1802/01, legislación esta que no establecía impedimento o prohibición expresa a ese respecto y mal podría negársele posteriormente derecho alguno sobre el particular, con el pretexto que la nueva Ley 2856/06 pueda tener efecto retroactivo por tratarse de un simple derecho en expectativa”. Que, esta Magistratura se adhiere a la teoría sustentada por el asesor legal de la Caja, Abog. Rubén Darío Frutos, en el sentido de que la Ley aplicable al pedido de pensión por parte de la viuda de un jubilado fallecido, es la Ley vigente al momento en el que el jubilado fallecido y la actual viuda contrajeron matrimonio. Esto es así porque el matrimonio, además del vínculo sentimental, implica con su celebración, un vínculo económico, de bienes y derechos, que afecta a ambos cónyuges. Aplicando esto al caso que nos ocupa, la Sra. Victorina Cristaldo cuando contrajo matrimonio con el Sr. Faustino Paniagua, adquirió todos los derechos correspondientes a su calidad de cónyuge, que al morir su marido es también su heredera en todos los bienes y derechos que poseía el causante, por lo que estamos ante la presencia de un “derecho adquirido” al momento de celebrarse el matrimonio de ambos, con lo que, por lógica consecuencia, la Ley aplicable al caso es la Ley vigente al momento del matrimonio entre el Sr. Faustino Paniagua Paula y la Sra. Victorina Cristaldo Ferreira, matrimonio que, por otro lado, no fue negado por la demandada, lo que es más, fue expresamente admitido. Dicho esto, una nueva Ley (Ley N° 2.586/06) no puede revocar, sin más trámites con su sola promulgación, un derecho adquirido, en este caso, al momento de contraer matrimonio la actora con el jubilado Faustino Paniagua. Consecuentemente, en base a las disposiciones legales citadas y a las argumentaciones de hechos precedentemente realizadas, corresponde hacer lugar a la demanda Contencioso-Administrativa instaurada por la Sra. Victorina Cristaldo Vda. de Paniagua y en consecuencia, revocar las resoluciones N° 23 Acta N° 13 de fecha 25/03/09 y N° 1 Acta N° 34 de fecha 12/08/09 dictadas por el Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines, debiendo conceder dicha entidad la pensión correspondiente a la Sra. Victorina Cristaldo Vda. de Paniagua, en su calidad de viuda del jubilado bancario Faustino Arnal-

do Paniagua Paula. En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas al perdedor (artículo 192 del CPC.) ES MI VOTO...” (Sic). Que, al demostrar fehacientemente que LA RESOLUCIÓN N° 40 ACTA N° 30 DE FECHA 06 DE JULIO DEL 2011 Y LA RESOLUCIÓN N° 12 ACTA N° 38 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, DICTADAS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES, es contraria a lo que dispone el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 2° del Código Civil Paraguayo, que establece que ninguna Ley se podrá aplicar con efectos retroactivo y que los derechos adquiridos son inmutables. Por consiguiente, se impone revocar el fallo recurrido y HACER LUGAR A LA DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA INSTAURADA POR LA RECURRENTE CARMEN BARRETO VDA. DE MEDINA, Y EN CONSECUENCIA REVOCAR LAS CITADAS RESOLUCIONES, ES DECIR, LA RESOLUCIÓN N° 40 ACTA N° 30 DE FECHA 06 DE JULIO DEL 2011 Y LA RESOLUCIÓN N° 12 ACTA N° 38 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, DICTADAS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES, DEBIENDO CONCEDER DICHA ENTIDAD LA PENSIÓN CORRESPONDIENTE A LA SRA. CARMEN BARRETO BORJA VDA. DE MEDINA Y A SU HIJO MENOR NOEL DE JESÚS MEDINA BARRETO, EN SU CALIDAD DE VIUDA E HIJO DEL JUBILADO BANCARIO NOEL MEDINA, DESDE LA FECHA DE SOLICITUD DE LA CITADA PENSIÓN POR PARTE DE LA RECURRENTE, CON COSTAS. III. LAS PRUEBAS QUE AVALAN LA VIABILIDAD DE LA PRESENTE DEMANDA O RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LAS RESOLUCIONES PRECITADAS:

1. La presente demanda o Recurso Contencioso-Administrativo promovido por la recurrente a título personal y en representación de su menor hijo NOEL DE JESÚS MEDINA BARRETO, contra LA RESOLUCIÓN N° 40 ACTA N° 30 DE FECHA 06 DE JULIO DEL 2011 Y LA RESOLUCIÓN N° 12 ACTA N° 38 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, DICTADAS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES.

2. Las resoluciones objeto del presente recurso, LA RESOLUCIÓN N° 40 ACTA N° 30 DE FECHA 06 DE JULIO DEL 2011 Y LA RESOLUCIÓN N° 12 ACTA N° 38 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, DICTADAS POR EL

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES. Se adjunta/copias de las referidas resoluciones.

3. El Certificado de Matrimonio de la recurrente CARMEN BARRETO BORJA con el finado NOEL MEDINA celebrado en fecha 07 de diciembre del 2002, antes de la Ley N° 2856/2006. Se adjunta copias del mencionado documento.

4. El Certificado de Defunción de mi finado esposo NOEL MEDINA de fecha 05 de octubre del 2010. Se adjunta copias del citado documento.

5. El Certificado de Nacimiento de nuestro hijo menor NOEL DE JESÚS MEDINA BARRETO, con la cual queda demostrado que la unión en concubinato de la recurrente con el finado NOEL MEDINA fue mucho antes de nuestro matrimonio. Se adjunta copia del documento señalado.

6. La nota de fecha 28 de octubre del 2011, recibida por el menor hijo de la recurrente vía currier en fecha 02 de noviembre del 2011.

7. El pedido de fotocopias peticionado por la recurrente al presidente de la institución que no fue providenciado por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios.

8. La copia del fallo jurisprudencia individualizado como el Acuerdo y Sentencia N° 151 de fecha 15 de abril del año 2011, dictada por el Tribunal de Cuentas 2ª Sala de la Capital, a cargo de los Dres. ARSENIO CORONEL y RAMÓN ROLANDO OJEDA y AMADO VERÓN DUARTE, Actuario Judicial Abog. DIEGO MAYOR GAMELL, en el juicio caratulado: "VICTORINA CRISTALDO VDA. DE PANIAGUA C/ RES. N° 23 DE FECHA 25/03/09 Y RES. N° 1 DE FECHA 12/08/09 DICTADA POR EL CONSEJO DE LA CAJA DE JUBILADOS Y PENSIONADOS DE EMPLEADOS BANCARIOS". Esto a los efectos previstos en el art. 9° del C.O.Judicial que menciona a los precedentes judiciales y el art. 478 inc. 2° del C.P.Penal.

9. El expediente administrativo caratulado: "CARMEN BARRETO BORJA VDA. DE MEDINA C/ RESOLUCIÓN N° 40 ACTA N° 30 DE FECHA 06/07/2.011 Y RESOLUCIÓN N° 12 ACTA N° 38 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2.011, AMBOS DICTADOS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILADOS Y PENSIONADOS DE EMPLEADOS BANCARIOS" (EXPEDIENTES CON ENTRADA N°s N° 5025 Y 6006/2.011). Que solicito sea ordenada se traiga a la vista de este Excmo. Tribunal, la institución

demandada, el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES se encuentra domiciliada en la casa de las calles Humaita N° 377 c/ Alberdi de esta ciudad de Asunción.

IV. LAS RESOLUCIONES DICTADAS CONTRA EL TEXTO CLARO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY SON ACTOS NULOS DE NULIDAD ABSOLUTA E INSANABLE: El art. 256 de la misma Constitución establece: “TODA SENTENCIA JUDICIAL DEBE ESTAR FUNDADA EN ESTA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY”. Esta norma constitucional concuerda con el art. 15 inc. “b” del C. P. Civil, que expresa: “SON DEBERES DE LOS JUECES, SIN PERJUICIO DE LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL: FUNDAR LAS RESOLUCIONES DEFINITIVAS E INTERLOCUTORES EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES, CONFORME A LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS VIGENTES, Y AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, BAJO PENA DE NULIDAD”.

El art. 16 de la Carta Magna, refiere: “LA DEFENSA EN JUICIO DE LAS PERSONAS Y DE SUS DERECHOS ES INVOLABLE. TODA PERSONA TIENE DERECHO A SER JUZGADA POR TRIBUNALES Y JUECES COMPETENTES, INDEPENDIENTES E IMPARCIALES”. El art. 17 de la Constitución Nacional, prescribe: “DE LOS DERECHOS PROCESALES: EN EL PROCESO PENAL, O EN CUALQUIER OTRO DEL CUAL PUDIERA DERIVARSE PENA O SANCIÓN, TODA PERSONA TIENE DERECHO A: INC. 9) QUE NO SE LE OPONGA PRUEBAS OBTENIDAS O ACTUACIONES PRODUCIDAS EN VIOLACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS”. El art. 137 de la Carta Magna, prescribe: “CARECEN DE VALIDEZ TODAS LAS DISPOSICIONES O ACTOS DE AUTORIDAD OPUESTOS A LO ESTABLECIDO EN ESTA CONSTITUCIÓN”. El art. 247 de la C. Nacional estatuye: “EL PODER JUDICIAL ES EL CUSTODIO DE ESTA CONSTITUCIÓN, LA INTERPRETA, LA CUMPLE Y LA HACE CUMPLIR”. El Dr. HERNÁN CASCO PAGANO en su conocida obra CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO Y CONCORDADO, 2ª Edición, Tomo I, págs. 66 / 68, al referirse a los lincaamientos básicos de la fundamentación de una Resolución expresa: “RESOLVER CONFORME A LA LEY: tiene su fundamento en la máxima latina DURA LEX SED LEX según la cual la misión del juez es aplicar la Ley, cualquiera sea su opinión particular que sobre ella pueda tener. El juez debe juzgar de acuerdo con la Ley, pero no le

es dado juzgar la Ley. Ello no significa que deba siempre aplicar la Ley literalmente, sino interpretarla de acuerdo con los principios de hermenéutica jurídica. Pero donde la Ley es clara y precisa no caben interpretaciones que, en tales casos, sólo sirven para desvirtuar el propósito del legislador. El juez al aplicar la Ley debe observar lo dispuesto en el art. 137 de la Constitución, que dice: De la Supremacía de la Constitución. La Ley Suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las Leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la Ley. Esta Constitución no perderá su validez si dejara de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”. Esta norma concuerda con lo dispuesto en el art. 6º, 2º p., del Código Civil, que expresa: “Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas y en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho” (sic). El Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios y Afines, al aplicar una nueva norma con efecto retroactivo, ha violado a rajatabla el art. 14 de la Constitución Nacional que prohíbe tajantemente la aplicación retroactiva de una nueva norma vulnerando los derechos adquiridos que son inmutables. En efecto, el art. 137 in fine de la Carta Magna establece: “CARECEN DE VALIDEZ TODAS LAS DISPOSICIONES O ACTOS DE AUTORIDAD OPUESTOS A LO ESTABLECIDO EN ESTA CONSTITUCIÓN”. Por aplicación de esta norma constitucional las referidas resoluciones impugnadas por mi parte, carecen de valor y son nulos de nulidad absoluta que se puede reclamar en cualquier etapa del proceso. Es más, ese Excmo. Tribunal de Cuentas, por el control de horizontalidad y de hacer cumplir la norma constitucional en primer término debe verificar en la resolución se han conculcado o no derechos o garantías constitucionales. POR TANTO, en méritos a las breves consideraciones de hechos y de derechos expuestos surge nítidamente que LA RESOLUCIÓN N° 40 ACTA N° 30 DE FECHA 06 DE JULIO DEL 2011 Y LA RESOLUCIÓN N° 12

ACTA N° 38 DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2011, DICTADAS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS Y AFINES, se hallan viciadas de nulidad absoluta. No obstante, ese Excmo. Tribunal de Cuentas, en virtud de lo que dispone el art.406 del C.P.Civil, debe pronunciarse sobre la cuestión de fondo revocando las mencionadas resoluciones y haciendo lugar al pedido radicado por la recurrente...” (fs. 18/28)

Termina solicitando que el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte resolución haciendo lugar a la demanda y, en consecuencia, revoque las resoluciones recurridas, disponiendo el pago de la pensión solicitada en su calidad de viuda e hijo del jubilado bancario Noel Medina, desde la fecha de la solicitud de la pensión, con costas.

Y el Miembro MAGISTRADO RAMÓN ROLANDO OJEDA, prosigue diciendo: Que, en primer lugar, debemos hacer un breve esbozo de las particularidades que se exponen por medio de la presente demanda y su respectiva contestación y, en ese sentido, conforme surge de autos, la señora Carmen Barreto Borja Vda. de Medina promueve demanda Contencioso-Administrativa contra los siguientes actos administrativos dictados por el Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines:

Resolución N° 40 Acta N° 30 de fecha 06-07-2011, en la cual se resolvió: “...1°. No hacer lugar a la solicitud de Pensiones, presentada por la Sra. CARMEN BARRETO VDA. DE MEDINA,...” (fs. 52).

Resolución N° 12 Acta N° 38 de fecha 17-08-2011, en la que se resolvió: “...1°. Estése a lo resuelto en la Resolución N° 40, Acta N° 30 de fecha 06 de julio de 2011...” (fs. 46).

Ahora bien, entrando a analizar el fondo de la cuestión dilucidada durante el proceso, tenemos que el sustrato fundamental de la presente litis consiste en determinar la legalidad de las resoluciones impugnadas por esta vía, las cuales rechazaron el pedido de Pensión como Viuda de Ex-jubilado Bancario que fuera solicitada por la señora Carmen Barreto Borja Vda. de Medina.

En ese contexto de ideas, cabe decir que la pensión de sobrevivientes es una de las expresiones del derecho a la seguridad social. Esta prestación tiene por objeto principal brindar una especial protección de tipo económico a la familia del asegurado o pensionado que fallece. Cabe mencionar que la pensión de sobrevivientes, tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al traba-

jador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido. Por ello, la Ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercana y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.

El Art. 95 de la Constitución Nacional establece: "...De la Seguridad Social. El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la Ley...".

A fin de obtener un mejor panorama de la cuestión puesta a escrutinio de esta Magistratura, cabe mencionar que en fecha 26 de octubre del año 2010 se presentó la señora Carmen Barreto Borja Vda. de Medina ante la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines a solicitar Pensión como Viuda de Ex-jubilado Bancario, de su finado marido el señor Noel Medina, fallecido en fecha 05 de octubre del año 2010. La recurrente fue declarada heredera de su esposo junto con su hijo menor de edad Noel de Jesús Medina Barreto conforme a la S.D. N° 389 de fecha 21 de junio del año 2011 obrante a fs. 15.

En ese sentido, vemos que el argumento esbozado en las resoluciones impugnadas se centró en lo dispuesto por el Art. 37 de la Ley N° 2.856/06 "QUE SUSTITUYE LAS LEYES N° 73/91 Y 1.802/01 DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS DEL PARAGUAY", el cual refiere lo siguiente: "No se atenderá solicitud de pago de pensión del cónyuge supérstite que hubiere contraído matrimonio con el causante luego que este se hubiere acogido a los beneficios de la jubilación", posición sugerida por la Asesoría Jurídica en su Dictamen N° 317 obrante a fs. 56.

Por otro lado, la parte actora sostuvo en su libelo inicial que al momento de contraer nupcias con su finado esposo, se encontraba en vigencia la Ley N° 1.802/01 y no la Ley N° 2.856/06.

En lo referente a este punto, es de vital importancia señalar que para determinar qué Ley le asiste a la recurrente se debe tener en cuenta la vigente al momento de adquirir el derecho pretendido. Es decir, la Ley que se encontraba vigente al momento de haber contraído nupcias. En efecto esto es así, debido

a que el matrimonio además del vínculo sentimental, implica con su celebración un vínculo económico de bienes y derechos que afectan a ambos cónyuges.

En otras palabras, la protección constitucional de un derecho tiene carácter permanente, es decir, si una Ley lo afecta será nula, tenga efectos retroactivos o no los tenga. En virtud al principio de la irretroactividad de la Ley, incorporado expresamente a nuestro ordenamiento positivo, en ninguna relación de derecho una Ley o norma puede tener efecto retroactivo, invalidando o alterando ni derechos adquiridos, ni hechos cumplidos, ni efectos producidos bajo leyes anteriores. Precisamente, el principio de la irretroactividad de la Ley se entiende como un planteamiento básico de la organización jurídica del Estado, pues la seguridad de las personas y la propia equidad requieren que ante el reemplazo de una disposición normativa las situaciones creadas al amparo de la norma primigenia se conserven o al menos que los derechos adquiridos y los hechos cumplidos se mantengan y respeten. Esto significa que una nueva Ley o norma no tiene efecto en situaciones ocurridas antes de su entrada en vigencia, salvo en casos excepcionales en que se disponga lo contrario, pero nunca pueden afectar derechos adquiridos ni hechos cumplidos. El principio es lógico, pues cada vez que sobreviene un cambio normativo la derogación de una norma anterior y su relevo por una nueva Ley plantea el problema de cuál ha de ser el alcance temporal de ambas.

Nuestra Carta Magna en su Art. 14 dispone: “Ninguna Ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado”. La norma de carácter constitucional citada es considerada como uno de los temas más arduos del derecho. El mismo impone la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales desarrolladas bajo la vigencia de una Ley. Ello se traduce en el hecho que las Leyes rigen solamente para el futuro y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas producidas válidamente según la normativa sustituida. Con dicho alcance la irretroactividad de la Ley se erige como un presupuesto fundamental para la seguridad jurídica. Igualmente, la disposición del artículo 2º del Código Civil que introduce a nuestro ordenamiento positivo civil el principio de irretroactividad de la Ley se refiere a situaciones jurídicas consolidadas, y no a las que configuran meras expectativas, las cuales por no haberse materializado el derecho se encuentran sujetas a futuras regulaciones que se introduzcan. Sin embargo, existen casos en que se presentan dificultades al tiempo de establecer cuándo un derecho en mera expectativa es un derecho adquirido.

En el caso de marras dicha dificultad no se despliega, dado que es fácil deducir de que nos encontramos ante un derecho adquirido y no ante uno en mera expectativa, dado que la señora Carmen Barreto Borja Vda. de Medina, ya había contraído matrimonio con el causante en el año 2002, configurándose en ese momento su derecho tal como ya lo dijéramos más arriba, es decir, en ese instante la misma ha adquirido todos los derechos que como cónyuge le asiste la Ley. Pues, el mismo supone la ocurrencia de un hecho adquisitivo generador de una relación jurídica concreta. Se materializa cuando un sujeto tiene ya un derecho como suyo, en carácter de titular, por haber pasado a integrar su patrimonio.

Como colorario de lo mencionado, no cabe dudas que la norma que se debe tener en cuenta para el caso de marras, es la Ley N° 1.802/01 “Que modifica varios Artículos de la Ley N° 73 del 5 de diciembre de 1991 y deroga la Ley N° 915 del 17 de julio de 1996”, la cual en su Art. 37 dispone lo siguiente: “En caso de fallecimiento de un jubilado o afiliado activo que haya reunido los requisitos legales para la jubilación o haya aportado como mínimo durante veinte años, la Caja acordará una pensión, desde la fecha de fallecimiento, en la proporción y condiciones establecidas en este artículo, a las siguientes personas por orden excluyente: a) el cónyuge o concubino supérstite reconocido judicialmente, en concurrencia con los hijos menores de dieciocho años de edad, o incapacitados, mientras dure su incapacidad; b) los hijos menores de dieciocho años de edad o incapacitados, mientras dure su incapacidad; c) el cónyuge o concubino supérstite reconocido judicialmente, en concurrencia con los padres del causante, siempre que éstos hayan estado exclusivamente a cargo del beneficiario, lo cual será comprobado fehacientemente por la Caja; y, d) los padres que se encuentren en las condiciones del inciso anterior. La pensión será el 75% (setenta y cinco por ciento) de la jubilación que percibía o a la que tenía derecho el causante. La mitad de la pensión corresponderá al cónyuge o concubino supérstite reconocidos judicialmente, si concurriesen los hijos o los padres del causante, la otra mitad se distribuirá entre éstos en partes iguales. A falta de padres o hijos, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o concubino supérstite reconocido judicialmente. La pensión del cónyuge, concubino o hijos, acrecerá proporcionalmente en la medida en que los respectivos beneficiarios dejen de tener derecho a ella”.

Dicha normativa tiene sustento legal y axiológico en el artículo 2443 del C.C. que dice: “Desde la muerte de una persona se transmiten la propiedad de

los bienes y derechos que constituyen la herencia, aquéllos que deban recibirla”, concordante con los artículos 2.444, 2.445 y 2.446 del mismo cuerpo legal, los cuales son violados con la aplicación del Art. 37 de la Ley N° 2.856/06 que prohíbe heredar al cónyuge que contrajo matrimonio luego de haberse jubilado el causante.

De lo visto hasta aquí, no existen dudas del derecho que le corresponde a la señora Carmen Barreto Borja Vda. de Medina de percibir el 75% de la pensión como Viuda de Ex-jubilado Bancario de su finado marido el señor Noel Medina, en concurrencia con su hijo menor de edad, de conformidad a lo expuesto en la presente resolución.

Finalmente, por todo el fundamento expuesto recientemente, considero que debe hacerse lugar a la presente demanda y que los actos administrativos impugnados, Resolución N° 40, Acta N° 30 de fecha 06 de julio del año 2011 y Resolución N° 12, Acta N° 38 de fecha 17 de agosto del año 2011, dictadas por el Consejo de la Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios, deben ser revocados in totum.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la parte perdedora, conforme a la teoría del “riesgo asumido” la cual establece que el litigante que asume una posición controversial, es quien debe cargar con las consecuencias ante el rechazo de su pretensión jurídica, esta aserción es la que prima en el Art. 192 del C.P.C. ES MI VOTO.

A su turno, los Magistrados Arsenio Coronel Benítez y Mario Maidana Griffith manifiestan que se adhieren al voto que antecede, por sus mismos fundamentos

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala,

RESUELVE:

1. Hacer Lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, instaurada en los autos “Carmen Barreto Borja Vda. de Medina c/Res. N° 38 de fecha 17 de agosto de 2011 y otra, dictada por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios”, y en consecuencia

JURISPRUDENCIA

2. REVOCAR la Resolución N° 40, Acta N° 30 de fecha 06 de julio del año 2011 y, su confirmatoria, la Resolución N° 12, Acta N° 38 de fecha 17 de agosto del año 2011, dictadas por el Consejo de la Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios por su notoria improcedencia, de acuerdo con los fundamentos expresados en el exordio de la presente Resolución.

3. Imponer LAS COSTAS a la perdedora.

4. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ramón Rolando Ojeda, Arsenio Coronel y Mario Maidana Griffith.

Abog. Diego Mayor Gamell. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 330

Cuestión debatida: *Que el recurrente solicita la revocatoria de la Resolución del Consejo de Superintendencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia por la que fuera destituido , fundamentando su pedido en que la Resolución recurrida es injusta, desproporcionada y sin fundamento alguno.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUMARIO ADMINISTRATIVO. Conclusión del Juez Instructor.

Que, el presente sumario en contra de Gustavo René Arce Giménez y otros, transcurrió normalmente, siendo decretada la apertura de la causa a prueba por providencia de fecha 02 de marzo de 2010 (fs. 175 vlto.), empezando a correr ese término a partir del 03 de marzo de 2010, diligenciándose todas las pruebas de cargo como las de descargo, estando vencido el plazo legal establecido cuando el día 05 de abril de 2010 informó la Actuaría sobre las pruebas producidas (fs. 482, Sumario Administrativo). En base a este informe el juez instructor abogado Rafael Monzón Sosa, por proveído del 05 de abril de 2010, “declaró cerrado el periodo probatorio, disponiendo en consecuencia, que se formule el dictamen correspondiente” (fs. 482 vlto., Sumario Administrativo).

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN.

Que empero, estando clausurado definitivamente la etapa probatoria y habiendo el juez instructor del Sumario emitido su dictamen, lo cual acarrea el cierre de toda discusión, debido a que no podía presentarse más escritos ni agregarse más pruebas, porque el periodo probatorio precluyó, sin embargo, eso no fue óbice para el presidente de la Corte Suprema de Justicia en ese entonces el Dr. José Raúl Torres Kirmser, dispusiera por proveído de fecha 26 de abril de 2010, agregar el Informe Complementario de la Dirección General de Auditoría de Gestión (fs. 488, Sumario Administrativo), y “autos para resolver” dentro del Sumario Administrativo.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUMARIO ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL. Derecho a la Defensa. PRINCIPIO DE PRECLUSION.

Que resulta conveniente destacar que el Informe Complementario efectuado por la Dirección de Auditoría de Gestión, en el cual se basaron las sanciones aplicadas en la Resolución N° 28, emitida por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, específicamente la destitución decretada contra el administrado Gustavo René Arce Giménez, fue agregado al sumario, una vez que se fuera declarado cerrado definitivamente el periodo probatorio y el juez instructor formulará su dictamen, reavivándose de manera ilegal una etapa precluída como la de pruebas. de las constancias del sumario, se comprueba de manera fehaciente, que no se corrió traslado del contenido del Informe Complementario a los sumariados; menos aún al Sr. Gustavo René Arce Giménez. Es decir, el recurrente fue destituido sin tener un conocimiento previo de ese Informe Complementario, no permitiéndosele hacer su descargo, violándose el art. 16 de la Constitución Nacional, que dispone; “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUMARIO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Que, en conclusión, la Resolución C.S.C.S.J. N° 28 del 06 de mayo de 2010, dictada por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la sanción de destitución aplicada al Sr. Gustavo René Arce Giménez, deviene ilegal por basarse esa penalidad en una prueba agregada extemporáneamente, soslayando ya se había dispuesto el cierre de esa etapa, y

el juez instructor ya había emitido previamente su dictamen conclusivo. Al mismo tiempo considero que la nombrada Resolución es inconstitucional, conforme ya lo detallará en el párrafo anterior, por lo que huelga toda nueva consideración al respecto.

T. DE CUENTAS, SEGUNDA SALA 08/07/2015 “ GUSTAVO RENE ARCE GIMÉNEZ C/ RESOLUCION N° 28 DE FECHA 06 DE MAYO DE 2010 DICTADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Ac. y Sent. N° 330).

Previo al estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Se encuentra ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Arsenio Coronel Benítez, Dr. Mario Maidana Griffiths y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Magistrado Dr. Arsenio Coronel Benítez, dijo: Que en fecha 30 de junio de 2010, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Sr. Gustavo René Arce Giménez, bajo patrocinio de la abogada Susana Ramos Gaete, a promover demanda Contencioso-Administrativa contra la Resolución C.S.C.S.J. N° 28 de fecha 6 de mayo de 2010, dictada por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia. Funda la demanda en los siguientes términos: “HECHOS: Que soy funcionario del Poder Judicial desde hace veinte y cinco (25) años, habiendo sido nombrado como ordenanza en carácter de supernumerario en el mes de julio de 1985, y presupuestado en el mes de mayo de 1988. Actualmente y desde el año 2004, ejerzo el cargo de jefe del Departamento de Legajos. Que el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, por Resolución C.S.J.S.J. N° 28 de fecha 06 de mayo de 2010 resolvió: “... 5º) Destituir al funcionario jefe del Departamento de Legajos, Gustavo René Arce Giménez, de conformidad a los fundamentos precedentemente...”. La resolución se fundamentó en que: “... Con respecto al funcionario Gustavo René Arce, quien se desempeñaba como jefe del Departamento de Legajos, resulta la cuestión mucho más gravosa aún, atendiendo que a su cargo y dirección se hallaba la referida dependencia, la cual se encontraba desordenada, retrasada y hasta viciada de irregularidades, importantes, recayendo la responsabilidad principal sobre el mismo, en atención

al rango de jefe que detentaba, además de ello, a fs. 5 del Informe Complementario fecha 9 de abril de 2010 de la Dirección General de Auditoría de Gestión realizada al Departamento de Legajos, se constata que con su usuario se realizaron 445 eliminaciones de sanciones y sumarios administrativos en el sistema informativo de legajos sin respaldo documental alguno, dado que la responsabilidad exclusiva en el manejo del usuario y contraseña de acceso al referido sistema informático es personal e indelegable, más aún considerando el rango jerárquico del mismo quien o diligenció las medidas pertinentes a fin de prevenir o en su caso esclarecer los hechos suscitados en su departamento, configurándose una falta administrativa sumamente grave, razón por la cual y en observancia al legajo del mismo conforme al Num. 1) del Art. 16 de la Acordada N° 470/07, corresponde disponer la destitución del funcionario Gustavo René Arce. A la vez, ante indicios de la comisión del presunto hecho punible de Alteración de Datos, conforme a lo previsto en el art. 174 del Código Penal por parte del referido funcionario, corresponde remitir compulsas de estos autos al Ministerio Público, a sus efectos. ...”. Incongruencia de la Resolución Impugnada. La resolución hoy impugnada, en el considerando, con relación a los otros funcionarios sumariados refirió: 1. Con relación a la funcionaria Monica Gonzalez mencionó que: “...Con respecto a la responsabilidad de la sumariada en la eliminación de datos del sistema informático del Departamento de Legajo, a fs. 5 del Informe Complementario de fecha 9 de abril de 2010 de la Dirección General de Auditoría de Gestión realizada al Departamento de Legajos, se observa que con el usuario de acceso al sistema informático a cargo de la misma se realizaron 39 eliminaciones de registros sin respaldo documental debido, configurándose de esta forma una irregularidad administrativa cometida por la misma, dado que la responsabilidad en el manejo del usuario y contraseña de acceso al referido sistema informático es personal e indelegable, sin embargo ante la carencia de sanción previa en el legajo de la misma, corresponde aplicar la sanción de llamar la atención a la funcionaria Mónica González...”. 2. Con relación a la funcionaria Olga Ledesma menciona: Que, atendiendo a la situación de la funcionaria Olga Ledesma en relación a la responsabilidad de la sumariada en la eliminación de datos del sistema informático del Departamento de Legajo, a fs. 5 del Informe Complementario en fecha 9 de abril de 2010 de la Dirección General de Auditoría de Gestión realizada al Departamento de legajo, se observa que con el sumario de acceso al sistema informático a cargo de la misma se

realizaron 2 eliminaciones de registros sin respaldo documental debido, configurándose de esta forma una irregularidad administrativa cometida por la misma, dado que la responsabilidad en el manejo del usuario y contraseña de acceso al referido sistema informático es personal e indelegable, sin embargo ante la carencia de sanción previa en el legajo de la misma, corresponde aplicar la sanción de llamar la atención a la funcionaria Olga Ledesma. ...”. 3. Con relación al funcionario Sebastián Santos Villalba mencionó que: “Con respecto al funcionario Sebastián Santos Villalba a fs. 4 del Informe Complementario de fecha 9 de abril de 2010 de la Dirección General de Auditoría de Gestión realizada al Departamento de Legajo se observa que uno de los nombres eliminados del sistema informático sin respaldo documental, se trata justamente del sumariado Sebastián Santos Villalba Castro, quien siendo funcionario de la Dirección de Administración y Control del Personal incurrió en modificar datos propios, configurándose así una falta administrativa, la cual corresponde ser sancionada atendiendo al legajo del mismo en el cual se observan un apercibimiento y 4 multas, por ello corresponde suspender en el ejercicio de sus funciones sin goce de sueldo por el plazo de treinta días (30) días conforme a lo previsto en el art. 16 de la Acordada N° 470/07. ...”. 4. Con relación al funcionario Israel Núñez expresa: “...Que, en relación al funcionario Israel Núñez, quien también se desempeñaba en cargo superior, Jefe del Departamento de Control del Personal, a fs. 5 del Informe Complementario de fecha 9 de abril de 2010 de la Dirección General de Auditoría de Gestión realizada al Departamento de Legajo, se constata que con su usuario se realizaron 4 eliminaciones de sanciones y sumarios administrativos en el sistema informático de legajos sin respaldo documental alguno, dado que la responsabilidad en el manejo del usuario y contraseña de acceso al referido sistema informático es personal e indelegable hecho sumamente grave, más aún ante el rango jerárquico que el mismo detentaba, quien en vez de arbitrar los mecanismos de prevención y solución de hechos que esta naturaleza, se inmiscuyó en funciones de otro departamento y procedió a eliminar datos del sistema informático de manera indebida configurándose así una falta grave en sus funciones, razón por la cual corresponda suspender en el ejercicio de sus funciones sin goce de sueldo por el plazo de diez (10) días, conforme a lo previsto en el art. 16 de la Acordada N° 470/07...”. 5.- Con relación al funcionario Víctor Brítez, la resolución impugnada expresó: “...Que, con respecto al funcionario Víctor Brítez, quien reconoció que a su cargo se encontraba la

carga y eliminación de datos del sistema informático de legajos, a fs. 5 del Informe Complementario de fecha 9 de abril de 2010 de la Dirección General de Auditoría de Gestión realizada al Departamento de Legajo, se observa que con el usuario de acceso al sistema informático a cargo de la misma se realizaron 36 eliminaciones de registros sin el respaldo documental debido, configurándose de esta forma una irregularidad administrativa cometida por el mismo, dado que la responsabilidad en el manejo del usuario y contraseña de acceso al referido sistema informático es personal e indelegable, irregularidad ésta que corresponde ser sancionada, atendiendo al legajo del mismo en el cual se observan 6 multas, razón por la cual corresponde suspender en el ejercicio de sus funciones sin goce de sueldo por el plazo de treinta (30) días, conforme a lo previsto en el art. 16° de la Acordada N°. 470/07”. Como podrán observar VV.EE. por la resolución hoy impugnada solamente a mí me han destituido, sin embargo, a los otros funcionarios sumariados que reconocieron en algunos casos las falencias efectuadas, solo se les aplicó sanciones de suspensión y llamado de atención. Repito, al momento de aplicar las sanciones, hubo una desigualdad entre los funcionarios sumariados, ya que solamente a mí me aplicaron la sanción de destitución, no tomando en cuenta que los otros funcionarios sumariados también incurrieron en los mismos hechos que a mí me imputaron. Sin embargo, solo se les impuso una sanción de suspensión y/o llamado de atención. También la resolución impugnada se apartó del dictamen emitido por el juez sumariante quien al no encontrar hechos que me comprometían, había recomendado se me aplique un apercibimiento con constancia en mi legajo. Que la destitución del cargo que desempeñaba como jefe del Departamento de Legajos de la Dirección de Administración de Personal, es una medida injusta, desproporcionada y sin fundamento, solución cuestionada no ha tenido en cuenta a las que arribó el juez instructor que entendió en el resultado de las investigaciones realizadas. Tampoco existió una postura coherente de parte del Consejo de Superintendencia en relación a la recomendación de apercibimiento con constancia en mi legajo, dada por el juez instructor, quien participó del proceso de producción, control y valoración de los elementos probatorios ofrecidos. Que si bien es cierto, la recomendación dada por el juez instructor no necesariamente es vinculante, el Consejo de Superintendencia al resolver la cuestión no podría haberse apartado tan sustancialmente de las recomendaciones dadas por el juez instructor quien se compenetró con el expediente sumarial. Que, resulta evidente, que el determi-

nante de la postura tomada por el Excmo. Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, con respecto a todos los funcionarios que fuimos sumariados, fue el Informe Complementario de fecha 09 de abril de 2010 de la Dirección General de Auditoría de Gestión Judicial. Este informe fechado el 09 de abril de 2010, fue agregado (por cuerda separada) al expediente del sumario en fecha 26 de abril de 2010, según expresa la Resolución C.S.J.S.J. N° 28/2010; es decir, en fecha posterior al Dictamen N° 32 de fecha 14 de abril de 2010, de recomendación que emitiera el juez instructor, y lo más grave, sin haberme siquiera corrido traslado del mismo, a los efectos del descargo correspondiente. Este hecho me deja en total estado de indefensión, ya que su agregación es extemporánea y su valoración carece de validez, violando principios de rango constitucional como ser el derecho a la defensa en juicio. Que, dicho Informe de Auditoría de Gestión, señala que se han encontrado registradas en el sistema con mi usuario nada menos que la eliminación de 445 sanciones y sumarios administrativos sin respaldo documental alguno (valga la aclaración que no menciona que yo haya realizado tales eliminaciones solo supuestamente se constata que con mi usuario). Si se me hubiera corrido traslado de dicho informe, en la forma procesal correspondiente, con los detalles de los nombres afectados, habría procedido a demostrar fehacientemente que dichas eliminaciones sí tenían o tienen respaldo documental. No niego que pudieran existir dichas eliminaciones, o aún más de ellas, pues he ocupado el cargo de jefe de la Sección Legajos por más de cinco años y esa era una de mis funciones. En el caso de los Sumarios, fui autorizado por Acta N° 25 de fecha 19/06/2008, del Consejo de Superintendencia de la Corte. Que, la resolución impugnada, con relación al Informe Complementario de fecha 09 de abril de 2010 de la Dirección General de Auditoría de Gestión realizada al Departamento de Legajos, no ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Nacional que expresa: “en los derechos procesales, en el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción toda persona tiene derecho a: 1)... 7) La comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en una comunicación. 8) Que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas. 9) Que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas. 10) El acceso por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El

sumario no se prolongará más del plazo establecido por Ley. ...”. Que, tampoco se tuvo en cuenta respecto a mi parte, elementos que saltaron a la vista en el sumario, como ser la vulnerabilidad del sistema informático de legajos, permitiendo que terceros extraños puedan acceder a los perfiles de usuarios autorizados a modificar la base de datos con solo hacer una llamada para cancelar la contraseña y volver a la contraseña por defecto. Este hecho sí se ha tenido en cuenta con respecto a los otros funcionarios sumariados para determinar su responsabilidad en la anulación de antecedentes de legajos, pero ni fue mencionada al momento de hacer un juicio de valor sobre los hechos que se me imputan, así también no se mencionó que nunca he tenido un sumario administrativo o apercibimiento, en toda mi carrera judicial como funcionario de más de veinte y cinco (25) años de antigüedad. Como pueden apreciar VV.EE. en este caso tenemos otra violación a una garantía de rango constitucional, es decir, las reglas que fueron aplicadas para algunos en un sentido y para otros en otro sentido. Que, es importante manifestar y recalcar que nunca he realizado eliminaciones de sanciones ni de sumarios administrativos del sistema informático de legajos sin respaldo documental alguno, o cometido otra falta dentro de mis funciones en el Poder Judicial, atendiendo justamente a que soy padre de familia de raíces humildes y este trabajo es el único sustento con que cuento para alimento, vestido y medicamentos de las personas que se encuentran a mi cargo. Que ante todo lo expresado debe ser revocada la Resolución C.S.J.S.J. N° 28 de fecha 06 de mayo de 2010, dictada por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, porque se ha cometido una gran injusticia conmigo, contrariando la función constitucional del Poder Judicial, como órgano encargado de hacer cumplir las Leyes del Derecho Positivo Paraguayo. En otro orden de cosas, la Resolución C.S.J.S.J. N° 28 me produce un daño y me agravia porque corta abruptamente mi carrera administrativa dentro de la institución dejándome sin una perspectiva de futuro. Asimismo, el cese inmediato de mis funciones desconoce los méritos de servicio en la institución y se constituye en un castigo inmenso para quien con tanto sacrificio se ha dedicado a la institución y a sus labores. Además, la Resolución que impugno me deja de un día para otro sin ingresos económicos perjudicándome en mi standar de vida referido a nivel de educación, salud, alimentación, vestido y diversión, el cual automáticamente decaerá por la falta de efectivo a fin de mes para solventar dichos gastos. Por otro lado, la Resolución referida lesiona los derechos a la estabilidad laboral y

todas aquellas normas de protección al trabajador que justamente pretenden proteger a los mismos de la arbitrariedad de los empleadores. Que a los efectos de un mayor esclarecimiento de los hechos mencionados en esta demanda, solicito que VV.EE. traigan a la vista el expte. “Sumario Administrativo a los funcionarios Sebastián Santos Villalba Castro, Gustavo René Arce Giménez, Víctor Octavio Brítez Velázquez, Mónica Raquel González Bogado, Olga Stael Ledesma Franco, Elsa Celedonia Cáceres de Paredes, Israel Núñez Estigarribia y Pablino Ríos Díaz s/ presuntas irregularidades en el ejercicio de sus funciones”. Año 2010, N° 001, Folio 072. N° 3726, tramitado por ante el mencionado Consejo, Sría. a cargo de la Abog. Gerardine Cases Monges”.

Termina solicitando que previo los trámites de rigor el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte Acuerdo y Sentencia, haciendo lugar a la demanda Contencioso Administrativa, con costas.

Que, en fecha 21 de septiembre de 2012, se presentó ante el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, la abogada Mirtha Morínigo de Florentín, en representación de la Corte Suprema de Justicia, a contestar la demanda contencioso-administrativa. Funda la contestación en los siguientes términos: “Que, cumpliendo expresas instrucciones de mi mandante, por el presente escrito niego todos los términos consignados en el escrito de demanda, salvo aquellos que fueren reconocidos; y, en atención al traslado corrido, vengo a contestarla en tiempo y forma, solicitando desde ya el Rechazo In Totum de la misma, por su Notoria Improcedencia, conforme paso a exponer: Que, en la Resolución Recurrida el Consejo de Superintendencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia Resuelve: 59. Destituir, Al Funcionario Jefe Del Departamento de Legajos, Gustavo René Arce Giménez, de conformidad a los fundamentos expuestos precedentemente. Que, el demandante fundamenta su pedido en que la Resolución recurrida «supuestamente» es injusta, desproporcionada y sin fundamento alguno, por lo que solicita su revocación. Que, asimismo el recurrente manifiesta que supuestamente hubo una omisión por parte del Consejo de Superintendencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de ignorar la recomendación del Dictamen N° 32 de fecha 14 de abril de 2010, emitido por la Superintendencia General de Justicia. Que, en base a lo vertido en el párrafo anterior/es importante señalar lo dispuesto en la última parte del Art. 12 de la Acordada N° 470/2007, que dice cuanto sigue: «El dictamen conclusivo no será vinculante para el Consejo de Superintendencia de Justicia». Que, asimismo el

recurrente alega que no se le ha corrido traslado del Dictamen ut-supra mencionado, para que el mismo pudiera realizar su descargo. Que, es importante y necesario ilustrar al demandante, que el Dictamen en cuestión es elevado por el juez instructor al Consejo de Superintendencia, para que el mismo dicte Resolución, no teniendo por qué correr traslado al sumariado. Que, el Sr. Gustavo René Arce afirma que en ese momento el sistema informático de legajos era vulnerable, permitiendo que terceros extraños puedan acceder a los perfiles de usuarios autorizados a modificar la base de datos con solo hacer una llamada para cancelar la contraseña y volver a la contraseña por efecto. Que, de acuerdo a lo manifestado en el párrafo de arriba, el señor Gustavo René Arce como jefe y responsable del Departamento de Legajos, tuvo que haber tomado los recaudos correspondientes, en el sentido de comunicar dicha situación a la dirección de informática y sistemas, como así también a la superioridad, de tal forma a buscar alternativas de solución a dicho problema, que reviste suma gravedad por lo incierto que resultaron los informes emitidos, pudiendo inclusive hacer incurrir en error a la máxima instancia institucional en los informes que debe emitir, como por ejemplo al consejo de la magistratura, jurado de enjuiciamiento de magistrados y otras instituciones, o el mismo Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, en el momento de dictar resoluciones en sede administrativa. Con todo esto queda demostrada la desidia y negligencia por parte del recurrente, lo que permitió que se agravara su situación procesal. Que, es importante hacer notar a VV.EE. Que el consejo de superintendencia de la Corte Suprema de Justicia ha dictado la resolución hoy recurrida, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, el Código de Organización Judicial, en la Ley N° 609/95, en la Acordada 470/2007. Que, el demandante, como funcionario judicial en ese entonces, se encontraba bajo potestad disciplinaria de la Excma. Corte Suprema de Justicia, es por ello que la resolución en cuestión posee un vasto sustento jurídico, específicamente en cuanto a lo establecido en el art 169 num. L) de la Acordada N° 470/2007, en el art. 174 del Código Penal y en los arts. 4 y 23 de la Ley 609/95. Que, por lo expuesto precedentemente, solicito a VV.EE. el rechazo in totum de la presente demanda contencioso-administrativa, por su muy notoria improcedencia. Que, ofrezco como prueba de mis dichos: en primer término ofrezco como instrumental: 1) la Resolución N° 28 de fecha 06 de mayo de 2010, dictada por el Consejo de Superintendencia de la Excma. Corte suprema de Justicia. 2) el expediente caratulado: “Sumario admi-

nistrativo a los funcionarios Sebastián S. Villalba, Gustavo René Arce G., Víctor Octavio Benítez V., Mónica Raquel González, Olga S. Ledesma, Elsa Celedonia Cáceres, Israel Núñez Estigarribia y Pablino Ríos Díaz s/ Presuntas Irregularidades en el Desempeño de sus Funciones”. Año: 2001, N° 001, folio 072, N° 3726”.

Termina solicitando que previo los trámites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia, rechazando la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Y el miembro del Tribunal de Cuentas Segunda Sala, magistrado Dr. Arsenio Coronel Benítez, prosiguió diciendo: “Que el sumario contra el actor Gustavo René Arce Giménez y otros funcionarios del Poder Judicial fue iniciado por Resolución N° 06 de fecha 08 de febrero de 2010 (fs.66/67, sumario administrativo), dictada por el superintendente general de justicia, en su carácter de juez instructor, basado en el hecho denunciado capd-37-31-12-09, el avance del informe de la intervención al Departamento de Legajos del personal, realizada por la Dirección de Auditoría de Gestión Judicial y la providencia de fecha 30 de diciembre de 2009, dictada por el presidente del Consejo de Superintendencia, consistiendo los supuestos hechos denunciados por la intervención en la demora en la carga de datos en el sistema informático de legajos y la verificación de sanciones y sumarios eliminados del sistema presuntamente sin autorización.

Que, el presente sumario en contra de Gustavo René Arce Giménez y otros, transcurrió normalmente, siendo decretada la apertura de la causa a prueba por providencia de fecha 02 de marzo de 2010 (fs.175 vlto.), empezando a correr ese término a partir del 03 de marzo de 2010, diligenciándose todas las pruebas de cargo como las de descargo, estando vencido el plazo legal establecido cuando el día 05 de abril de 2010 informó la Actuaría sobre las pruebas producidas (fs. 482, Sumario Administrativo). En base a este informe el juez instructor abogado Rafael Monzón Sosa, por proveído del 05 de abril de 2010, “declaró cerrado el periodo probatorio, disponiendo en consecuencia, que se formule el dictamen correspondiente (fs. 482 vlto., Sumario Administrativo).

Que el juez instructor el 14 de abril de 2.010, formuló el Dictamen S.G.J. N° 32, recomendando específicamente con relación al funcionario Gustavo René Arce Giménez, aplicar la sanción de apercibimiento, arguyendo que se ha verificado que los usuarios informáticos que procedieron a introducir cambios sin autorización alguna corresponden a los hoy sumariados, falta prevista en el

art.233 del Código de Organización Judicial, en concordancia con el art. 5° de la Acordada N° 470/07, en atención a la responsabilidad del cargo que el mismo detentaba.

Que empero, estando clausurado definitivamente la etapa probatoria y habiendo el juez instructor del Sumario emitido su dictamen, lo cual acarrea el cierre de toda discusión, debido a que no podía presentarse más escritos ni agregarse más pruebas, porque el periodo probatorio precluyó, sin embargo, eso no fue óbice para el presidente la Corte Suprema de Justicia en ese entonces el Dr. José Raúl Torres Kirmsers, dispusiera por proveído de fecha 26 de abril de 2010, agregar el Informe Complementario de la Dirección General de Auditoría de Gestión (fs. 488, Sumario Administrativo), y “autos para resolver” dentro del Sumario Administrativo.

Que posteriormente el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia por Resolución C.S.C.S.J. N°.28 de fecha 06 de mayo de 2010, resolvió en el apartado 5° de su parte resolutive, destituir al funcionario Gustavo René Arce Giménez, fundamentando la aplicación de esta penalidad en el Informe Complementario efectuado por la Dirección General de Auditoría de Gestión realizada al Departamento de Legajos, el cual concluye en su página 5 que con el usuario de este funcionario se realizaron 445 eliminaciones de sanciones y sumarios administrativos en el sistema informático, sin respaldo legal alguno.

Que resulta conveniente destacar que el Informe Complementario efectuado por la Dirección de Auditoría de Gestión, en el cual se basaron las sanciones aplicadas en la Resolución N° 28, emitida por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, específicamente la destitución decretada contra el administrado Gustavo René Arce Giménez, fue agregado al sumario una vez que se fuera declarado cerrado definitivamente el periodo probatorio y el juez instructor formulara su dictamen, reavivándose de manera ilegal una etapa precluida como la de pruebas. De las constancias del sumario, se comprueba de manera fehaciente que no se corrió traslado del contenido del Informe Complementario a los sumariados; menos aún al Sr. Gustavo René Arce Giménez. Es decir, el recurrente fue destituido sin tener un conocimiento previo de ese Informe Complementario, no permitiéndosele hacer su descargo, violándose el art. 16 de la Constitución Nacional, que dispone; “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable...”.

Igualmente la Resolución N° 28 al disponer una penalidad como la de destitución, sin que al accionante se le permita controlar e impugnar el contenido

del referido informe, transgrediendo el art. 17 de la Constitución Nacional en sus numeral 8º, que determina que: “toda persona tiene derecho a: que ofrezca; practique; controle e impugne pruebas”. Asimismo se ha violentado lo dispuesto en el numeral 9 del mismo articulado de nuestra Carta Magna que indica: “que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de normas jurídicas”.

Que en conclusión, la Resolución C.S.C.S.J. N° 28 del 06 de mayo de 2010, dictada por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la sanción de destitución aplicada al Sr. Gustavo René Arce Giménez, deviene ilegal por basarse esa penalidad en una prueba agregada extemporáneamente, soslayando ya se había dispuesto el cierre de esa etapa, y el juez instructor ya había emitido previamente su dictamen conclusivo. Al mismo tiempo considero que la nombrada Resolución es inconstitucional, conforme ya lo detallara en el párrafo anterior, por lo que huelga toda nueva consideración al respecto.

Que por tanto, teniendo en cuenta las manifestaciones vertidas precedentemente, soy del parecer debe hacerse lugar a la presente demanda, revocando la Resolución N° 28 del día 06 de mayo de 2010, emitida por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, específicamente el acápite N° 5 de su parte resolutive, el cual atañe directamente al demandante el Sr. Gustavo René Arce Giménez, así como el pago de los salarios caídos. En cuanto a las costas deben ser impuestas a la parte vencida de acuerdo al artículo 192 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno los Miembros Magistrados Mario Ignacio Maidana Griffiths y Gregorio Ramón Rolando Ojeda dijeron: Que se adhieren al voto del Miembro preopinante por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala

RESUELVE:

1. Hacer lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, instaurada en estos autos “Gustavo René Arce Giménez c/ Res.N° 2806 de mayo de

2010, dictada por la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, y en consecuencia

2. Revocar, la Resolución C.S.C.S.J. N° 28 del 06 de mayo de 2010, dictada por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia y , en consecuencia, disponer que el Sr. Gustavo René Arce Giménez sea reincorporado en el cargo que ocupaba o en otro cargo de similar categoría y remuneración, además del pago de los salarios caídos, a partir de la fecha en que se ordenó la suspensión de sus funciones sin goce de sueldo, hasta que la resolución quede firme y ejecutoriada, de conformidad y de acuerdo con los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

3. Imponer las costas a la parte vencida.

4. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arsenio Coronel Benítez, Dr. Mario Maidana Griffiths y Gregorio Ramón Rolando Ojeda.

Abog. Diego Mayor Gamell. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 341

Cuestión debatida: *Que el recurrente solicita la revocatoria de la Resolución del Consejo de Superintendencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia por la que fuera destituido, fundamentando su pedido en que la Resolución recurrida es injusta, y sin fundamento alguno ya que la causa penal que fuera mencionada como la motivación del mismo fue rechazada.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUMARIO ADMINISTRATIVO. PRUEBA DE PERITOS. Dictamen Pericial.

Que, existen en autos dos instrumentales probatorias sumamente contundentes que nos conducen a concluir que la resolución recurrida debe ser revocada. A fs. 80/88 del expediente principal se halla agregado el Informe Pericial Contable elaborado por el Lic. Germán M. Bonnin F. en el marco de la causa N° 864/2005 “Wildo Valdo Machuca s/ Producción de Documentos No Auténticos”. La conclusión a la cual arribó el citado profesional y su correspondiente dictamen son transcritos a continuación: “En el periodo julio/agosto 2005 se imple-

mentó un nuevo sistema informático en la Dirección de Ingresos Judiciales del Poder Judicial, que no fue suficientemente probado, generándose inconvenientes en el procesamiento de los datos, ya sea por errores de impresiones o por errores en la carga de datos, duplicándose en algunos casos los números de liquidaciones correspondientes a operaciones en el Consorcio del Registro Automotor, pero que en mi opinión, no corresponde a cobros indebidos, sino a errores en la implementación de dicho sistema. Estos errores eran posteriormente subsanados ante el reclamo de los usuarios. En la Dirección de Ingresos Judiciales se contaba con un formulario para corrección de errores y anulaciones y estaban designadas las personas que podían autorizar dichas correcciones. El cajero no tenía atribuciones para proceder a realizar anulaciones, los sobrantes no quedaban en poder de los cajeros-liquidadores, sino en Tesorería a las resultas de eventuales reclamos y en caso de faltante el cajero-liquidador debía reponer en forma inmediata el monto. La Auditoría Interna del Poder Judicial menciona un caso que afecta al Sr. Wildo Machuca en fecha 22 de julio de 2005, pero en el resultado del arqueo de caja el mismo ha tenido sobrante, en el cuadro confeccionado no se determinan faltantes en el periodo analizado. En mi opinión NO existe irregularidad en la gestión del Sr Wildo Machuca Cardozo, como cajero-liquidador en el periodo julio/agosto 2005 y, por lo tanto, no existe perjuicio ni para la Dirección de Ingresos Judiciales ni para el Consorcio del Registro Automotor”. Del dictamen precedentemente expuesto se puede concluir que las situaciones irregulares de las cuales fue acusado el actor y que sirvieron de base para la administración del sumario administrativo en realidad no existieron.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUMARIO ADMINISTRATIVO. PRUEBA DE PERITOS. Dictamen Pericial. PROCESO PENAL. Absolución en el Proceso Penal.

Que, al analizar lo expuesto en párrafos anteriores, nos asiste la clara convicción que los hechos denunciados como irregulares, presuntamente cometidos por el demandante en estos autos e investigados tanto a nivel penal como de auditoría interna, no ocurrieron, por lo que de aceptar la tesis de una confirmación de resolución, estaríamos castigando una conducta inexistente, con las consecuencias que ello acarrearía, es más, el propio Superintendente General de Justicia, en su Dictamen SGJ N°.390 de fecha 25 de septiembre de 2006 (fs. 92/94 Expte. Sumarial) argumenta que en esta jurisdicción administrativa la causa penal es tomada como un antecedente de vital importancia.... y que en

esta instancia tiene especial consideración a los efectos de determinar la eventual falta administrativa en el que podría haber incurrido el mismo...”. Es decir, el propio órgano de control admite indirectamente, al dar tal importancia a la causa penal, que tanto el dictamen del perito como el pedido de desestimación de denuncia emanado de la Fiscalía a cargo del caso, tienen suficiente peso en las resultas del sumario. Sin embargo ello, aconseja sin sustento alguno la destitución del funcionario recurrente, argumentando tan solo ineptitud e incompetencia del mismo. Y he aquí la siguiente aclaración, al actor se lo destituye en virtud de un sumario administrativo para la aclaración de presuntas irregularidades en el ejercicio de sus funciones (duplicación de documentos, producción de documentos no auténticos, fraude) no para investigar si el mismo es o no inepto o incompetente, situación muy diferente a la planteada en la presente causa y para cual, si méritos hubiere, se deberla instruir otro sumario.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SENTENCIA. Vicios de la Sentencia.

Que, en base a lo señalado y las disposiciones legales citadas, es indiscutible que la Resolución impugnada se encuentra viciada de irregularidad, por lo que, a mi criterio, corresponde hacer lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, reponiendo al recurrente en su cargo que ocupaba al momento del dictamamiento de la resolución recurrida o en su efecto, en otro cargo de igual o similar categoría y remuneraciones, con la regularización de los salarios caídos y adicionales dejados de percibir desde la fecha de la Resolución impugnada. En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas en el orden causado, habida cuenta tuvo que recurrirse a la interpretación de norma legal de conformidad al art. 193 del C.P.C. Es mi voto.

T. DE CTAS., SEGUNDA SALA. 15/07/2015 WILDO MACHUCA c/ RESOLUCIÓN N° 171 del 10 DE OCTUBRE DE 2006 DICT. POR EL CONSEJO DE SUPERINTENDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (Ac y Sent N.º 341).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, eio el siguiente resultado: Arsenio Coronel Benítez, Mario Maidana Griffiths y Ramón Rolando Ojeda.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Arsenio Coronel Benítez: Dijo: Que, en fecha 18 de octubre de 2006 (fs.7/8 de autos) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Sr. Wildo V. Machuca C., por sus propios derechos y bajo patrocinio de abogado, a promover demanda Contencioso-Administrativa contra la Resolución N° 171 de fecha 10 de octubre de 2006, dictada por el Consejo de Superintendencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia. Fundó la demanda en los siguientes términos: “Que, por Resolución mencionada de la máxima instancia administrativa judicial, he sido destituido del cargo de Asistente de Sección Cobro de Escritura de la Dirección de Ingresos Judiciales, conforme se acompaña con la copia de la resolución y notificación pertinentes. La misma tiene como base el Dictamen N° 390 del 25 de setiembre de 2006, reacaído en sumario administrativo instruídome por el superintendente general de Justicia Rafael Monzón. Mi parte impugna la conclusión a que ha llegado la máxima autoridad judicial. La causal alegada por la misma no existe en el léxico normativo para justificar un despido con causa justificada.

La falta de idoneidad no se halla prevista tanto en la Ley de la Función Pública, como en el Código del Trabajo, por tanto, la decisión del Alto Tribunal deviene enteramente improcedente. La Corte también falla al invocar el art. 47 de la Constitución Nacional como fundamento de su decisión, pues la idoneidad que exige dicha norma lo es para acceder a la función pública. Se ha cometido un exceso, con la destitución, puesto que no he sido pasible de otras sanciones previas como ser amonestaciones o suspensiones de trabajo sin goce de sueldo. Por ello, entiendo que la decisión del Consejo de Superintendencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia no se halla ajustado a derecho, razón por la cual corresponde su revocatoria.

Termina solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Que, en fecha se presentó nuevamente ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el abogado Fernando A. Beconi O., en representación del Sr. Wildo V. Machuca C., a los efectos de ampliar la demanda promovida en los siguientes términos: “Mi parte impugna la resolución dictada por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, porque de la misma resulta una conclusión arbitraria resumida en 4 puntos: La resolución se aparta del objeto principal investigado en el sumario. La fundamentación dada en la reso-

lución no obedece a un supuesto legal previsto en la norma respectiva. La medida resulta arbitraria y constituye un exceso e poder. Desigual trato de funcionarios respecto al mismo hecho. Punto Primero: La resolución no condice con el objeto del sumario. V.E. podrá comprobar de las constancias del sumario administrativo que dicha investigación surgió únicamente respecto a supuestos Fraudes al Registro del Automotor (fs. 22 del sumario administrativo), según lo dice la directora de esa institución, Martha Sosa H. Ello también se corroboró con el informe remitido por el director administrativo, Lic. Gustavo Chamorro Zárate, quien recomienda remitir los antecedentes a la Fiscalía General del Estado (fs. 25). La propia resolución N° 115 del 11 de agosto de 2005 da por sentado el hecho de que las supuestas irregularidades a que hacen alusión la directora del Registro del Automotor y el director administrativo, es un delito al decir, de confirmarse los hechos constituiría delito de acción penal pública. Y a fs. 27 obra la notificación del Sr. Machuca, en fecha 12 de agosto de 2005, retirando las copias para traslado consistentes en las actuaciones de fs. 1 al 26 del expediente administrativo obrante a la vista de este Tribunal, a fin de que esté preparado su defensa contra la principal imputación (supuestos fraudes). Conclusión: Hasta aquí el objeto del procedimiento sumarial era solo la investigación de un supuesto fraude, de supuestos hecho punibles. Nada más. Como se puede ver, nunca se imputó ineptitud o negligencia en el desempeño de sus funciones, sino todo lo contrario, se imputó la supuesta comisión de un delito de tipo penal, y que motivó la formación de una causa ante la agente fiscal Francisca Gómez, quien al igual que el propio Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, coincidieron en que tales irregularidades o fraudes denunciados no existen. Sin embargo, del sumario, de los términos objeto de la propia litis discutida en aquel, los miembros del Consejo de Superintendencia concluyeron en que el funcionario era inidóneo para el cargo que le fue asignado casi 10 meses antes de su procesamiento por el sumario administrativo respectivo. Explico al Excmo. Tribunal de Cuentas, que el sumario instruido al funcionario Wildo Machuca no fue un sumario que tenía por objeto probar su idoneidad para el cargo sino tenía por objeto probar la comisión de supuestos fraudes al Registro del Automotor. De haber sido como lo resolvió en la resolución recurrida, el funcionario sumariado también tenía el derecho y debía preparar su defensa respecto a dicha imputación. Como no fue materia de la discusión, no tuvo necesidad de hacerlo y oponerla ahora en la resolución atacada, es una verda-

dera violación al principio del debido proceso. Un principio de derecho administrativo es que la falsa motivación del acto administrativo, o la no correlatividad de la motivación con el objeto propio discutido en el procedimiento administrativo constituye una desviación de poder y ello es lo que sucedió con el funcionario Wildo Machuca. Punto Segundo: La fundamentación dada en la resolución no obedece a un supuesto legal previsto en la norma respectiva. Otra crítica que se formula a la resolución en cuestión en la falta de consistencia de la fundamentación dada por la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia. La misma califica al funcionario de inidóneo para el cargo y que de conformidad al art. 47 de la Constitución procede a su destitución. El razonamiento que el señor superintendente puso en boca de los ministros es risible. El art. 47 de la Constitución Nacional se encuentra dentro del capítulo III, que refiere a “La Igualdad”, y textualmente dice: “el Estado garantizará a todos los habitantes de la República... inc. 3) La igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad....”. Es decir, leyendo claramente el texto constitucional –y sin necesidad de un esfuerzo de interpretación–, se tiene que la idoneidad es solo requerida para acceder a la función pública, que era el empleo de Wildo Machuca. Refuerza esta conclusión la disposición del art. 14 de la Ley 1626/00 de la Función Pública, que también dispone: “Los interesados en ingresar a la función pública deberá reunir las siguientes condiciones: ...inc. d) poseer idoneidad y capacidad necesarias para el ejercicio del cargo, comprobadas mediante el sistema de selección para el efecto”. Si la Excma. Corte lo nombró en el cargo del cual fue destituido diez meses después, fue porque consideró, concluyó y se convenció –a través de los exámenes de aptitud tomados al mismo– de que era el más idóneo para el cargo. Entendemos que no puede luego de 10 meses de desempeño venir a enterarse del supuesto hecho: de que había sido, Wildo Machuca no era idóneo par el cargo. Para evaluar la aptitud del mismo, la Ley de la función pública –que quiérase o no es el estatuto rector de todo el empleo público– establece un periodo denominado de prueba (art. 18). Este periodo de prueba está destinado a la apreciación de las aptitudes del funcionario. Por ello si dejó transcurrir dicho plazo sin disponer la no continuidad de la prestación de servicios del funcionario, fue porque consideró Innecesario prescindir del mismo y adquirió la estabilidad provisoria a que hace referencia el art. 19 de la Ley de la Función Pública. Tampoco la Corte Suprema como institución ha procedido a evaluar al funcionario Machuca conforme lo disponen el

art. 20 de la Ley de la Función Pública. Mucho menos ha configurado la circunstancia prevista en el art. 21 de dicho estamento legal como para habilitar la destitución del funcionario por el motivo invocado en la resolución impugnada. Finalmente, debe mencionarse que la causal invocada por la Superintendencia de la Corte, no figura como tal dentro de los supuestos previstos en el art. 68 de la Ley de la Función Pública. Tampoco figuran entre las contempladas en el art. 81 del Código del Trabajo. Para colmo, únicamente las previstas en los incs. h), i) j) y k) del mencionado art. 68 son sancionadas con la destitución. Como se puede ver, la decisión de la Excma. Corte Suprema fue precipitada, sin reunir los recaudos legales y además no encuadra legalmente en ninguno de los supuestos que habilitan la destitución como sanción. Punto Tercero: La medida resulta arbitraria y constituye un exceso de poder. No obstante, todo lo alegado precedentemente, suponiendo que el funcionario se halla desempeñado con ineptitud o negligencia, igual es extremadamente exagerada la sanción. En efecto, se hubiera dispuesto otra sanción antes que agotar la última y peor de todas las sanciones, la destitución. Pero lo cierto es que no existe tal ineptitud, pues prueba de ello es el hecho de que el funcionario aprobó los testsicotécnicos y psicológicos de aptitud vigentes en la institución. Se acompaña con la presente, constancias de anteriores empleos del funcionario Machuca, por citar algunos: Internacional Motors S.A., La Paraguaya Administradora de Tarjetas de Créditos S.A., Administración de Navegación y Puertos y Banco Corporación S.A. Todos ellos hablan de una diligente y responsable labor, desempeñándose como dependiente de Entidades Bancarias, inclusive, cuya exigencia en el manejo de documentos, pagos y cuentas son al máximo. Entonces, uno puede concluir en la siguiente pregunta: cómo un funcionario que hace 10 años viene desempeñándose en cargos de gestión de manejo de cuentas y dinero, puede ser desvinculado de una institución por no ser idóneo? Finalmente, no se puede afirmar ligeramente que el funcionario no hizo notar las falencias del sistema informático, pues obra en las propias actuaciones del sumario que la Excma. Corte Suprema de Justicia estaba en pleno conocimiento de todos los defectos o irregularidades que supuestamente debía comunicar el funcionario a sus superiores. Estos sabían de antemano todos estos desperfectos. Así, a fs. 60/62 obra el informe de la escribanía pública Nidia María García de Piñanez, quien refiere el conocimiento público de los inconvenientes del sistema informático del Registro del Automotor. El propio informe de Auditoría Interna de la Corte Suprema,

remitido por el Lic. Miguel Ángel Basualdo da cuenta de ello al señalar en sus conclusiones “la falta de procedimientos adecuados y seguros para casos de equivocaciones y anulaciones”. También, a fs. 74 del sumario administrativo existe una nota remitida por el director de Ingresos Judiciales, que da cuenta de algunas falencias del sistema operativo haciendo hincapié en la corrección del mismo. A todo ello, cabe sumar las declaraciones testimoniales, todos compañeros de trabajo del actor, quienes señalaron que el sistema informático cuenta con numerosas falencias, que se están haciendo correcciones y que no se los ha capacitado para el correcto manejo de dicho sistema. Con todas estas contingencias, cómo puede tratarse de inidóneo el accionar del funcionario Machuca quien fue el único cajero que no presentó faltantes de caja, sino al contrario, sobrantes que fueron correctamente rendidas y entregadas a quienes corresponde? Ver a este respecto, conclusiones del Lic. Germán Bonin, en su dictamen remitido a la Fiscalía de la agente Francisca Gómez Duarte, que solicitó se traiga a la vista. Es decir, obviando todo estos hechos, en el supuesto caso de que si realmente se considera una falta, lo que el Consejo de Superintendencia no hizo fue recomendar otra sanción, más benévola antes que la destitución. Punto Cuarto: Desigual trato de funcionarios respecto al mismo hecho: Finalmente, y para concluir en la afirmación de que la medida tomada por el Consejo de Superintendencia es desmedida y exagerada, debo adicionar el elemento de subjetividad. Con esta afirmación se acompaña copia simple de la Resolución No. 26 del 6 de marzo de 2006, dictada por el Consejo de Superintendencia, integrado por los mismos ministros Víctor Núñez, Wildo Rienzi y Raúl Torres Kirmser, respecto al funcionario y compañero de trabajo del actor Machuca, el Sr. Wilfredo Maidana. Este funcionario en idéntica forma fue sumariado por “emisión de dos recibos originales con un mismo número de liquidación”. Es decir, mismo hecho, misma imputación, mismo sumario, inclusive, misma causa ante la misma fiscal. Y sin embargo, orondamente dicho funcionario sale sobreseído conforme lo resuelto por el Consejo de Superintendencia. Se acompaña copia y se solicita la remisión de los autos “Sumario Administrativo a Wilfrido Maidana, cajero de ingresos judiciales s/ presuntas irregularidades en el ejercicio de sus funciones”, año 2005 que obran en la Superintendencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia a cargo del señor Superintendente Abog. Rafael Monzón. Petición principal: Se solicita al Excmo. Tribunal de Cuentas, revoque la resolución N° 171 de fecha 10 de octubre de 2006, dictada por el Consejo de Superintendencia de la

Corte Suprema de Justicia y de conformidad al art. 44 de la Ley de la Función Pública, se ordene su inmediata reposición en el cargo que ocupaba o en otro de similar categoría y remuneración. Se peticiona expresamente, que el pago de los haberes caídos se practique hasta la fecha de su efectiva reposición, dado que la administración ha provocado un terrible perjuicio económico y moral al Sr. Machuca, al someterlo a la justicia penal, a más del presente procedimiento y los años de suspensión que sola y únicamente se deben a la instancia de la institución demandada. Se solicita por tanto, aplique la disposición del art. 96 primera parte de Código del Trabajo de aplicación supletoria.

Termina solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Que, en fecha 17 de mayo de 2007 se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el abogado José Ovidio Bergottini, asesor jurídico de la Asesoría Jurídica de la Excma. Corte Suprema de Justicia, a contestar la presente demanda Contencioso-Administrativa, en los siguientes términos: “Que, cabe señalar que lo argumentado por el representante del Sr. Wildo V. Machuca, en cuanto a la Ley de aplicación, es decir, la Ley 1626/00, fue suspendida la aplicación de sus efectos a todos los funcionarios judiciales de todo el territorio paraguayo (según A.I. N° 534 de fecha 25 de abril de 2001, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, adjunto como jurisprudencia reciente el Acuerdo y Sentencia N° 24 de fecha 30 de marzo de 2007). Que, el sumario administrativo tuvo origen con la denuncia de la directora interina del Registro del Automotor Lic. Martha Sosa, presente al director administrativo Lic. Gustavo Chamorro, quien a su vez sugiere la separación de los funcionarios involucrados en las operaciones, disponiendo un sumario administrativo y remitir los antecedentes a la Fiscalía General y realizar una auditoría externa en la Dirección de Ingresos Judiciales y en el sistema informático. Que, el Dictamen N° 390 del 25 de setiembre de 2006, dictada por el superintendente general de Justicia, recomienda la destitución del funcionario Wildo V. Machuca. Que, el informe de auditoría de liquidaciones y cobro en el Departamento de Ingresos Judiciales presentado por el director general de Auditoría Interna, puede constatarse los cobros a través de comprobantes de liquidaciones duplicadas, existencia de más comprobantes con duplicación de número de liquidación implicando a otros cajeros y sin rendición de cobros respectivos, emisión del informe del certificado

de antecedentes penales, sin relación con el recibo de pago del contribuyente, emisión de dos certificados de antecedentes penales, con registro de un único cobro, falta de procedimientos adecuados y seguros para casos de equivocaciones y anulaciones. Que, analizadas las constancias obrantes en autos, se puede señalar que si bien es cierto el sumariado fue beneficiado con la desestimación de la denuncia presentada por la Agente Fiscal Penal Francisca Gómez Duarte (fs. 68/69), (la desestimación fiscal aún no fue ratificada por la Fiscalía General del Estado, conforme al cuaderno de remisión del Juzgado de Garantías N° 2 a cargo del juez Pedro Darío Portillo, adjunto copia del cuaderno de remisión correspondiente), no menos cierto es que el desempeño en sus funciones deber ser juzgado por el Consejo de Superintendencia en virtud al artículo 4 de la Ley 609/95. En ese orden, cabe decir que el citado funcionario fue sumariado por la supuesta comisión de fraudes al Registro del Automotor, planta verificadora, utilizando diferentes liquidaciones varias veces con un mismo recibo y otro método, utilizando varios recibos pero con la misma liquidación. El funcionario Wildo Valdo Machuca prestaba servicios en la sección Ingresos Judiciales, “tenía a su cargo percibir los cobros de tasas judiciales y por tanto, verificar los documentos presentados a su cobro, como así también, en caso de que el mismo observe algún tipo de irregularidades ya sea del sistema u otro, o cometiese eventualmente algún error, los debería comunicar a su superior jerárquico o en su caso dejar las pertinentes constancias a fin de salvaguardar su función (constancia de haber puesto a conocimiento de su superior y haber recibido las correspondientes instrucciones de corrección, extremo estos, que no constan dentro del Sumario Administrativo y por tanto, las justificaciones verbales del actor no tienen validez”). Que, ante esta circunstancia, el desempeño observado por el referido funcionario ha sido sumamente negligente e inepto. No se ha percatado, no observó, tampoco informó a sus superiores de las irregularidades, visibles a simple vista, acontecidas y en las que aparecía una liquidación con varios recibos o un mismo recibo con varias liquidaciones que resultaron en cobros a través de comprobantes con liquidaciones duplicadas, la existencia de más comprobantes con duplicación de número de liquidación, implicando a todos cajeros y sin rendición de los cobros respectivos, emisión del informe del certificado de antecedentes penales sin relación con el recibo de pago del contribuyente, emisión de dos certificados de antecedentes penales con registro de un único cobro, pero igual el sumariado tramitaba, con todas las consecuencias perjudiciales

que arrojó para el Poder Judicial y específicamente el Registro del Automotor, requisito primordial, la capacidad para el desempeño de la función pública; sin embargo, y en referencia al funcionario sumariado se puede concluir que no cuenta con la idoneidad necesaria para desempeñarse en la función que se le ha encomendado, pues las pruebas existentes en autos así lo confirman. Que, por estas razones se les aplicó una sanción en vista a que la idoneidad para aceptar cargos públicos, y que teniendo en cuenta estas argumentaciones, el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, en uso de sus atribuciones conferidas por la Ley 609/95, en concordancia con el artículo 106 de la Constitución Nacional y también, teniendo en cuenta la Carta Magna en su art.47 inc. 3) referente a la idoneidad para aceptar cargos públicos.

Termina solicitando, que por las razones expuestas, V.E. dicte resolución, rechazando la presente demanda por improcedente.

Y el Magistrado, Arsenio Coronel Benítez, prosiguió diciendo: Que, el actor Wildo Valdo Machuca Cardozo, a través de su representante convencional Abog. Fernando Andrés Beconi, en el presente proceso contencioso-administrativo demanda la revocación de la Resolución N° 171 de fecha 10 de octubre de 2006 dictada por el Consejo de Superintendencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual resuelve destituir al asistente de la Sección Cobro de Escritura de la Dirección de Ingresos Judiciales Wildo Valdo Machuca Cardozo, la cual tiene como base el Dictamen N° 390 de fecha 25 de septiembre de 2006, recaído en sumario administrativo instruídole por el Superintendente General de Justicia.

Que, efectuando una valoración de las pruebas producidas en el juicio, que consisten principalmente en los antecedentes administrativos, se concluye que le asiste razón al recurrente por las razones que se pasan a fundamentar.

Que, en fecha 9 de agosto de 2005 (fs. 23/25 del expte. sumario administrativo a Wildo Valdo Machuca, agregado por cuerda separada) el director administrativo de la Corte Suprema de Justicia eleva un informe, sobre la denuncia realizada por la directora del Registro del Automotor sobre supuestos fraudes al Registro del Automotor, al presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el cual sugiere separar de sus cargos a los funcionarios involucrados, disponer un sumario administrativo, remitir los antecedentes a la Fiscalía y realizar una auditoría externa en las direcciones afectadas. En fecha 11 de agosto de 2005, por Resolución CSCSJ N° 115 (fs. 26 del citado expte.), el Consejo de Superin-

tendencia resuelve: 1) Remitir los antecedentes a la Superintendencia General de Justicia a los efectos de la instrucción de sumario administrativo en averiguación a los hechos denunciados; 2) Designar al Superintendente General de Justicia, como juez instructor en el sumario; 3 Suspender sin goce de sueldo al funcionario de Ingreso Judicial Wildo Valdo Machuca Cardozo hasta tanto dure el sumario administrativo; 4) Remitir los antecedentes a la Fiscalía Gral. del Estado; 5) Disponer que la Dirección Gral. de Auditoría realice una auditoría de gestión interna. A fs. 92/94 (del expte. Sumario Administrativo al Sr. Wildo Valdo Machuca) se halla agregado el Dictamen SGJ N° 390 del Superintendente General de Justicia, en el que sustenta su criterio de ordenar la destitución del funcionario Señor Wildo Valdo Machuca Cardozo, por estar comprobada la irregularidad de su actuación, como la ineptitud e incompetencia en el desempeño de sus funciones de cajero de la Sección Ingresos Judiciales. Como consecuencia de esto último, se dicta la Resolución CSCSJ N°.171, hoy recurrida y que resuelve la destitución del demandante.

Que, existen en autos dos instrumentales probatorias sumamente contundentes que nos conducen a concluir que la resolución recurrida debe ser revocada. A fs. 80/88 del expediente principal se halla agregado el Informe Pericial Contable elaborado por el Lic. Germán M. Bonnin F. en el marco de la causa N° 864/2005 “Wildo Valdo Machuca s/ Producción de Documentos No Auténticos”. La conclusión a la cual arribó el citado profesional y su correspondiente dictamen son transcritos a continuación: “En el periodo julio/agosto 2005 se implementó un nuevo sistema informático en la Dirección de Ingresos Judiciales del Poder Judicial, que no fue suficientemente probado, generándose inconvenientes en el procesamiento de los datos, ya sea por errores de impresiones o por errores en la carga de datos, duplicándose en algunos casos los números de liquidaciones correspondientes a operaciones en el Consorcio del Registro Automotor, pero que en mi opinión, no corresponde a cobros indebidos, sino a errores en la implementación de dicho sistema. Estos errores eran posteriormente subsanados ante el reclamo de los usuarios En la Dirección de Ingresos Judiciales se contaba con un formulario para corrección de errores y anulaciones y estaban designadas las personas que podían autorizar dichas correcciones. El cajero no tenía atribuciones para proceder a realizar anulaciones, los sobrantes no quedaban en poder de los cajeros-liquidadores, sino en Tesorería a las resultas de eventuales reclamos y en caso de faltante el cajero-liquidador debía reponer en

forma inmediata el monto. La Auditoría Interna del Poder Judicial menciona un caso que afecta al Sr. Wildo Machuca en fecha 22 de julio de 2005, pero en el resultado del arqueo de caja el mismo ha tenido sobrante, en el cuadro confeccionado no se determinan faltantes en el periodo analizado. En mi opinión NO existe irregularidad en la gestión del Sr Wildo Machuca Cardozo, como cajero-liquidador en el periodo julio/agosto 2005 y, por lo tanto, no existe perjuicio ni para la Dirección de Ingresos Judiciales ni para el Consorcio del Registro Automotor”. Del dictamen precedentemente expuesto se puede concluir que las situaciones irregulares de las cuales fue acusado el actor y que sirvieron de base para la administración del sumario administrativo en realidad no existieron.

Que, la tesis antes expuesta encuentra otro sustento en las instrumentales de fs.58/69, 84/87 y 88/89 (Expte. Sumario Administrativo a Wildo Valdo Machuca), consistentes en, por un lado, el escrito de la agente fiscal de la Unidad Penal N° 1 de la Fiscalía Barrial N° 3, abogada Francisca Gómez Duarte (identificado como Requerimiento Fiscal N° .171 del 25 de noviembre de 2005 en la Causa N° .864/05 Wildo Valdo Machuca s/ Producción de documentos no auténticos), por el cual requiere la desestimación de la denuncia formulada por la encargada de despacho interina de la Dirección del Registro del Automotor, abogada Martha Sosa, argumentando que “...según el informe realizado por la Dirección General de Auditoría Interna, resulta evidente que el hecho punible denunciado no se ha cometido, en consecuencia no se ha detectado fraudes en el arqueo de caja del funcionario Wildo Valdo Machuca, en perjuicio del Registro del Automotor,... por lo que esta Fiscalía requiere al Juzgado Penal la desestimación de la denuncia formulada en contra del funcionario Wildo Valdo Machuca...”. Seguidamente y por Requerimiento Fiscal N° 20 del 17 de julio de 2006, la citada agente fiscal se presenta en los términos del Requerimiento N° 171 de desestimación de denuncia, volviéndolo a hacer por Requerimiento Fiscal N° .23 del 26 de julio de 2006.

Que, al analizar lo expuesto en párrafos anteriores, nos asiste la clara convicción que los hechos denunciados como irregulares, presuntamente cometidos por el demandante en estos autos e investigados tanto a nivel penal como de auditoría Interna, no ocurrieron, por lo que de aceptar la tesis de una confirmación de resolución, estaríamos castigando una conducta inexistente, con las consecuencias que ello acarrearía, es más, el propio Superintendente General de Justicia, en su Dictamen SGJ N° 390 de fecha 25 de septiembre de 2006 (fs.

92/94 Expte. Sumarial) argumenta que "... en esta jurisdicción administrativa la causa penal es tomada como un antecedente de vital importancia... y que en esta instancia tiene especial consideración a los efectos de determinar la eventual falta administrativa en el que podría haber incurrido el mismo...". Es decir, el propio órgano de control admite indirectamente, al dar tal importancia a la causa penal, que tanto el dictamen del perito como el pedido de desestimación de denuncia emanado de la Fiscalía a cargo del caso, tienen suficiente peso en las resultas del sumario. Sin embargo ello, aconseja sin sustento alguno la destitución del funcionario recurrente, argumentando tan solo ineptitud e incompetencia del mismo. Y he aquí la siguiente aclaración, al actor se lo destituye en virtud de un sumario administrativo para la aclaración de presuntas irregularidades en el ejercicio de sus funciones (duplicación de documentos, producción de documentos no auténticos, fraude) no para investigar si el mismo es o no inepto o incompetente, situación muy diferente a la planteada en la presente causa y para cual, si méritos hubiere, se deberla instruir otro sumario.

Que, en conclusión, no quedó demostrado por ninguna de las vías pertinentes la comisión de hechos irregulares por parte del funcionario señor Wildo Valdo Machuca, por lo que la resolución recurrida debe ser íntegramente revocada.

Que, en base a lo señalado y las disposiciones legales citadas, es indiscutible que la Resolución impugnada se encuentra viciada de irregularidad, por lo que, a mi criterio, corresponde hacer lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, reponiendo al recurrente en su cargo que ocupaba al momento del dictamienento de la resolución recurrida o en su efecto, en otro cargo de igual o similar categoría y remuneraciones, con la regularización de los salarios caídos y adicionales dejados de percibir desde la fecha de la Resolución impugnada. En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas en el orden causado, habida cuenta tuvo que recurrirse a la interpretación de norma legal de conformidad al art. 193 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno, los miembros Magistrados Mario I. Maidana Griffiths y Gregorio Ramón Rolando Ojeda, dijeron: Que se adhieren al voto por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y Sus Fundamentos, El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala,

RESUELVE:

1. Hacer lugar, a la presente demanda Contencioso-Administrativa que promueve el señor Wildo Valdo Machuca Cardozo contra la Resolución N°.171 Del 10 de octubre de 2006 dictada por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, y en consecuencia,

2. Revocar la Resolución N° 171 de fecha 10 de octubre de 2006, dictada por el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia.

3. Imponer las costas en el orden causado.

4. Anotar, notificar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arsenio Coronel Benítez, Mario Maidana Griffiths y Ramón Rolando Ojeda.

Abog. Diego Gamell. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 349

Cuestión debatida: *De las constancias de autos se concluye que existió una acción desplegada por el importador; realizada en forma dolosa, pues los sumariados aun conociendo la posición correcta, procedieron a clasificar incorrectamente la mercadería y en una posición a la que le correspondía un gravamen ostensiblemente inferior al debido, según los informes de la unidad técnica aduanera.*

DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS. Importación. INTN. Instituto Nacional de Tecnología y Normalización.

Tenemos que en este litigio no se discute la potestad de la autoridad de aplicación para la interpretación y clasificación arancelaria, sino más bien que dicha actividad debe realizarse en base a parámetros técnicos y objetivos, como es en el caso de la composición de hilos y telas, por el hecho de que existen centenares o miles de combinaciones producidos por el constante desarrollo industrial, por tanto se requiere conocimientos científicos, instrumentos tecnológicos, normas técnicas de contrastación aprobadas por autoridad competente y ejecutadas por organismos certificados por la respectiva autoridad nacional.

DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS. Importación. INTN. Instituto Nacional de Tecnología y Normalización.

Por ello para la operación de determinación de qué tipos de fibras se encuentra compuesta dicho tejido, es necesario contar con el organismo de certificación y/o acreditación para elaborar con exactitud el resultado que corresponde a la mercancía, como es el Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN), ya que es la única entidad oficial reconocida y cuya misión es certificar los aspectos técnicos, de todo producto sujeto a importación, de la cual la Dirección Nacional de Aduanas no puede apartarse.

Por tanto, es inadmisibles que la Dirección Nacional de Aduanas pueda realizar una interpretación sin determinar la composición EXACTA de la mercancía y es por ello que no puede desconocer el informe elaborado por el INTN, ya que la DNA no cuenta con laboratorios de ensayos técnicos

T. de Ctas. Segunda Sala. 22/07/15. “Edgar R. Robledo Armele c/ Res. N° 247 de fecha 24/05/12, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas” (Ac. y Sent. N° 349).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Se encuentra ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: RAMÓN ROLANDO OJEDA, ARSENIO CORONEL y MARIO MAIDANA GRIFFITH.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Magistrado RAMÓN ROLANDO OJEDA, dijo: Que, en fecha 6 de agosto de 2012, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, la abogada Mirtha Dos Santos en representación del Sr. RICARDO EDGAR ROBLEDO ARMELE a promover Juicio Contencioso-Administrativo contra la Dirección Nacional de Aduanas. Funda la demanda en los siguientes términos: “...*Cumpliendo instrucciones de mi mandante, de conformidad al Artículo 377 y concordantes de la Ley 2.422/04, y a lo dispuesto en la Ley 4.046/2010% promuevo la presente demanda contra resoluciones emanadas de la Dirección Nacional de Aduanas, en adelante también denominada DNA, en el expediente caratulado: ESCLARECIMIENTO DE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL DESPACHO DE IMPORTACIÓN N° 110241c04001623G CONSIGNADO A LA FIRMA PARAGUAY*

TEXTIL S.A. La DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS constituye domicilio en la casa de la calle El Paraguayo Independiente N° 938 casi Colón de la ciudad de Asunción. Los actos administrativos impugnados por esta vía y ruyas nulidades y/o revocaciones se requieren son las siguientes: a) RESOLUCIÓN N° 247/2012 DE FECHA 24/05/2012 DEL DIRECTOR NACIONAL DE ADUANAS QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN N° 01 DE FECHA 02/04/2012. DICTADA POR EL ADMINISTRADOR DE ADUANA DE PUERTOS Y ESTS-BAIES (PUERTO FENIX). El director general de Aduanas, Julio César Cantero Agüero, en adelante el Director, por Resolución N° 247/2012 de fecha 24 de mayo de 2012 NO HACE LUGAR al Recurso de Apelación interpuesto por los señores Ricardo Robledo Armele, Despachante de Aduana, y César Armele Maluff, representante convencional de la firma Paraguay Textil S.A. contra la Resolución N° 01 de fecha 02 de abril de 2012, y CONFIRMA la misma en todos sus términos. La referida resolución fue notificada por cédula de notificación de fecha 11 de julio de 2012. b) RESOLUCIÓN N° 01/2012 DEL 02/04/2012 EMITIDA POR EL ADMINISTRADOR DE ADUANA DE PUERTO FÉNIX; La Resolución N° 01/2012 del 02 de abril de 2012, emitido por el Administrador de Aduana de Puerto Fénix, Francisco Eduardo Sosa, resuelve: Art. 1°. CALIFICAR como infracción aduanera de Defraudación el hecho investigado en el expediente sumarial A.A. PUERTO FÉNIX N° 30.593/11 - D.S.A. N° 06-5/11 carátula ESCLARECIMIENTO DE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL DESPACHO DE IMPORTACIÓN N° 11Q24ICÚ4QQ1623G CONSIGNADO A LA FIRMA PARAGUAY TÉXTIL S.A.", responsabilizando de tal hecho a la firma PARAGUAY TEXTIL S.A. y solidalidariamente a su despachante Sr. Ricardo Robledo Armele, con C.I. N°, 485.621 de conformidad a lo previsto en los artículos 23, 317, 318, 319, 331 y 332 de la Ley N° 2.422/04 "Código Aduanero". Art. 2°. APLICAR a los responsables, la sanción correspondiente a los casos de Infracción Aduanera de Defraudación, conforme a lo contemplado en el Art. 333 del Código Aduanero, que dispone una multa igual al monto del tributo aduanero en que se habría perjudicado el fisco (100 %). Remitir el presente expediente, a la División de Contraloría de esta Administración de Aduana, para realizar el ajuste de 'Re-liquidación', conforme a lo establecido en el exordio de la presente Resolución, posteriormente adjuntar a la Resolución copia de la Re-liquidación practicada, notificándose del ajuste realizado por la Administración Aduanera a la firma afectada. Art. 3°. EJECUTAR la Garantía en Póliza de Seguro N°

38.1511.0002745.000, constituida por la Firma PARAGUA Y TEXTIL S.A., afectada al Despacho N° 11024ic04001623G, por el monto de Gs 60.605.361 (sesenta millones seiscientos cinco mil trescientos sesenta y uno), a favor de la Dirección Nacional de Aduanas. Adjuntar copia de la Re-liquidación elaborada por la División de Controlaría, INTIMÁNDOSE al pago de la diferencia a la firma PARAGUAY TEXTIL S.A y solidariamente al Despachante de Aduanas Ricardo Armele, con CI. N° 485.621. Art. 4°. ADJUDICAR del producido de la multa, el 50% a los denunciantes de la infracción y el restante 50% a la Dirección Nacional de Aduanas, de conformidad a lo previsto en el Art. 334 de la Ley N° 2422/04 "Código Aduanero". Art. 5°. INTIMAR al cumplimiento de la presente Resolución conforme a lo establecido en el art. 379 de la Ley N° 2422/04 Código Aduanero. Art. 6°. NOTIFICAR a las partes, y cumplido archivar: Remítase a la Oficina de Sumarios Administrativos a los efectos pertinentes. Se adjuntan copia de la resoluciones 247/12 del Director de la DNA y 01/12 del Administrador de Aduanas de Puerto Fénix, solicitando su nulidad o revocación íntegra por no hallarse ajustadas a derecho, conforme los fundamentos que seguidamente se exponen. II. SOLICITAR REMISIÓN DE ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS. PLAZO: En primer término conforme el procedimiento vigente, solicito a V.V.EE dispongan que la Dirección Nacional de Aduanas, en adelante DNA, remita el expediente caratulado: "AA. PUERTO FENIX N° 30593/11 - D.S.A. N° 06-5/11 caratulado ESCLARECIMIENTO DE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL DESPACHO DE IMPORTACION N° 11024IC04001623G CONSIGNADO A LA FIRMA PARAGUAY TEXTIL S.A." con todos sus antecedentes, en adelante nombrado como el Expediente Administrativo. Para tal efecto solicito se libre oficio judicial a la DNA, para que remitan los antecedentes administrativos dentro del perentorio plazo previsto en el Art. 236 de la Ley N° 879/81 y Art. 18, inciso B, del CPC. III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS: Las resoluciones administrativas que se impugnan en esta demanda se dictaron en el marco de la siguiente relación de hechos: (i) En fecha 23/02/2011 PARAGUAY TEXTIL S.A, realiza el Despacho de Importación N° 11G24ICG4001623G a través de la Aduana de Puerto Fénix para el ingreso de 757 bultos de tejidos teñidos 97 % poliéster 3 % algodón equivalente a 15.033 kilos netos y un valor imponible de Gs. 229.565.760 en concepto de INDI, servicio de valoración y el IVA respectivo. Cabe destacar que tal como se puede advertir al pie del citado despacho, al mismo le fue asignado

el CANAL ROJO y al dorso del mismo en la casilla «Observaciones e Intervenciones de otras instituciones» consta lo siguiente: Verificado por muestreo artículo 123 Código Aduanero», firmado por el Vista Gustavo Kimser y el Técnico Valorador Paola Patiño. (ii) En fecha 24/02/2011 por Expte, 30593 los Sres. Carlos Aceval (vista de Aduana) y T.S.A. Julio C. Rolén P. (jefe Div. Visturía) presentan denuncia al Sr. José María Zarate (Administrador Aduana Puerto Fénix) ante la Mesa de Entrada de Puerto Fénix de la DNA por mala manifestación y diferencia de gravamen, mencionando que «Cumplimos en informar que se procedió a la verificación de las mercaderías (...), resultando:

MANIFESTADO:

PEDIDO N2 0001/0001: Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos, Criterio legal R.G.I. 1 y 6, se trata de 15.033.600 kilos neto de Tejido Teñidos 97% Polyester 3% Algodón. Marca TIANJIN BASÍTEX INT. TRADING. CO. LTD. Origen: China

Posición arancelaria: 6006.32.00. Gravamen: 0 %

VERIFICADO RESULTÓ:

PEDIDO N° 0001/0001: Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos, Criterio legal R.G.I. 1 y 6, se trata de 15.033.600 kilos netos de tejidos teñidos 97% Polyester 3% Algodón. Marca TIANJIN BASITEX INT. TRADING.CO. LTD. Origen China

Posición arancelaria: 6006.33.00. Gravamen: 16 %

BASE LEGAL: Regla General para la interpretación del SA 1 y 6. Nota Legal de subpartida g), numerales 1) y 3) de la Sección XI. (iii) En fecha 25/05/2011, conforme a la denuncia presentada fue emitido el A.I.S. N° 06-5/11 por el que queda instruido el sumario administrativo respectivo. (iv) En fecha 07/06/2011, tanto la firma PARAGUAY TEXTIL S.A. como el despachante de Aduana Sr. Ricardo Robledo Armele, presentan sus respectivos escritos de impugnación del informe de Visturía que da origen a una liquidación de tributos y multa en razón de que; «(...) entre lo manifestado y lo verificado no existe diferencia y que la mercadería verificada resulto «los demás tejidos de fibra sintéticas tenidas», por lo que la posición arancelaria correcta para el producto es la 600632.00 y no como en forma equivocada lo clasifica el Departamento de Visturía en la 6006.33.00 que corresponde a los demás tejidos de punto con hilados de distintos colores, por lo que no existe falta o infracción aduanera alguna». (v) En fecha 02/04/2012, el Administrador de Aduana Francisco Eduardo Sosa emita la Reso-

lución No. 01/12 por la que se califica como defraudación el hecho objeto de sumario; se responsabiliza del mismo a la firma PARAGUAY TEXTIL S.A. y al Despachante Ricardo Robledo Armele; se condena a la misma al pago de los tributos correspondientes más una multa igual al valor de lo defraudado. La misma fue notificada en fecha 12/04/2012. (vi) En fecha 24/04/2012 Paraguay Textil SA, y el Despachante de Aduanas Ricardo Robledo Armele presentan ante el Director Nacional de Aduanas sus respectivos recursos de Apelación contra la resolución citada anteriormente. (vii) En fecha 24/05/2012, el Director Nacional de Aduanas emite la Resolución Nro. 247, por la que no se hace lugar a los recursos de apelación planteados por el abogado César Armele Maiuff, representante de la firma PARAGUAY TEXTIL, y por el Despachante de Aduanas, Ricardo Robledo Armele, contra la Resolución No. 01/12, dictada por el Administrador de Aduana de Puertos y Estibajes; y se confirma en todos sus términos la resolución recurrida. Los citados actos administrativos son recurridos por PARAGUAY TEXTIL SA. a través de la presente acción, solicitando su nulidad o su íntegra revocación por ser arbitrarias y no hallarse ajustadas a derecho, según se demostrará más adelante en la presentación, con la devolución de los montos adeudados en su consecuencia. IV. CUMPLIMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN: La procedencia del proceso contencioso administrativa queda expedita expresamente al haberse agotado la instancia administrativa al haberse planteado el Recurso de Apelación ante el Director contra la decisión administrativa, conforme a lo dispuesto en el Art. 377 de la Ley N° 2422/2004, no quedando más otra vía que el planteamiento de la presente acción en virtud a lo dispuesto en la citada norma. V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LA DNA: Mi parte promueve la presente demanda por considerar que ambas resoluciones son infundadas, arbitrarias, abusivas e inconstitucionales, ya que contienen errores de hecho y de derecho que violan los derechos del demandante, causando un evidente perjuicio al rechazar el recurso interpuesto haciendo abuso de las facultades de la Autoridad de Aplicación en base a argumentos incongruentes y falaces, remitiéndose a simplemente negar los argumentos fehacientemente probados por nuestra Parte tanto en primera como en segunda instancia administrativa para sin ninguna base técnica ni legal confirmar la decisión del aquo. En el CONSIDERANDO de la Resolución N° 247/12 firmada por el Director Nacional de Aduanas básicamente se alega como fundamentación de su

decisión los siguientes puntos: a) Discusión sobre la asignación de la posición arancelaria del apelante y la DMA; conclusión taxativa del servicio aduanero que no pudo ser desvirtuada por la parte sumariada, el uso de atribuciones interpretativas pal-parte del Código Aduanero y participación del Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN) en la formación del criterio interpretativo; b) Aspectos procesales del sumario: dictamiento de medidas de mejor proveer. c) Rechazo a! cuestionamiento de la parte sumariada sobre los informes técnicos por falta de sustento legal y en base a las atribuciones de la DNA sobre las consultas vinculantes. d) Suficiencia de hechos probados para sostener la calificación de infracción aduanera en Defraudación. En el Expediente Administrativo se conculcan directamente las disposiciones de la Ley N° 2422/2004, específicamente en lo dispuesto en la parte pertinente del Art 323. Asimismo, con ello, se ha vulnerado el debido proceso y la defensa en juicio consagrados expresamente en los Art 16 y 17 de la Constitución Nacional, conforme se demostrará en la presenta demanda. 1. DISCUSIÓN SOBRE LA ASIGNACIÓN DE LA POSICIÓN ARANCELARIA DEL PRODUCTO SEGÚN EL APELANTE Y LA DNA. El Director Nacional de Aduanas, en el párrafo segundo del CONSIDERANDO de la Resolución N° 247/12 manifiesta: «Que, en lo que respecta al fondo de la cuestión, en primer lugar hay que señalar que los apelantes, en toda su presentación manifiestan que tanto denunciantes, como el servicio aduanero propiamente dicho pretenden asignar a la mercadería importada por la sumariada una posición arancelaria que no corresponde. Sin embargo, en autos se puede observar sin cuestionamiento alguno que todos los informes de la unidad técnica aduanera encargada de la verificación física de las mercaderías, tanto de la verificación efectiva, como de las documentaciones analizadas, concluyen taxativamente, sin duda alguna, que la posición arancelaria que corresponde a dicha mercadería amparada por el Despacho de Importación N° 110241C04QG1623G es la 6006.33.00 con gravamen del 16 por ciento. Tal aseveración, basada en cuestiones eminentemente técnicas, sustentadas en normas jurídicas, no fue desvirtuada por la parte sumariada». Francamente, impresiona dicha categórica afirmación cuando ha sido totalmente lo contrario, no solo la descripción del artículo MANIFESTADA por el importador y lo VERIFICADO por los denunciantes concuerdan textualmente, sino que adicionalmente fue la parte sumariada la que irrefutablemente probó en autos a través de una prueba pericial del artículo en cuestión avalada por estudios técnicos de la única

institución pública del Estado paraguayo encargada de realizar este tipo de certificaciones, mientras que lo realizado por la DNA constituye un abuso de autoridad al manipular las atribuciones de la Ley 2422/04 para, bajo argumentos falaces y sin ningún sustento técnico «interpretar» la mercadería transformándola en cuanto a su naturaleza y/o composición en otro bien gravado con un arancel que de ninguna manera corresponde pagarlo por mi mandante; así como no lo hizo otro importador en base a un criterio «interpretativo» diferente de la Autoridad de Aplicación». 1.1 IDÉNTICA DESCRIPCIÓN DEL PRODUCTO ENTRE LO MANIFESTADO POR PARAGUAY TEXTIL SA. Y LO VERIFICADO POR LOS DENUNCIANTES. RATIFICACIÓN DE LA POSICIÓN ARANCELARIA EN BASE A LA CITADA DESCRIPCIÓN DEL PRODUCTO. En efecto, han sido el Administrador de Aduanas Francisco Eduardo Sosa en la Resolución 01/12, posteriormente ratificada por el Director General de Aduanas por Resolución 247/12,- quienes no han podido probar o explicar cómo es que los denunciantes, sea en el propio despacho de importación como en su denuncia, consignan la misma descripción del producto en el ítem correspondiente «VERIFICADO» como idénticamente se aprecia en el ítem «MANIFESTADO» del despacho de importación presentado por nuestra parte, ya que en ambos figura la misma descripción «Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos». Y éste no es un dato menor sino el principal para dilucidar el thema decidendum, ya que dependiendo de la descripción de la mercadería deviene la asignación de la clasificación arancelaria o NCM correspondiente, por lo que para una mejor apreciación se reproduce textualmente la descripción de productos de las respectivas posiciones arancelarias sostenidas por ambas partes extraído del texto de la propia denuncia (a fs. 2) que se realiza en los siguientes términos: «Cumplimos en informar que se procedió a la verificación de las mercaderías (...), resultando:

MANIFESTADO:

PEDIDO N° 0001/0001: Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos. Criterio legal R.G.L 1 y 6, se trata de 15.033.600 kilos neto de Tejido Teñidos 97% Polyester 3% Algodón. Marca TIANJIN BASITEXINT, TRADING CO.D. Origen: China Posición arancelaria: 6006.32.00. Gravamen: 0 %

VERIFICADO RESULTÓ:

PEDIDO N° 0001/0001: Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos. Criterio legal R.G.L ly6, se trata de 15.033.600 kilos netos de tejidos

teñidos 97% Polyester 3% Algodón. Marca TIANJIN BASITEX INT. TRADING CO. LTD. Origen China Posición arancelaria: 6006.33.00. Gravamen: 16%.

BASE LEGAL: Regla General para la Interpretación del SA 1 y 6. Nota Legal de subpartida g), numerales 1) y 3) de la Sección XI.

Sobre el punto, la descripción del producto «Los demás tejidos de punto TEÑIDOS» corresponde a la partida arancelaria 6006.32.00.

En tanto, la descripción del producto «Los demás tejidos de punto CON HILADOS DE DISTINTOS COLORES», corresponde a la 600633.00, por lo que dicha descripción es la que en todo caso debería haber sido alegada en la denuncia para que efectivamente le sea asignada esta partida con gravamen, lo cual no fue realizado por los denunciantes sencillamente porque el artículo en cuestión no está compuesto por hilados de distintos colores. En el caso en cuestión, lo llamativo es que la descripción integra de la mercadería es totalmente coincidente entre lo MANIFESTADO y lo VERIFICADO, pero caprichosamente los VISTAS denunciantes, y a posteriori el Administrador de Aduanas y el Director Nacional de Aduanas, le pretenden asignar un párrafo arancelario desajustado de la descripción, y esto es patente e incuestionable pues según la propia acta de denuncia dice que el tejido es «TENIDO», sin embargo los denunciantes y la DNA pretenden asignarle el párrafo arancelario de un TEJIDO CONSTRUIDO PREVIAMENTE CON HILADOS DE DISTINTOS COLORES, dos cosas que son totalmente diferentes, admitido por los propios denunciantes conforme a la descripción del producto arriba reproducida. En conclusión sobre este punto, al menos desde el marco de la discusión que emana de la denuncia en la que entre lo «Manifestado» y lo «Verificado» no existen diferencias, la discusión estriba en cuál es la partida arancelaria que ampara a «los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidas», y esto es de aplicación simple de la nomenclatura arancelaria y de la cual se desprende sin ningún tipo de dudas que le corresponde el 600.632.00. Para que los tejidos sean clasificados en la partida 6006.33.00 como argumentan los denunciantes y fuera sostenido en fase administrativa, dichos tejidos deben ser «Con hilados de distintos colores», lo cual no es el caso de marras ni tampoco fue descripto así por los denunciantes en su propia denuncia. Si bien este argumento bastante simple y elocuente fuera esgrimido en primera instancia y luego en el Recurso de Apelación ante el Director Nacional de Aduanas, y de hecho se reproduce textualmente en el RESULTA, - específicamente en el primer párrafo de la hoja N° 2 de la Resolución N° 247/12 en el

CONSIDERANDO no se hace absoluta mención a esta circunstancia fundamental para dilucidar el Thema decidendum, por lo que al menos en lo que atañe a este punto efectivamente no fue desvirtuado por la DNA en ninguna de las dos instancias, mientras que fue debidamente fundamentado por el apelante de manera patente mediante el propio despacho de importación y la denuncia respectiva. Sencillamente, si la descripción del producto hecha por los denunciantes (VERIFICADO) fue «Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos» idéntica a la realizada por nuestro mandante (MANIFESTADO), el mismo producto NO puede ser clasificado en la partida arancelaria 6006.33.00 que corresponde a la descripción «Los demás tejidos de punto CON HILADOS DE DISTINTOS COLORES», habiendo sido la descripción anterior - es decir aquella que se refiere a los TEÑIDOS - la que sí fuera probada en el sumario administrativo por nuestro mandante mediante las pericias técnicas pertinentes que se describen a continuación. 1.2 POTESTAD DE INTERPRETACION Y CLASIFICACION ARANCELARIA DE LA DNA. ROL DEL INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA Y NORMALIZACION (SNTN). Dicho lo anterior, y retomando el orden del hilo de la argumentación del CONSIDERANDO de la Resolución recurrida 247/12, el Director de la DNA continúa de la siguiente manera: «Tal aseveración, basada en cuestiones eminentemente técnicas, sustentadas en normas jurídicas, no fue desvirtuada por ja parte sumariada. Consecuentemente, dicha clasificación arancelaria determinada por el servicio aduanero, es la que debe ser considerada correcta, en forma irrefutable, tal como está establecida en el artículo 385, Numeral 5 de la Ley N° 2422/04, Código Aduanero, que dice: «FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS. De conformidad a las disposiciones de este Código, sus normas reglamentarias y complementarias le compete: 2) Aplicar las normas relativas a clasificación, origen y valoración de mercaderías». Esta función, la Institución aduanera la realiza a través del Departamento de Visturía y de su cuerpo de funcionarios Vista, según lo establecido en el artículo ya citado y lo dispuesto en el artículo 390 del cuerpo legal mencionado)' de la Resolución DNA N° 173/04, por la que se establece la estructura orgánica del Departamento de Visturía y se asigna competencias del mismo. Consecuentemente, la determinación correcta de la posición arancelaria que corresponde a la mercadería amparada por el Despacho de Importación N° 11024IC04001623G, está enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, y no puede ser considerada, por lo Lanío, arbitraria y mucho menos

ilegal, tal como lo manifiestan los recurrentes sin ningún sustento legal. Aquí es dable recalcar que los informes técnicos, ensayos etc. realizados por otras instituciones del Estado o del sector privado, de ninguna manera pueden constituirse en forma taxativa lo correcto en el ámbito aduanero. Todo estos elementos, sin lugar a dudas, coadyuvan a la gestión aduanera, pero en las cuestiones relativas a la interpretación y clasificación arancelaria de las mercaderías, corresponde con, exclusividad a la Dirección Nacional de Aduanas, según la legislación aduanera vigente. Este argumento es ciertamente falaz, ya que nuestro mandante no está discutiendo la potestad de la autoridad de aplicación para la interpretación y clasificación arancelaria, sino más bien que dicha actividad debe realizarse en base PARÁMETROS TÉCNICOS Y OBJETIVOS, más aún cuando como en el caso de la composición de hilos y telas por existir centenares o miles de combinaciones producido por el constante desarrollo industrial, se requieren conocimientos científicos, instrumentos tecnológicos, normas técnicas de contrastación aprobadas por autoridad competente y ejecutadas por organismos certificados por la respectiva autoridad nacional. La determinación de la composición de un determinado bien en particular como el presente no es un acto de fe, no está sujeto a un criterio dogmático donde porque un cierto ente tiene ciertas atribuciones legales se interpreta la norma y la sustancia conforme a su capricho. La argumentación esgrimida en el texto reproducido básicamente nos indica que por ser la autoridad de aplicación con facultades interpretativas significa que se debe aceptar la idea que existen elefantes rosados que vuelan, o yendo a un ejemplo menos burdo que la DNA tiene el conocimiento, instrumental y normas de contrastación - autorizadas por Ley y reconocidos por organismos certificadores - para determinar si una caldera acuatubular tiene una producción de vapor inferior, igual o superior a 45 t/hora, ya que dependiendo si supera o no dicho umbral será catalogado como partida arancelaria 8402.11.00 o bien 8402.12.00, determinación fundamental a realizar ya que dependiendo de ello tendrá un arancel cero o del 2 %, respectivamente. La potestad interpretativa y de asignación de clasificación arancelaria es una actividad reglada para la DNA, tal cual lo menciona el Director en la Resolución respectiva, y que en este caso en particular como en otros que existieran dudas se debería realizar a posteriori del organismo certificador ya que responde efectivamente al resultado previo suministrado por el mismo, y no a priori como ocurrió con la denuncia o bien realizada al margen de lo individualizado por el organismo certificador ya con el resul-

tado del ensayo técnico que obra a fojas 62 mediante la muestra ensayada de! artículo en discusión. Aplicando dicha regla a este caso, basta apelar al sentido común para preguntarnos cómo es posible que cualquier ser humano sin medios técnicos muy especializados pueda determinar con tanta EXACTITUD que las fibras de la muestra ensayada está compuesta por algodón en un 4,15 % y poliéster en un 95,85 %. Es sencillamente imposible a menos que se tenga la tecnología y las normas de contrastación, lógicamente con aprobación previa de organismo competente. Lógicamente para semejante operación de determinación en todos los países se cuenta con los organismos de certificación y/o acreditación como es el INTN, y por ello es inadmisibles que la DNA pueda realizar una interpretación motus proprio sin determinar la composición EXACTA de la mercadería, que en casos altamente complicados como el presente lo realizan dichos organismos especializados autorizados, y que aun cuando haya sido determinado exactamente por dicho organismos certificador la Autoridad de Aplicación realice una interpretación y clasificación totalmente al margen de dicho resultado técnico. Respecto al sistemas nacional reglado de certificación y el reconocimiento nacional e internacional del INTN como órgano certificador para este tipo de ensayos técnicos, basta remitirse a la Ley LEY N° 2.279/03 «QUE MODIFICA Y AMPLÍA LA LEY N° 1.028/97 «GENERAL DE CIENCIAS Y TECNOLOGÍA», cuyos artículos 15 establece que «el Organismo Nacional de Acreditación - ONA, dependiente del CONACYT, como parte integrante del Sistema Nacional de la Calidad es la institución responsable de dirigir y administrar el Sistema Nacional de Acreditación y otorgar la acreditación a nivel nacional» mientras que el art. 16 establece que el ONA tendrá como función principal otorgar la acreditación a los siguientes organismos, con el fin de habilitarlos para realizar actividades tanto en el ámbito obligatorio como voluntario: a) Laboratorios de ensayo y calibración; b) Organismos que realicen la certificación de productos, de sistemas de gestión de calidad o gestión ambiental, así como la certificación de personas; c) Organismos que realicen inspección o actividades similares de verificación y control; d) Otros organismos o entidades que requieran de acreditación o evaluación de la competencia de sus servicios, de acuerdo a sistemas internacionalmente reconocidos. Además, basta reproducir ciertos párrafos del CONSIDERANDO del DECRETO N° 3.900/10 «POR EL CUAL SE REGLAMENTAN LOS ARTÍCULOS 15 Y 16 DE LA LEY N° 2.279/03 «QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS, ls, 26, 39, 5a, 6a, 7a, 8S 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21 Y 22 Y

AMPLÍA LA LEY N° 1.028/97 «GENERAL DE CIENCIAS Y TECNOLOGÍA», a fin de dejar sentado que: i) El Paraguay es miembro de la Organización Mundial de Comercio - OMC y signatario del acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio - OTC. ii) El Paraguay a través del Instituto Nacional de Tecnología, Normalización y Metrología - INTN es miembro de la Organización Internacional de Normalización - International Standardization Organization - ISO, que genera las normas internacionales reconocidas por la OMC para lograr la armonización de los Sistemas de Evaluación de la Conformidad. iii) El Paraguay ratificó la Ley 2953/2006 «QUE APRUEBA EL CONVENIO INTERNACIONAL DEL SISTEMA ARMONIZADO DE DESIGNACIÓN Y CODIFICACIÓN DE MERCANCÍAS, Y EL PROTOCOLO DE ENMIENDA AL CONVENIO INTERNACIONAL DEL SISTEMA ARMONIZADO DE DESIGNACIÓN Y CODIFICACIÓN DE MERCANCÍAS» en el cual se establece la uniformidad de los sistemas de codificación de mercaderías. iv) Es necesario salvaguardar la competencia técnica de los organismos de evaluación de 1; conformidad, que prestan servicios en el territorio nacional en virtud al cumplimiento de la; reglamentaciones técnicas, otorgando confianza y credibilidad en los sistemas de control de calidad que implementen los Organismos del Estado, así como también se apoye la labor de sector productivo para el mejoramiento de la competitividad y la inserción de los productos nacionales en mercados exigentes. v) La acreditación es considerada como la actividad reconocida internacionalmente que comprueba y verifica la competencia técnica de los Organismos de Evaluación de la Conformidad - OECs. En tal sentido, el citado Decreto No. 3900/10 contiene provisiones específicas para el caso en cuestión en el Capítulo IV «De la acreditación de Organismos de Evaluación de la Conformidad que prestan servicio a Entidades del Estado paraguayo». Conforme a su art. 5° «Todos los Organismos de Evaluación de la Conformidad, entendiéndose por estos a los organismos de certificación de productos, de sistemas y/o personas, organismos de inspección o verificación, laboratorios de ensayo y calibración y laboratorios clínicos que prestan servicios a los Organismos y Entidades del Estado, deberán estar acreditados por el Organismo Nacional de Acreditación - ONA, a fin de ofrecer suficientes garantías sobre la competencia técnica de los servicios prestados y confianza a los consumidores. Respecto a la necesidad de acreditación, el Art. 7° estipula: El Organismo Nacional de Acreditación - ONA, realizará las acreditaciones de los Organismos de Evaluación de la Conformidad de acuerdo

a normas internacionalmente establecidas para el efecto. En caso de ser necesario incorporará a sus programas de acreditación requisitos adicionales de acuerdo a las reglamentaciones técnicas que dicten las entidades competentes. Incluso, se especifica en el artículo 8 que «Todos los Organismos de Evaluación de la Conformidad y los Organismos y Entidades del Estado afectados por el presente Decreto. así como el Organismo Nacional de Acreditación -ONA utilizarán, las normas nacionales emitidas por el Instituto Nacional de Tecnología, Normalización y Metrología - INTN. En caso de no existir normas paraguayas, se utilizarán las normas internacionales vigentes que sean aplicables». Asimismo, en Metrología el art. 9 establece: «Todos los Organismos de Evaluación de la Conformidad y en especial los laboratorios de ensayo y calibración deberán establecer la trazabilidad de los equipos de medición de acuerdo a los patrones nacionales establecidos por el Instituto Nacional de Tecnología, Normalización y Metrología - INTN, A falta de ellos se regirán por las directrices internacionales aplicables». Finalmente, la competencia específica y de referencia como organismo de certificación del Estado paraguayo están expresamente establecidos por Ley 2.575/2005, en cuya Carta Orgánica figuran como fines los siguientes: Artículo 3°. Realizar actividades científico-tecnológicas, prestación de servicios, innovación e investigación en su sede central o centros regionales creados por la Institución. 3.2. De la asistencia: b) participar y avalar, mediante certificación técnica, los pliegos de bases y condiciones de las licitaciones públicas donde se requiera la intervención del INTN, llamados por las entidades que forman parte del Estado y sociedades mixtas, para garantizar las especificaciones de insumos, productos, diseños, equipos e instalaciones a ser utilizados. d) asistir a los sectores públicos y privados mediante trabajos técnicos en análisis y/o ensayos de insumas, productos y sub productos, nacionales e importados. e) realizar trabajos de peritaje técnico en las áreas de investigación, asistencia técnica en el campo de las actividades científico-tecnológicas. g) evaluar y certificar instalaciones, productos y personal. Toda esta estructura legal de acreditación tiene como fuente material los tratados internacionales, en este caso en el ámbito del MERCOSUR, ya que por Decreto N° 8.064/06 «se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las Resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR referentes al SGT N° 3 Normas Técnicas, y en especial de la Resolución GMC 40/93 «De la Estructura Nacional de Acreditación», por la que se «recomienda a cada Estado Parte implemento su propia Estructura

Nacional de Acreditación para lograr la efectiva transparencia de la certificación y; recomienda que ésta estructura sea armonizada entre los Estados Partes y compatibles con las directrices de ISQ/IEC (International Standards Organization) y del IAF (International Accreditation Forum), de modo a permitir su mutuo reconocimiento». Aparentemente nada de iodo esto es válido para la Dirección Nacional de Aduanas, la cual se atribuye la potestad - bajo el argumento falaz de la «interpretación» - de «certificar» la composición de productos fuera de dicho marco legal internacional, ya que en este caso su dictamen final es totalmente contrario al del INTN como en su momento fue demostrado en el sumario administrativo y lo volvemos a reiterar a continuación. 1.3 RESULTADO DEL INFORME DE ENSAYO DEL INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y NORMALIZACIÓN (INTN). Hemos tenido que realizar esta disquisición del sistema de certificación y acreditación de laboratorios de ensayo sencillamente para demostrar que, a contrario sensu de lo manifestado por el Director Nacional de Aduanas que “de ninguna manera pueden constituirse en forma taxativa lo correcto en el ámbito aduanero”, que la DNA para realizar su actividad administrativa reglada de clasificación y asignación de partidas arancelarias debe estarse a los resultados emitidos por los informes técnicos del INTN en cuanto a la composición de producto. Y ahora yendo al punto cardinal del thema decidendum, corresponde mencionar cual fue el resultado del ensayo realizado por el INTN. En función de la objeción de la clasificación arancelaria practicada por la DNA, hemos consentido y avalado que la DNA remita la muestra extraída del artículo por la propia DNA al INTN arrojando el siguiente resultado en el INFORME DE ENSAYO Text N° 68/2011 con número de entrada 41029/2011 de fecha 26/04/2011 (fs. 124): Ver cuadro a fojas 34 de autos. Como se puede apreciar en el citado INFORME DE ENSAYO realizado sobre la mercadería que ampara el despacho 11024IC040001623G, en la segunda columna titulada «Ensayos», en el ítem 3 respecto a si es tejido teñido o hilados de distinto color, se lee en la tercera columna contigua titulada «Resultados» la siguiente frase: «3. Tejido teñido», por ende la única prueba válida emitida por el organismo certificador expresa clara e indubitadamente que el tejido es teñido. A los efectos de una mayor y acabada comprensión de ese Tribunal respecto al resultado del ensayo del INTN, nos reservamos el derecho, si necesario fuere, de solicitar una nueva prueba pericial a fin de que el perito pueda explicar la diferencia existente entre un tejido teñido y el tejido correspondiente al párrafo arancelario «Los

demás tejidos de punto CON HILADOS DE DISTINTOS COLORES» que según los denunciantes corresponde a la muestra ensayada en cuestión. Es inaudito que la DNA pretenda desconocer el informe del INTN, no teniendo la DNA laboratorio de ensayos técnicos alguno. De hecho, si aplicamos por analogía un caso similar al tratarse de la composición de telas para uniformes de la Comuna de Asunción, el cual lo mencionamos por ser un hecho notorio de público conocimiento al haber sido publicado en fecha 18 de Enero de 2012 en el Diario ABC, los informes técnicos del INTN confirmaron las publicaciones de ABC en las que se denunció que los uniformes adquiridos por la Comuna no cumplían el pliego de bases y condiciones, por lo que el municipio decidió rescindir el contrato con la firma proveedora. Esta situación deja en total indefensión al importador o exportador ante una necesidad de identificar las aristas constitutivas de un producto para poder declarar certeramente el párrafo arancelario que le corresponde, pues con esta postura la investigación previa (análisis técnico) ha dejado de tener valor para la DNA dejando al importador a expensas de cualquier interpretación arbitraria haciendo un abuso de autoridad de las potestades establecidas en el Código Aduanero, con el agravante de que es el INTN la única institución oficial que puede emitir este tipo de análisis. Y tratándose de tejidos la complicación es aún mayor, por la gran variedad de opciones en materia de composición y construcción, peso y acabado con el que se puede producir los tejidos en los procesos industriales. Por ello, contrariamente a lo expresado por el Director Nacional de Aduanas en el segundo párrafo del CONSIDERANDO de la Res. 247/12 que «la determinación correcta de la posición arancelaria que corresponde a la mercadería amparada por el Despacho de Importación No 11024IC04001623, está enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, y no puede ser considerada, por lo tanto, arbitraria y mucho menos ilegal, tal como lo manifiestan los recurrentes sin ningún sustento legal» deviene totalmente sin fundamentos, ya que efectivamente la determinación no está enmarcada en el marco legal porque la «interpretación» de la DNA –que más bien es un abuso de autoridad– no se basa en el elemento objetivo técnico del dictamen del INTN, por lo que es sin lugar a dudas arbitraria y por lo tanto ilegal, mientras que la DNA fue la que no ha aportado fundamentos técnicos objetivos ni valederos escudándose más bien en las potestades del art. 385, numeral 5 de la Ley 2422/04 como una herramienta para fundar interpretaciones antojadizas y caprichosas, lo cual a su vez se evidencia aún más con el cambio de criterio «interpretativo»

PERO para despachos de otros importadores de la misma mercadería proveniente de la misma fábrica objetada en estos autos. 1.4 INCONSISTENCIA DE LA POSICIÓN DE LA D.N.A. ANTECEDENTES DE LA EXISTENCIA DE DESPACHOS DE IMPORTACIÓN. INCLUSO DE OTROS IMPORTADORES Y CON FECHA POSTERIOR. EN LOS CUALES LA D.N.A. INTERPRETA EL MISMO ARTÍCULO IMPORTADO DE LA MISMA FÁBRICA EXPORTADORA COMO CLASIFICADA EN LA PARTIDA 6006.32.00. Otro hecho que denota fehacientemente que la Resolución del Director Nacional de Aduanas ha sido arbitraria, es que aún cuando en el propio RESULTA (párrafo primero de la hoja nro. 3) de la Res. 247/12 se reproduce textualmente la argumentación de mi mandante respecto a la falta de igualdad y congruencia en el criterio «interpretativo» de la DNA utilizado para idénticos productos ingresados por otros importadores incluso de la misma fábrica exportadora - a los que sí le atribuyen la partida 6006.32.00 - luego en el CONSIDERANDO no se hace ningún descargo, explicación o siquiera mención del punto, lo cual es lógico ya que si la DNA admitiera dicha «inequidad interpretativa» toda su teoría sería echada por tierra, y por ende correspondería dar la razón a nuestro mandante ratificado por los informes técnicos del INTN. Efectivamente, en la apelación ante el Director de la DNA se había señalado que «En La hipótesis de la voluntad artera de generar un daño a Paraguay Textil S.A. -por razones que no conseguimos entender- se hace más evidente cuando se prospecta los despachos de todos los importadores que desaduanizaron con la partida 6006.32,00, encontrándose que todos los productos iguales, inclusive exportados por la misma empresa Tianjin Basi-tex Int. Trading Co Ltd. como es el caso del despacho 11017ic0400942p realizado por la empresa Achón Bau S.A. de fecha incluso posterior del 9 de noviembre de 2.011, fueron clasificados en la partida 60u6.32.0Q v no en la 600.633.00, generándose una discriminación negativa con el cambio de actitud evidenciada en este sumario, pues la clasificación continua y uniforme del artículo ha sido en la partida 6006.32.00 a pesar de los sendos dictámenes del departamento de visturía. Por ende, dado que dicho argumento figura en la propia Res. 247/12 y nada se menciona sobre dicha circunstancia, éste solo punto amerita para revocar el citado acto administrativo por su manifiesta arbitrariedad, parcialismo e ilegalidad, como prueba -por omisión- de la falta de fundamentación del criterio «interpretativo» fuera de todo rigor técnico objetivo, por lo que desde ya solicitamos a este Tribunal tener en cuenta esta circunstancia y que oportunamente

se haga traer a la vista el despacho de importación 11017IC0400942p de fecha 9 de noviembre de 2.011 para su apreciación en el periodo probatorio. 2. CUESTIONAMIENTO DE LA DISPOSICIÓN DE MEDIDAS DE MEJOR PROVEER DISPUESTAS POR EL JUEZ INSTRUCTOR DE SUMARIOS ADMINISTRATIVOS. Si bien el Director se ratifica en la Res. 247/12 que la fijación de una medida de mejor proveer para introducir una prueba testifical habiéndose cerrado el periodo de prueba y presentados inclusive los alegatos, limitándose a decir que está sustentado en el artículo 364 de la Ley No. 2422/04, no realiza el descargo de otro de los motivos por los cuales nuestro mandante ha solicitado la nulidad de dicha actuación procesal, ya que lo que arroja mas duda aun es que, supuestamente, se le cita al vista de aduana primero para el día 21 de marzo de 2012 y luego para el día 27 de marzo, y sin embargo el acta de su testimonio es del día 28 de marzo de 2012, por lo tanto dicha comparecencia no podría haberse realizado por el transcurso de la fecha fijada para la misma. Por otro lado la medida de mejor proveer pretendió que Gustavo Kimser, que no fue ni figura como denunciante en ningún momento, se ratifique en una denuncia que él nunca realizó ni firmó, lo cual evidencia la arbitrariedad del procedimiento, la falta de congruencia y bases legales de la denuncia y la respectiva clasificación arancelaria. Nos preguntamos, porqué siendo funcionario VISTA bajo cuya inspección directa estuvo el despacho, en su debido momento no participó de la denuncia y viene a ratificarla posteriormente luego de que todo el proceso sumarial se haya desarrollado. Tampoco no explica - ni el juez sumariante tampoco le interroga - cómo puede clasificarse la mercadería en la partida 6006.33.00, cuando que el mismo KIMSER aceptó y tampoco nunca fue modificada la descripción (VERIFICADO RESULTO) por terceros de «Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos», por ello esta declaración deviene nula por carecer de los elementos de forma y fondo para que sea válida, constituyéndose en otra arbitrariedad procesal sin fundamento lógico ni técnico. Otro detalle relevante que no fuera mencionado en ningún momento por la Res. 247/12, pero sí alegado en el Rec. de Apelación ante el Director de la DNA, es que la denuncia nunca fue ratificada por los denunciantes, es decir Carlos Aceval ni Julio Rolón (que no aparece en el despacho de importación para poder clasificar el bien en cuestión), y por lo tanto nunca se les preguntó cómo es posible que fueran clasificados en la partida 6006.33.00 cuando queda admitido en la denuncia que la descripción del producto es la misma entre lo MANIFESTADO por el importador y lo VERI-

FICADO por los funcionarios Vista o argumentado por los denunciantes. Aquí realmente la cuestión es muy sencilla y la pregunta cae de maduro, pero ninguno de los denunciantes o firmantes de la resoluciones administrativas no es que no lo hayan fundamentado, sino que ni siquiera lo mencionaron durante todo el proceso sumarial. 3. RECHAZO DE LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO TÉCNICO DEL INFORME D.V.65/07. DERIVADO DE UNA CONSULTA VINCULANTE DE LUIS FERNANDO ROBLEDO PERRUPATO. INFORME RATIFICADO POR OTROS INFORMES POSTERIORES.: LA RES. 247/12 expresa que el rechazo y el cuestionamiento realizado por los recurrentes no tienen sustento legal alguno en base al Derecho de Formular Consultas establecido en el art. 48 Numeral 1 y 3 de la Ley 2422/04, por lo que el INFORME DV 65/07 tiene carácter resolutivo y queda firme y aplicable para todos los casos similares. No obstante, esto también es una media verdad ya que como hemos mencionado anteriormente dicho criterio no fue utilizado para el despacho 11017lc0400942p realizado por la empresa Achón Bau SA. de fecha incluso posterior del 9 de noviembre de 2ml. clasificado en la partida 6006.32.00 y no en la 600.633.00. por lo que no deviene aplicable el numeral 2 del cuerpo legal mencionado ya que los efectos vinculantes de dicha decisión – en el supuesto que estuvieran fundadamente correctos - han perdido su vigencia porque no se mantuvieron actuales los elementos tenidos en cuenta los fines de emitir la decisión, es decir existe un criterio - al menos - ambiguo. Y esto es totalmente aplicable a la composición del producto arrojada por el INFORME DE ENSAYO DEL INTN. Dejando afuera la cuestión del párrafo anterior, tampoco la Res. 247/12 del Director de la DNA hace mención a lo argumentado en el Recurso de Apelación, en el sentido que la resolución 01/12 (a fs. 189) cuando se refiere al informe técnico D.D. Ne 176/11 utiliza métodos extravagantes para confundir, pues utiliza un informe de la OMA (fs. 81) que describe como se clasificarían los artículos en las partidas 6006.33.00 y 6006.32.00 a partir de poseer ciertas características constitutivas. Pero desde el punto de vista que dicho informe se fundamenta sobre la base de hipótesis teóricas, no puede utilizarse para concluir absolutamente nada desde el punto de vista técnico del producto ya que para responder a la consulta a la OMA no le fue facilitada el trozo del tejido del presente caso, entonces no pudo existir una individualización que lleve a la conclusión que por «interpretación» - encima sobre bases teóricas - llega la DNA. Ahora, efectivamente sería perfectamente válido y compartido por nosotros si partimos de un

análisis de ensayo técnico que nos proporcione las características constitutivas que nos permitan aplicar el razonamiento teórica expuesto, lo cual no ha ocurrido con la OMA. No obstante, aparte de considerar que dicho Informe no puede ser considerado válido para tomar una decisión concluyente ante la falta de provisión por parte de la D.N.A. de la muestra correspondiente a fin de determinar la naturaleza del tejido, el mismo es igualmente válido a favor de la posición de la otra partida 6006.32.00, ya que expresamente menciona: «Sí la tela, sin embargo, era coloreada sólo por el proceso de teñido, es decir, el color original de los hilos es de color blanco, sería considerada como Telas de tejidos teñida. Sobre esta base, la Secretaría es de la opinión de que ¡as telas en cuestión se clasifican en la subpartida 6006.32 mediante la aplicación de las reglas generales interpretativas 1 y 6». Por ende, tanto el INFORME TÉCNICO D.D, 176/11, y sus antecedentes en los cuales se basa 125/11 y 65/07 no pueden ser aplicables al no haberse proporcionado la muestra a fin de que la OMA decida puntualmente el criterio para este tejido, sea 6006.33.00 o 6006.32.00, independientemente de la caracterización realizada por el ÍNTN que certifica la composición del producto en cuestión. 4. INAPLICABILIDAD DE LA CALIFICACIÓN DE DEFRAUDACIÓN DEL HECHO OBJETO DE LA PRESENTE DEMANDA. El Director de Aduanas, respecto a la calificación de INFRACCION ADUANERA DE DEFRAUDACIÓN realizada por el Administrador de Aduanas de Puerto Fénix, se limita en la página 5 de la Res. 247/12 a mencionar sin siquiera esgrimir una fundamentación que «por lo que corresponde que esta DNA ratifique dicha calificación, y la declaración del reajuste de los tributos y multa aplicables al caso investigado; la de responsabilidad de los sujetos sumariados ya citados precedentemente, y de la ejecución de la garantía constituida a favor de la DNA». Como lo hiciéramos durante el proceso sumarial, desde ya y basado en lo anteriormente expuesto, rechazamos rotundamente que el hecho objeto del presente sumario se encuentre inmerso en la calificación de DEFRAUDACIÓN prevista en el art. 331 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”. Recordamos que el citado art. 331 determina que «se considera defraudación en toda operación que, por acción u omisión, realizada en forma dolosa, con la colaboración de funcionarios o sin ella, viole expresas disposiciones legales de carácter aduanero, y se traduzca o pudiera traducirse si pasare inadvertida, en un perjuicio a la renta fiscal siempre que el hecho no configura contrabando u otro hecho punible». Tal como se puede apreciar del artículo reproducido, un requisito para dicha calificación

es el dolo, cosa que no ha existido de ninguna manera en nuestra parte ni tampoco ningún tipo de declaración falsa o inexacta de la base imponible. La declaración presentada por nuestra parte se ajusta totalmente a la verdad, ya que la propia factura de la empresa Tianjin Basitext Int Trading Co Ltd. clasifica su producto con la partida arancelaria 6006.32.00, esto ha sido corroborado por el análisis técnico del INTN que ratifica que el tejido ES TEÑIDO, la propia D.N.A. ha sostenido idéntica interpretación y la clasificación arancelaria presentada para el mismo producto exportado para otro importador por la citada empresa china conforme se puede apreciar en el despacho 11017ic0400942p realizado por la empresa Achón Bau S.A. de fecha incluso posterior del 9 de noviembre de 2.011, y de hecho en la propia nota de denuncia se admite que lo MANIFESTADO («Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos») coincide plenamente con lo VERIFICADO. Entonces, ¿de qué dolo se puede hablar en este hecho?. En base a todos los elementos citados, ¿en qué momento la declaración puede considerarse falsa o inexacta en los términos del art. 332 inc. a) del Código Aduanero?. De hecho, se omite cualquier tipo de fundamentación en la Resolución 247/12 porque lo arriba mencionado habla por sí solo. En el hipotético pero improbable caso, que desde ya lo rechazamos rotundamente, que el hecho constituya una falta, se encuadraría en todo caso en el art. 325 de la Ley 2422/04 de FALTA ADUANERA POR DIFERENCIA, cuando por consecuencia de la verificación física o documental de las mercaderías se compruebe que de seguirse las declaraciones contenidas en el despacho respectivo, el fisco se habría perjudicado en la regular percepción del tributo aduanero y siempre que el hecho no constituya defraudación o contrabando. El hecho que se requiere una pericia del INTN para finalmente confirmar la composición del bien, según lo declarado en la propia factura del fabricante exportador - aún cuando la DNA tergiversa la partida en base a su potestad «interpretativa», es suficiente razón para desmeritar el supuesto «dolo» alegado en el proceso sumarial. El supuesto dolo se basa en las afirmaciones de la Representación Fiscal a fojas 170 que reproducimos textualmente: (En referencia a la consulta formulada por el mismo despacho en el año 2007 para la correcta Clasificación y el Despacho de las mismas mercaderías objeto de esta investigación, cuyos antecedentes obran a fs.54 ai 62 de autos). Nada más alejado de la verdad, sea por confusión errónea o de mala fe, lo cual demuestra la inexactitud y arbitrariedad de la Resolución aquí recurrida. La Consulta sobre Clasificación arancelaria que figura a fojas 54 al 62 de

autos, y en base a la cual alega que nuestro mandante tenía conocimiento previo de dicha posición y del INFORME D.V. N° 65/07 - posteriormente endosado alegremente por el Juez Sumariante, tiene como antecedente la presentación realizada vía Expte. C.T.A, N° 841/07 de fecha 6 de febrero de 2.007 por la firma ACHONBAU S.A. y el despachante de aduanas LUIS FERNANDO ROBLEDO PERRUPATO, los cuales NO TIENEN ABSOLUTAMENTE NADA QUE VER CON NUESTRA PARTE, sea PARAGUAY TEXTIL SA. como importador o despachante a cargo del mismo RICARDO ROBLEDO ARMELE. Constituye una arbitrariedad manifiesta (en el caso de mala fe) o un error inexcusable (por confusión manifiesta) endilgar a nuestra parte conocimiento de una consulta realizada por otros importadores y/o despachantes, por lo tanto la calificación de DEFRAUDACIÓN debe ser de plano descartado por no haber existido ningún tipo de DOLO ni MALA FE de nuestra parte que haya llevado a una inexactitud de la declaración del despacho por tener un conocimiento previo de dicho Informe. Aquí lo que es patente es la arbitrariedad del Informe D.V. N° 176/11 (fs. 84/86) para llegar a una conclusión basada en una interpretación totalmente antojadiza y contra la prueba técnica determinada por el INTN. 5. LOS DICTÁMENES NO SE ENCUENTRAN MOTIVADOS: Las Resoluciones 247/12 del Director Nacional de Aduanas y 01/12 del Administrador de Aduanas de Puerto Fénix no se encuentran motivados y violan principios constitucionales. En consecuencia, los actos administrativos por medio del cual la DNA atribuye la partida arancelaria 6006.33.00 cuando que la descripción de la mercadería MANIFESTADA por mi mandante y VERIFICADA por los denunciantes son idénticas confirmando que los tejidos son TEÑIDOS correspondientes a la partida 6006.33.00, pero aún ante la pericia técnica del ensayo realizado por el INTN la autoridad aduanera ratifica su potestad «interpretativa» al margen del dictamen técnico del organismo certificador nacional, negándose con ello los derechos procesales de nuestro mandante, deviene ilegal por su falta de fundamentación. En primer lugar, es indudable que la motivación del acto administrativo constituye una de las más importantes garantías de que goza el ciudadano en general, y el contribuyente en particular, frente a los actos de la Administración Pública, y es pues un derecho elemental. La necesidad de motivación del acto administrativo, constituye la traducción práctica del principio de interdicción de la arbitrariedad⁷, que obliga a los poderes públicos sin excepción a fundamentar sus decisiones, mediante un criterio racional y objetivo, lo cual se encuen-

tra íntimamente ligado a los principios de igualdad y de seguridad jurídica consagrados también en la Constitución Nacional. En este orden de ideas tenemos que el acto administrativo tributario se compone de un triple grupo de elementos: SUBJETIVOS, OBJETIVOS Y FORMALES. Los elementos subjetivos son aquellos que se refieren al órgano administrativo competente para tomar una resolución en el ámbito de que se trate; los elementos formales aluden al proceso y/o procedimiento de la formación de la decisión y resolución final, como a la forma externa (normalmente escritura). Por último, los elementos objetivos incluyen el presupuesto de hecho al que la norma atribuye una consecuencia determinada, el fin/objetivo perseguido que constituye un interés público concreto para cuya realización la norma confiere a la Administración una potestad, la causa que debe estar relacionada directamente a objetivos legales, y los motivos que manifiestan la Concurrencia de los requisitos para tomar una determinada decisión. Como VV.EE podrán observar, los actos administrativos recurridos soslayan totalmente el elemento objetivo. En efecto, ambos dictámenes fueron emitidos sobre la base de anteriores informes del Departamento de Visturía, sin entrar a analizar la exactitud de los mismos y/o la aplicabilidad de las normas invocadas, ni mucho menos examinar cuestiones de hecho y/o de derecho que podrían afectar o variar lo señalado por la Administración Aduanera, tales como el INFORME DE ENSAYO DEL INTN que confirma lo argumentado por nuestro mandante en cuanto a la composición del producto y su correspondiente partida arancelaria. Es decir, se parte del hecho supuestamente «cierto» de que el producto MANIFESTADO por el importador corresponde a la misma descripción del VERIFICADO de los denunciantes, pero la Administración Aduanera «interpreta» como le parece tergiversando la naturaleza o composición del artículo incidido, en base a sus propios criterios y sin consideración a la opinión objetiva y técnica del órgano certificador por excelencia del país, haciendo imponer su criterio con menoscabo de los derechos del contribuyente, configurándose así una clara violación de los derechos procesales y del Estado de Derecho al imponer de manera confiscatoria, injusta, arbitraria e ilegal un arancel que para idénticos productos fue liberado a un tercero con el agravante que el producto proviene de la misma fábrica que la de mi mandante. CONCLUSIONES: Las Resoluciones 247/12 del Director Nacional de Aduanas y 01/12 del Administrador de Aduanas de Puerto Fénix deben ser anuladas y/o revocadas por cuanto se ha demostrado que; 1. No existe diferencia entre lo MANIFESTA-

DO y lo que resulto finalmente VERIFICADO, correspondiéndole la posición arancelaria 60063200 que es la manifestada; 2. A través del certificado emitido por la fábrica Tianjin Basitex Int. Trading Co Ltd. y a través del Análisis e informe técnico ejecutado por el Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN), de que el tejido es teñido, y por lo tanto corresponde a la partida arancelaria 6006.32.00, tal como fue asignado a un despacho realizado por otro importador de la misma fábrica exportadora y con posterioridad al despacho de estos autos. 3. Hemos demostrado haber actuado en forma transparente cumpliendo todos los procesos de desaduanamiento en un despacho que ha tenido el canal rojo, por lo que la DNA ha tenido la oportunidad de un examen minucioso tal como lo establece el procedimiento asignado a dicho canal, por lo que no existe dolo, ni ninguna acción se realizó que se pretenda que pase inadvertida, desde el punto de vista que los actos están reglados por el Código Aduanero, por lo que no existen los presupuestos para pretender calificar de defraudación, más bien la discusión de si a los tejidos tenidos le corresponde la partida arancelaria 60063200 o la 60063300. 4. En suma, los citados actos administrativos violan expresamente los Principios de Legalidad, Congruencia, Inmediatez, Inocencia, Debido Proceso y expresas norma constitucionales...” (fs. 24/42).

Termina solicitando que el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia haciendo lugar a la acción promovida y, en consecuencia, anule la resolución recurrida.

Que, en fecha 26 de setiembre de 2012, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el abogado José Ferreira Da Costa V. en representación del Sr. RICARDO EDGAR ROBLEDO ARMELE sin revocar personería a ampliar la promoción del Juicio Contencioso-Administrativo contra la Dirección Nacional de Aduanas. Funda la ampliación de la demanda en los siguientes términos: “...*QUE, sin revocar personería anterior vengo por el presente escrito a tomar intervención en estos autos, solicitando desde ya el reconocimiento de mi personería en el carácter invocado, por constituido mi domicilio en el lugar señalado y me otorgue la intervención de ley. QUE, mediante esta presentación solicito la ampliación del escrito de promoción de demanda presentado en fecha 06 de agosto de 2012, agregando la instrumental mencionada en dicho escrito e identificada como: • Copia del expediente Administrativo caratulado: «A.A. PUERTO FENIX Nº 30593/11 - D.S.A. Nº 06-5/11 caratulado: ESCLARECIMIENTO DE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL DESPACHO DE*

IMPORTACION No. 11024IC04001623G CONSIGNADO A LA FIRMA PARAGUAY TEXTIL S.A.», con 246 fojas. QUE, solicito la rectificación del OBJETO del escrito de promoción de demanda, el cual manifiesta: «PROMOVER DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 247 DEL 24/05/12 EMITIDA POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS EN EL EXPEDIENTE «A.A. PUERTO FENIX N° 30593/11 - D.S.A. N° 06-5/11 caratulado ESCLARECIMIENTO DE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL DESPACHO DE IMPORTACIÓN N° 11024IC04001623G CONSIGNADO A LA FIRMA PARAGUAY TEXTIL S.A.», cuando lo correcto es que diga: OBJETO: PROMOVER DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 247 DEL 24/05/12 EMITIDA POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS Y CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 01/12 DE FECHA 2 DE ABRIL DE 2012, EMITIDA POR EL ADMINISTRADOR DE ADUANA DE PUERTOS Y ESTIBAJES (PUERTO FENIX), AMBAS DICTADAS EN EL EXPEDIENTE «A.A. PUERTO FENIX N° 30593/11 - D.S.A. N° 06-5/11 caratulado ESCLARECIMIENTO DE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL DESPACHO DE IMPORTACIÓN N° 11024IC04001623G CONSIGNADO A PARAGUAY TEXTIL S.A.». QUE, solicito igualmente la rectificación del PETITORIO del citado escrito, en el cual a fojas 19, punto 4 (cuatro), por un error involuntario se consignó: «Tenga por iniciada la presente demanda contencioso administrativa que promueve PARAGUAY TEXTIL S.A...» e igualmente se dejó de incluir la segunda resolución recurrida, cuando lo correcto es que quede de la siguiente manera: 4. Tengan por iniciada la presente demanda contencioso administrativa que promueve RICARDO EDGAR ROBLEDO ARMELE CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 247/12 DE FECHA 24/05/2012 QUE NO HACE LUGAR AL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LOS SEÑORES RICARDO ROBLEDO ARMELE, DESPACHANTE DE ADUANAS, Y CESAR ARMELE MALUFF, REPRESENTANTE CONVENCIONAL DE LA FIRMA PARAGUAY TEXTIL S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 01/12 DE FECHA 2 DE ABRIL DE 2012, Y CONFIRMA EN TODOS SUS TERMINOS DICHA RESOLUCION DICTADA POR EL ADMINISTRADOR DE ADUANA DE PUERTOS Y ESTIBAJES (PUERTO FENIX) EN EL EXPEDIENTE: «A.A. PUERTO FENIX No. 30593 - D.S.A. Nro. 06-5/11 caratulado: ESCLARECIMIENTO DE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL DESPACHO DE IMPORTACION No. 11024IC04001623G CONSIGNADO A LA

FIRMA PARAGUAY TEXTIL S.A.» Y CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 01/12 DE FECHA 2 DE ABRIL DE 2012, DICTADA POR EL ADMINISTRADOR DE ADUANA DE PUERTOS Y ESTIBA JES (PUERTO FENIX) EN EL EXPEDIENTE: «A.A. PUERTO FENIX No. 30593 - D.S.A. N° 06-5/11 caratulado: ESCLARECIMIENTO DE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL DESPACHO DE IMPORTACION No. 11024IC04001623G CONSIGNADO A LA FIRMA PARAGUAY TEXTIL. ASIMISMO, a fojas 19, siempre del escrito de promoción de demanda, el punto 6 (seis) del PETITORIO expresa: «...demanda promovida por PARAGUAY TEXTIL S.A. y en consecuencia...», cuando lo correcto es que diga de la siguiente manera: 6. OPORTUNAMENTE, dicten Acuerdo y Sentencia haciendo lugar a la presente demanda promovida por el señor RICARDO EDGAR ROBLEDO ARMELE y en consecuencia declaren la nulidad o la revocación íntegra de los actos administrativos recurridos (Resolución 247/12 del Director Nacional de Aduanas y Resolución 01/12 del Administrador de Aduanas de Puerto Fénix y todas aquellas diligencias o actos que sean sus consecuencias). DISPONER la restitución de todas las sumas abonadas por mi parte en concepto de garantías, intereses y gastos en el presente juicio cuyo monto final será informado y actualizado por la Dirección Nacional de Aduanas. PROTESTO COSTAS...».

Termina solicitando que el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, tener ampliada la presente demanda y por rectificadas el Objeto como así también los puntos 4 y 6 el petitorio el escrito de promoción de demanda.

Que, en fecha 6 de junio de 2013, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el abogado José Ferreira Da Costa V. en representación del Sr. RICARDO EDGAR ROBLEDO ARMELE sin revocar personería a ampliar la promoción del Juicio Contencioso Administrativo contra la Dirección Nacional de Aduanas. funda la nueva ampliación de la demanda en los siguientes términos: “...*QUE, de conformidad al art. 217 del CPC, vengo por el presente escrito a AMPLIAR la demanda promovida por RICARDO ROBLEDO ARMELE contra la resolución arriba mencionada, denunciando el cambio de criterio de la institución demandada, la DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS, con relación a la consideración de la nomenclatura de productos similares dentro de la sección 6006.32.00 de la Nomenclatura Aduanera vigente, en base a las consideraciones de hecho y de derecho que paso a exponer: NORMA APLICABLE. Art.217.- Modificación de la demanda. Antes de ser notificada la demanda, el*

actor podrá modificar el escrito inicial, y ampliar o restringir sus pretensiones. QUE, como VV.EE. podrán apreciar, el pedido se presenta en tiempo oportuno ya que no se ha llegado aún a la notificación de la demanda, por lo que puede procederse aún a introducir este elemento vinculado directamente con la resolución del caso. ANTECEDENTES. QUE, esta parte planteó un juicio contencioso administrativo contra la resolución de la Dirección Nacional de Aduanas que, basándose en una opinión interna, discrepó con la posición arancelaria de los productos importados manifestado en el despacho aduanero y lo sometió a un gravamen o tasa aduanera diferente, conforme se detalla a continuación: Que, en fecha 24/02/2011 por Expte. 30593 los Sres. Carlos Aceval (vista de Aduana) y T.S.A. Julio C. Rolón P. (Jefe Div. Visturía) presentan denuncia al Sr. José María Zarate (Administrador Aduana Puerto Fénix) ante la Mesa de Entrada de Puerto Fénix de la DNA por mala manifestación y diferencia de gravamen, mencionando que «Cumplimos en informar que se procedió a la verificación de las mercaderías (...), resultando: MANIFESTADO: PEDIDO Ng 0001/0001: Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos. Criterio legal R.G.I. Iy6, se trata de 15.033.600 kilos neto de Tejido Teñidos 97% Polyester 3% Algodón. Marca TIANJIN BASITEX INT. TRADING CO.D. Origen: China Posición arancelaria: 6006.32.00. Gravamen: 0 % VERIFICADO RESULTO: PEDIDO N° 0001/0001: Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos. Criterio legal R.G. 1.1 y 6, se trata de 15.033.600 kilos netos de tejidos teñidos 97% Polyester 3% Algodón. Marca TIANJIN BASITEX INT. TRADING. CO. LTD. Origen China Posición arancelaria: 6006.33.00. Gravamen: 16% BASE LEGAL: Regla General para la interpretación del SAI y 6. Nota Legal de subpartida g), numerales 1) y 3) de la Sección XI. Que en fecha 25/05/2011, conforme a la denuncia presentada fue emitido el A.i.S. Nro. 06- 5/11 por el que queda instruido el sumario administrativo respectivo. Que, en fecha 07/06/2011, tanto la firma PARAGUAY TEXTIL S.A. como el despachante de Aduana Sr. Ricardo Robledo Armele, presentan sus respectivos escritos de impugnación del informe de Visturía que da origen a una liquidación de tributos y multa en razón de que: «(...) entre lo manifestado y lo verificado no existe diferencia y que la mercadería verificada resulto «los demás tejidos de fibra sintéticas tenidas», por lo que la posición arancelaria correcta para el producto es la 6006.32.00 y no como en forma equivocada lo clasifica el Departamento de Visturía en la 6006.33.00 que corresponde a los demás tejidos de punto con hilados de distintos colores, por lo

que no existe falta o infracción aduanera alguna». QUE, en fecha 7 de enero de 2013 se solicitó a la Dirección Nacional de Aduanas, la verificación/extracción de muestra con intervención de visturía y resguardo de Aduana a los efectos de su análisis por el INTN, a los efectos de una correcta clasificación y presentación del despacho de importación correspondiente. En dicho caso similar al caso que nos ocupa, por productos similares, se aceptó la nomenclatura aduanera 6006.32.00 conforme a las constancias del Expediente DNA 13 024 024 024 002487 que se adjuntan. Se aclara que el hecho afecta al mismo sumariado PARAGUAY TEXTIL SA y a la misma tipología del tejido. QUE, la diferencia entre la nomenclatura propuesta y la fijada por la entidad demandada es que la rúbrica 6006.32.00 aplica un gravamen de 0% (cero por ciento) del pago de aranceles aduaneros a esta parte, con lo cual la sanción impuesta en el presente juicio contencioso administrativo carecería de sentido ya que la entidad demandada estaría reconociendo el error incurrido y quedaría plenamente acreditado que no se adeuda monto alguno en concepto de tasas aduaneras, multas o por cualquier otro motivo. QUE, dejo asentado que los originales de los documentos presentados se hallan en poder de la Dirección Nacional de Aduanas por lo que, de conformidad al art. 219 del CPC, solicitamos sean traídos a la vista debiendo librarse el oficio correspondiente. QUE, estos documentos fuerzan la hipótesis de esta parte de que la DNA asignó en este caso a las mercaderías un párrafo arancelario desajustado de la descripción, y esto es patente e incuestionable pues según la propia acta de denuncia dice que el tejido es «TEÑIDO», sin embargo los denunciantes y la DNA pretenden asignarle el párrafo arancelario de un TEJIDO CONSTRUIDO PREVIAMENTE CON HILADOS DE DISTINTOS COLORES, dos cosas que son totalmente diferentes. Por lo demás, cabe destacar la importancia de salvaguardar la competencia técnica de los organismos de evaluación que prestan servicios en el territorio nacional en cumplimiento de las reglamentaciones técnicas, y otorgar confianza y credibilidad a los sistemas de control de calidad que implementen los Organismos del Estado. QUE, nuestra parte considera que es inaudito que la DNA en esta causa pretenda desconocer el informe del INTN, no teniendo la DNA laboratorio de ensayos técnicos alguno, y en tal sentido debe estarse al informe técnico del INTN en el caso objeto de esta litis tal como efectivamente aconteció en el Expediente DNA 13 000 DPA 000 7341 del año 2013 cuyas copias –que incluyen similar informe del INTN– se presentan con este escrito. DOCTRINA QUE, el autor nacional Salvador Villa-

gra Maffiolo en su obra: «Principios de Derecho Administrativo», Editorial El Foro, 1981, p. 108 señala que entre las variantes que pueden influir decisivamente en el problema de la revocabilidad del acto administrativo se contempla la posibilidad de revocar el acto EN FAVOR del particular. En el presente caso, siendo que se ha aplicado una norma más favorable al mismo, el acto recurrido debe ser revocado en beneficio del particular; aplicando la igualdad ante el tributo a situaciones idénticas, pues no puede exonerarse una situación y cobrarse en otra cuando las mismas son idénticas. PRUEBAS DOCUMENTALES. QUE, acompañe copias de los antecedentes administrativos a los que tuvo acceso y que se refieren a actuaciones en casos similares por parte de la DNA donde queda aclarado que finalmente la institución demandada se allanó a nuestra posición en otros casos y, en aplicación del principio de igualdad previsto en el art. 46 de la Constitución Nacional debe hacerlo igualmente en este juicio, so pena de incurrir en situaciones contradictorias de grave injusticia y desmedro a los derechos de mi parte. QUE, solicito sean traídos a la vista de conformidad al art. 219 del CPC copias autenticadas de los siguientes expedientes: 1) DNA 13 000 DPA 000 7341 2) DNA 13 024 024 024 002487 3) DNA 12 024 024 024 188786 4) DNA 13 000 000 000 063267...”.

Termina solicitando que el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia haciendo lugar a la acción promovida y, en consecuencia, anule la resolución recurrida.

Que, en fecha 23 de setiembre de 2013, se presentó el representante de la Dirección Nacional de Aduanas, la abogada Elodia Almirón Prujel bajo patrocinio de abogados, quienes pasaron a contestar la presente Demanda Contencioso-Administrativa, en los siguientes términos: “...CONTESTACIÓN DE DEMANDA. Que, en el improbable caso que VV.EE. no hagan lugar al pedido de caducidad de instancia, por expresas instrucciones de mi mandante vengo en tiempo y forma a contestar la demanda contencioso-administrativa promovida por la Abogada Mirtha Dos Santos en representación de la firma EDGAR ROBLEDO ARMELE contra la Resolución N° 247 de fecha 24 de mayo de 2012 dictada por la Dirección Nacional de Aduanas, en base a las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación se pasan a exponer. Que, mi mandante la Dirección Nacional de Aduanas, niega categóricamente que durante la tramitación del sumario administrativo hasta el dictado de la Resolución No. 247, se hayan violado Principios y Garantías Constitucionales en perjuicio de la firma

PARAGUAY TEXTIL S.A. y del Despachante de Aduanas Ricardo Robledo Armele. 1. SUMARIO ADMINISTRATIVO.- El sumario administrativo tuvo su inicio en base al informe de verificación presentado por los funcionarios Carlos Aceval y Julio Rolon ante el Administrador de Aduanas de Puerto Fenix, por el cual denuncian la incorrecta posición arancelaria declarada por la firma importadora Paraguay Textil S.A. en el despacho de importación N° 11024IC04001623G. Que por providencia de fecha 11 de mayo de 2011 (fs. 28 de sumario), el Administrador de Aduanas ordena la instrucción del sumario administrativo a fin de esclarecer el hecho denunciado. Por A.I.S. N° 06-5/11 el Juez Instructor designado resuelve instruir sumario a la firma PARAGUAY TEXTIL S.A., y al despachante de Aduanas Ricardo Robledo y a los demás responsables del hecho. Luego de que las partes hayan ofrecidos sus pruebas (Importador, Despachante y Representante Fiscal) y presentados los alegatos finales, el Juez instructor eleva el informe conclusivo al Administrador de Aduanas de Puerto Fénix, quien por providencia de fecha 14 de marzo de 2012 dispone como medida de mejor proveer la declaración del funcionario Vista Gustavo Kimrser - interviniente en el despacho-, quien luego de dicha diligencia dictó la Resolución N° 01/12 de fecha 02 de abril de 2012, por la que se califica Defraudación el hecho investigado y se sanciona a Paraguay Textil S.A. y al Despachante de Aduanas Ricardo Robledo Armele. Esta resolución fue confirmada por el Director Nacional de Aduanas por medio de la Resolución N° 247 de fecha 24 de mayo de 2012, recurrida ante esta instancia. De las constancias en autos, V.V.E.E. podrán corroborar que durante la tramitación del sumario administrativo no se observan vicios o defectos procesales que traigan aparejada la nulidad de las resoluciones administrativas. Se ha dado activa participación a la firma investigada y al despachante de aduanas, quienes se han presentado sus descargos y ofrecido los elementos de prueba con los cuales pretendían demostrar que no existió ninguna falta o infracción aduanera con relación a las mercaderías ingresadas por el despacho de importación N° 11024IC04001623G, cumpliendo de esta manera con el respeto a las garantías constitucionales del Debido Proceso y el Derecho a la Defensa. 2. POSICION ARANCELARIA CORRECTA DETERMINADA POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS 6006.33.00. Que, por Informe D.V. N° 65/07 de fecha 22 de febrero de 2.007 (fs. 55 del sumario) correspondiente al expediente CTA N° 841/07, el Departamento de Visturía menciona cuanto sigue: «El informe de ensayo del Instituto Nacional de Tecno-

logía y Normalización D. Tex. N° 003/07, lo determina como Tejido de punto por trama. Ahora bien, de acuerdo a las manifestaciones del fabricante del tejido en cuestión (Carta de Certificación de Tiajin Basitex Internacional Trade y la traducción que se adjunta) en la construcción del tejido art. YT150A se utilizaron dos hilados bien diferenciados: el hilado del frente 100% poliéster; se encuentra se encuentra teñido de un solo color uniforme (azul); mientras que el hilado del dorso se halla compuesto por 65% poliéster y 35% algodón, dispuesto de tal modo que las fibras de poliéster fueron teñidas de un solo color azul y las fibras de algodón no, vale decir que se observan dos colores sin constituir finamente un solo color uniforme.» «Por tanto, ante lo expuesto, la mercancía en cuestión debe clarificarse en la partida 6006. «LOS DEMÁS TEJIDOS», por aplicación de la Regla General para la interpretación del SA i (Texto de Partida), subpartida 6006.3 (Tácito) «De fibras sintéticas» y subpartida 6006.33 «Con hilados de distintos colores», Regla General para la interpretación del SA 6 (Texto de Subpartida), así como la Nota de Subpartida g) numeral 1) y 3) de la Sección XI, correspondiéndole al ítem 6006.33.00 de la Nomenclatura Común del MERCOSUR.» Este informe del Departamento de Visturía se originó como consecuencia de la Consulta Vinculante realizada por la firma importadora Achon Bau S.A. sobre la correcta posición arancelaria de la mercadería identificada como TEJIDO DE PUNTO DE POLIESTER, ALGODÓN YT150A. En respuesta a dicha consulta, la institución aduanera determinó -en base al informe D.V. 65/07- que corresponde la partida arancelaria 6006.33.00 con gravamen del 16%. Que, por expediente con mesa de entrada N° 11 000 000 000 33392, la firma Paraguay Textil S.A., solicita al Director Nacional de Aduanas la reconsideración de la Clasificación Arancelaria del producto identificado como Tejido de Punto Circular por Trama de Póliéster/Algodón, cuya partida arancelaria fue establecida previamente en el Informe D. V. N° 65/07 de fecha 22 de febrero de 2.007, adjuntando muestra del producto. En respuesta a la nota presentada por Paraguay Textil S.A., el Departamento de Visturía se ha expedido en los términos del Informe D. V. N° 125/11 de fecha 9 de marzo de 2011, el cual argumenta: «Los conceptos técnicos, en base al informe de ensayo del Instituto Nacional de Tecnología, Normalización y Metrología, así como las Notas legales del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías, fueron plenamente especificados en el Informe de referencia cuyo penúltimo párrafo, relativo a las Notas de Subpartida g) «Tejidos con hilados de distintos colores» y f) «Tejidos teñidos» de

la Sección XI, señala cuanto sigue: "En el numeral 1°) se establecen que deben estar constituidos por hilados de distintos colores y, el numeral 3°j que deben estar constituidos por hilados jaspeados o mezclados, condiciones estas que no se cumplen con la construcción del tejido de referencia. Asimismo, cabe señalar que para ser considerados teñidos debe reunir los requisitos establecidos en la Nota de Subpartida f), debiendo estar constituidos por hilados teñidos en un solo color uniforme o por hilados coloreados en un solo color uniforme, condiciones estas que no se dan.». Por último, la parte conclusiva del mencionado informe dice cuanto sigue: «Ante lo expuesto y teniendo en cuenta las características propias de esta mercadería «TEJIDO DE PUNTO POR TRAMA, TEÑIDO EN PIEZA, COMPUESTO DE 97% DE POLIÉSTER Y 3% DE ALGODÓN (LA PARTE POSTERIOR (DORSO) DEL TEJIDO ESTÁ COMPUESTA DE 65 % POLIÉSTER Y 35% ALGODÓN, Y LA PARTE FRONTAL SE HALLA COMPUESTA DE 100% POLIÉSTER /EN EL PROCESO DE TEÑIDO, ÚNICAMENTE LA FIBRA DE POLIÉSTER TOMA COLOR)», en concordancia con las Reglas Generales para la Interpretación del Sistema Armonizado y las Notas con hilados de distintos colores, se llegó a la conclusión de ratificar la clasificación establecida en el ítem 6006.33.00 «con hilados de distintos colores», v por ende lo dispuesto en el INFORME D.V. N° 65/07". Con este informe la Administración Aduanera ratifica la posición institucional en el sentido de que para las mercaderías clasificadas como «TEJIDO DE PUNTO POR TRAMA, TEÑIDO EN PIEZA, COMPUESTO DE 97% DE POLIÉSTER Y 3% DE ALGODÓN (LA PARTE POSTERIOR (DORSO) DEL TEJIDO ESTA COMPUESTA DE 65 % POLIÉSTER Y 35% ALGODÓN, Y LA PARTE FRONTAL SE HALLA COMPUESTA DE 100% POLIÉSTER /EN EL PROCESO DE TEÑIDO, ÚNICAMENTE LA FIBRA DE POLIÉSTER TOMA COLOR), corresponde la Posición Arancelaria 6006.33.00. Este informe fue ratificado posteriormente por el Informe D.V. N° 176 de fecha 13 de abril de 2011 firmado por un cuerpo de funcionarios Vistas de la Aduana. Es bueno acotar que durante la tramitación del sumario administrativo, se han agregado otros informes elaborados por el Departamento de Visturía -Informe D.V. N° 252/11 e Informe DV N° 330/11- los cuales confirman en todos sus términos los anteriores informes de visturía mencionados más arriba. Que, a fojas 23 del sumario se encuentra agregado el Invoice N° hx10-10 que ampara las mercaderías despachadas por Paraguay Textil S.A. en el campo correspondiente a la especificación del producto se consigna Art. N°

YT150-A. Asimismo, en el primer informe del Departamento de Visturia – D.V. N° 65/07 – en la descripción del producto también se detalla “Tejido de punto circular (tejido de punto por trama) de poliéster /algodón, art. YT150.A, por tanto, se concluye que el producto al cual hace referencia el informe de Visturía y el producto importado por Paraguay Textil S.A. son idénticos. En consecuencia, si en dicho informe de Visturía, la autoridad administrativa ya había dejado en claro que a esas mercaderías en particular le corresponde la Posición Arancelaria 6006.33.00 de la Nomenclatura Común del MERCOSUR, ¿Por qué motivo Paraguay Textil S.A. siguió declarando en una posición incorrecta 6006.32.00? La respuesta parece sencilla, ya que entre una y otra posición, la diferencia en la alícuota del arancel aduanero es del 16%. Las explicaciones de los funcionarios vistas en los numerosos informes agregados en autos son determinantes a la hora de establecer la partida arancelaria 6006.32.00 o 6006.33.00. En este sentido, para que el producto sea considerado tejido teñido (6006.32.00) debe mantener un color uniforme y sin matiz diferente, sin embargo en el caso de autos el tejido presenta dos matices o tonos diferentes como consecuencia de las distintas fibras constitutivas de la tela (poliéster y algodón), por tanto corresponde la PARTIDA ARANCELARIA 6006.33.00, TEJIDOS HILADOS DE DISTINTOS COLORES. 3. FACULTAD DE LA D.N.A. PARA APLICAR LA LEGISLACIÓN ADUANERA Y DETERMINAR LA CLASIFICACIÓN DE LAS MERCADERÍAS. En lo que respecta a las facultades de la Dirección Nacional de Aduanas, el artículo 385 del Código Aduanero menciona: «Funciones de la Dirección Nacional de Aduanas. De conformidad a las disposiciones de este Código, sus normas reglamentarias y complementarias le compete: 1. Aplicar la legislación aduanera. 2. Aplicar las normas relativas a clasificación, origen y valoración de mercaderías», en concordancia con el artículo 390 del mismo cuerpo legal. Por tanto, no existe duda ni margen de equivocación en cuanto a la competencia exclusiva que tiene la Dirección Nacional de Aduanas en materia de interpretación y clasificación arancelaria de las mercaderías ya que legislación aduanera vigente es clara al respecto. Esta función es realizada por medio de la División Nomenclatura Clasificación Arancelaria, dependiente del Departamento de Visturía, siendo esta última la única dependencia facultada para expedirse sobre la clasificación arancelaria de mercancías, conforme a la Nomenclatura Común del Mercosur, basada en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías. DILIGENCIAS DE MEJOR PROVEER.

El Administrador de Aduanas, conforme a las facultades expresamente previstas en el artículo 364 del Código Aduanero, solicitó la comparecencia del funcionario Gustavo Kimser; interviniente en el Despacho cuestionado, quien se presentó ante el Juzgado de Instrucción a ratificar que las mercaderías debieron ser clasificadas en la posición 6006.33.00. El hecho de que no sea denunciante en el caso no significa nada. Si firmó o no la nota de denuncia no es relevante para el esclarecimiento del caso. Lo determinante es que esta persona verificó personalmente las mercaderías importadas y como resultado de la verificación se detectó la incorrecta declaración en el despacho de importación, cuya Autorización de Retiro se realizó previa constitución de garantía aduanera por los tributos y multa, a las resultas del sumario. La ley es clara en cuanto a las decisiones e intervenciones que la Dirección Nacional de Aduanas puede y debe realizar en cualquier momento del proceso de investigación. 5. CALIFICACIÓN DEL HECHO COMO INFRACCIÓN ADUANERA DE DEFRAUDACIÓN. Que, este hecho fue calificado como DEFRAUDACIÓN, de conformidad a lo que dispone los artículos 331 y 332 inc. a) de la Ley 2422/04 «Código Aduanero». Se configura la defraudación en razón de que los declarantes tenían conocimiento de que a la mercancía individualizada como TEJIDO DE PUNTO POR TRAMA, TEÑIDO EN PIEZA, COMPUESTO DE 97% DE POLIÉSTER Y 3% DE ALGODÓN, con alícuota del 16% le correspondía la PARTIDA ARANCELARIA 6006.33.00 según el Informe D. V. 65/07; sin embargo, aun con ese conocimiento procedieron a declarar en una partida arancelaria con una alícuota menor que determinó una liquidación equivocada de los tributos, /ya que se aplicaron tasas inferiores para la cancelación de los impuestos aduaneros, y causando con ello un perjuicio a la renta fiscal. No corresponde la calificación de Falta Aduanera en razón de que el artículo 325 del Código Aduanero estipula que la falta por diferencia se configura en los casos que el hecho no constituya Defraudación o Contrabando. De las constancias en autos, se concluye que existió una acción desplegada por el importador, realizada en forma dolosa, pues los sumariados aun conociendo la posición correcta, procedieron a clasificar incorrectamente la mercadería y en una posición a la que le correspondía un gravamen ostensiblemente inferior al debido. 6. RESPONSABILIDAD DEL DESPACHANTE DE ADUANAS. Al respecto el artículo 23 del Código Aduanero, Responsabilidad del Despachante de Aduanas por las faltas o infracciones dispone «Cuando se compruebe la existencia de faltas o infracciones aduaneras en la actuación del

Despachante de Aduanas, éste será responsable solidario con los declarantes y responderá del pago de las sanciones pecuniarias y los accesorios legales, sin perjuicio de la aplicación de otras sanciones previstas en este Código y sus normas reglamentarias. Sin embargo, será exonerado de responsabilidad por las faltas o infracciones aduaneras ocurridas, siempre que se comprobare haber cumplido fielmente con las obligaciones a su cargo y actuado de conformidad a los documentos entregados por el declarante.». Dicha norma concuerda con el artículo 114 del mismo cuerpo normativo que establece: «Responsabilidad del declarante. El importador o el que tiene la disponibilidad jurídica de las mercaderías o declarante es responsable por: a) la exactitud de los datos contenidos en la declaración (...). En concordancia con lo manifestado, el artículo 317 del mismo cuerpo normativo dispone: «RESPONSABILIDAD OBJETIVA. La responsabilidad por falta o infracción aduanera es independiente de la intención del infractor o del responsable y de la efectividad, naturaleza y extensión de los efectos de la acción u omisión.». Demás estar decir que la participación de los funcionarios o no para la aplicación de un arancel errado por el canal de selectividad, no excluye de la responsabilidad del declarante respecto a la exactitud de los datos contenidos en la declaración, incluida la posición arancelaria correcta. El Despachante de Aduanas es el responsable, más aún en los casos de clasificación arancelaria de las mercaderías, ya que éste es el profesional capacitado, que se constituye en un asesor técnico del Importador. Por tal motivo, el mismo debió arbitrar todos y cada uno de los recaudos suficientes necesarios para la correcta clasificación ante el servicio aduanero. 7. PRUEBAS.- Se ofrecen como pruebas todos los antecedentes administrativos obrantes en el tribunal y agregados en autos, con la reserva de arrimar otros elementos de prueba en la etapa procesal oportuna. Por tanto, sobre las consideraciones expuestas precedentemente, V.V.E.E. podrán llegar a la conclusión que las resoluciones dictadas por el Administrador y por el Director Nacional de Aduanas son producto de un procedimiento legal, consecuencia de los elementos existentes en el proceso aplicándose estrictamente la ley, debiendo por tanto proceder al rechazo de esta acción...»(fs. 515/524).

Termina solicitando que el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte resolución no haciendo lugar a la presente demanda, con costas a la perdidosa.

Y el Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Magistrado RAMÓN ROLANDO OJEDA, prosiguió diciendo: Conforme al escrito de fs. 24/42 de

autos, el señor Ricardo Edgar Robledo Armele solicita se anule la Resolución N° 247 del 24 de mayo de 2012, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas, que es la confirmatoria de la Resolución N° 01/12 del 02 de abril de 2012, dictada por el Administrador de Aduanas de Puerto Fénix, estos actos administrativos dispusieron en su parte resolutive, lo siguiente:

Resolución N° 01/12: *“Art. 1º. CALIFICAR como infracción aduanera de Defraudación el hecho investigado en el expediente sumarial A. A. PUERTO FENIX N° 30593/11 – D.S.A. 06-5/11 carátula: “ESCLARECIMIENTO DE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL DESPACHO DE IMPORTACION N° 11024IC04001623G, CONSIGNADO A LA FIRMA PARAGUAY TEXTIL S.A.” responsabilizando de tal hecho a la firma PARAGUAY TEXTIL S.A. y solidariamente a su despachante Sr. Ricardo Robledo Armele con C.I. N° 485.621 de conformidad a lo previsto en los Artículos 23, 317, 318, 319, 331, y 332 de la Ley N° 2.422/04 “Código Aduanero”. Art. 2º APLICAR a los responsables, la sanción correspondiente a los casos de Infracción Aduanera de Defraudación, conforme a lo contemplado en el Art. 333 del Código Aduanero, que dispone una multa igual al monto del tributo aduanero en que se habría perjudicado el fisco (100%). Remitir el presente expediente a la División de Contraloría de esta Administración de Aduana, para realizar el ajuste “Re-liquidación”, conforme a lo establecido en el exordio de la presente resolución, posteriormente adjuntar a la Resolución copia de la Re-liquidación practicada, notificándose del ajuste realizado por la Administración Aduanera a la firma afectada.*

RESOLUCIÓN N° 247: *“ART. 1º. NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por los señores Ricardo Robledo Armele, Despachante de Aduanas, y César Armele Maluff, representante convencional de la firma Paraguay Textil S.A., contra la Resolución N° 01, de fecha 2 de abril de 2012, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución...”.*

Analizadas las constancias de autos -escrito de demanda, su contestación y los antecedentes administrativos-, lo que la parte accionante reclama es la nulidad del acto administrativo recurrido, Resolución N° 247 del 24 de mayo de 2012, a fin de restablecer el orden jurídico quebrantado y el perjuicio que provoca la misma.

Resumiendo los hechos ocurridos en sede administrativa, vemos que, el Despacho de Importación que ingresó al Puerto Fénix, Identificado con el N° 11024IC04001623G, fue oficializado mediante el trámite pertinente en fecha 23

de febrero de 2011, donde consta el Pedido N° 0001/0001 con la descripción detallada de la partida arancelaria, el gravamen y las mercaderías, vale decir: POSICIÓN ARANCELARIA 6006.32.00.; GRAVAMEN 0%; DESCRIPCIÓN EN TÉRMINOS COMERCIALES: Los demás tejidos de punto de fibras sintéticas teñidos, país de origen: China; VALOR IMPONIBLE: Gs. 229.565.760 en concepto de INDI, servicio de valoración y el IVA respectivo. Al pie del citado despacho le fue asignado el CANAL ROJO y al dorso del mismo en la casilla “Observaciones e Intervenciones de otras instituciones” consta lo siguiente: Verificado por muestreo artículo 123 Código Aduanero, firmado por el Vista Gustavo Kimser y el Técnico Valorador Paola Patiño. A fs. 206 C.A. en fecha 24 de febrero de 2011 por Expte. 30593 los Sres. Carlos Aceval (vista de Aduana) y T.S.A. Julio C. Rolón P. (Jefe Div. Visturía) presentan denuncia al Sr. José María Zarate (administrador Aduana Puerto Fénix) ante la mesa de entrada de Puerto Fénix del DNA por mala manifestación y diferencia de gravamen, resultando: POSICIÓN ARANCELARIA 6006.33.00 y GRAVAMEN ADUANERO 16%.

A fs. 232 C.A. podemos observar que, en fecha 25 de mayo de 2011, conforme a la denuncia presentada fue emitido el A.I.S. N° 06-5/11 por el que queda instruido el sumario administrativo respectivo. A fs. 248 y 250, tanto la firma PARAGUAY TEXTIL S.A. como el despachante de Aduana Sr. Ricardo Robledo Armele, presentan sus respectivos escritos de impugnación del informe de Visturía que da origen a una liquidación de tributos y multa en razón de que; “(...) entre lo manifestado y lo verificado no existe diferencia y que la mercadería verificada resultó «los demás tejidos de fibra sintéticas tenidas», por lo que la posición arancelaria correcta para el producto es la 600632.00 y no como en forma equivocada lo clasifica el Departamento de Visturía en la 6006.33.00 que corresponde a los demás tejidos de punto con hilados de distintos colores, por lo que no existe falta o infracción aduanera alguna”. A fs. 387 en fecha 02 de abril 2012, el Administrador de Aduana Francisco Eduardo Sosa emite la Resolución No. 01/12 por la que se califica como defraudación el hecho objeto de sumario; se responsabiliza del mismo a la firma PARAGUAY TEXTIL S.A. y al Despachante Ricardo Robledo Armele; se condena a la misma al pago de los tributos correspondientes más una multa igual al valor de lo defraudado. En fecha 24 de abril 2012 Paraguay Textil SA, y el Despachante de Aduanas Ricardo Robledo Armele presentan ante el Director Nacional de Aduanas sus respectivos recursos de Apelación contra la resolución citada anteriormente. En fecha 24 de mayo 2012,

el Director Nacional de Aduanas emite la Resolución Nro. 247, por la que no se hace lugar a los recursos de apelación planteados por el abogado César Armele Maiuff, representante de la firma PARAGUAY TEXTIL, y por el Despachante de Aduanas, Ricardo Robledo Armele, contra la Resolución N° 01/12, dictada por el Administrador de Aduana de Puertos y Estibajes; y se confirma en todos sus términos la resolución recurrida.

Entrando a analizar la discusión en autos sobre la asignación de la posición arancelaria del producto según el accionante y la Dirección Nacional de Aduanas tenemos: que en el segunda párrafo del CONSIDERANDO de la Resolución N° 247/12 manifiesta: “...*Que, en lo que respecta al fondo de la cuestión, en primer lugar hay que señalar que los apelantes, en toda su presentación manifiestan que tanto denunciantes, como el servicio aduanero propiamente dicho pretenden asignar a la mercadería importada por la sumariada una posición arancelaria que no corresponde. Sin embargo, en autos se puede observar sin cuestionamiento alguno que todos los informes de la unidad técnica aduanera encargada de la verificación física de las mercaderías, tanto de la verificación efectiva, como de las documentaciones analizadas, concluyen taxativamente, sin duda alguna, que la posición arancelaria que corresponde a dicha mercadería amparada por el Despacho de importación N° 110241C04QG1623G es la 6006.33.00 con gravamen del 16 por ciento. Tal aseveración, basada en cuestiones eminentemente técnicas, sustentadas en normas jurídicas, no fue desvirtuada por la parte sumariada. Consecuentemente, dicha clasificación arancelaria determinada por el servicio aduanero es la que debe ser considerada correcta, en forma irrefutable, tal como esta establecida en el artículo 385, numeral 5, de la Ley N° 2422/04, Código Aduanero, que dice: “FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS. De conformidad a las disposiciones de este Código, sus normas reglamentarias y complementarias le compete: 2) Aplicar las normas relativas a clasificación, origen y valoración de mercaderías”. Esta función, la Institución aduanera la realiza a través del Departamento de Visturía y de su cuerpo de funcionarios Vista, según lo establecido en el artículo ya citado y lo dispuesto en el artículo 390 del cuerpo legal mencionado y de la Resolución DNA N° 173/04, por la que se establece la estructura orgánica del Departamento de Visturía y se asignan competencias del mismo. Consecuentemente, la determinación correcta de la posición arancelaria que corresponde a la mercadería ampara por el Despacho de Importación N° 110241C04001623G,*

está enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, y no puede ser considerada, por lo tanto, arbitraria y mucho menos ilegal, tal como lo manifiestan los recurrentes sin ningún sustento legal. Aquí es dable recalcar que los informes técnicos, ensayos, etc. realizados por otras instituciones del Estado o del sector privado, de ninguna manera pueden constituirse en forma taxativa lo correcto en el ámbito aduanero...”.

A fs. 254 C.A. consta el INFORME DE VERIFICACIÓN N° 125/11 emanada con relación a la nota presentada por la Firma PARAGUAY TEXTIL, bajo patrocinio del despachante de Aduanas Sr. RICARDO ROBLEDO ARMELE solicitando la reconsideración clasificatoria de la mercancía denominada “Tejido de punto circular (por trama) de poliéster/algodón” establecida en el INFORME D.V. N° 65/07 (fs. 258), argumentando que no se han tenido en consideración aspectos técnicos en la construcción del tejido, así como procesos industriales técnicos y económicos al momento de la redacción del mencionado informe, de fecha 09 de marzo de 2011, en donde se concluyó que “...en concordancia con las Reglas Generales para la interpretación del Sistema Armonizado y las Notas Legales, que establecen las definiciones y el alcance de los “tejidos teñidos” y “tejidos con hilados de distintos colores”, se llegó a la conclusión de ratificar la clasificación establecida en el ítem 6006.33.00 “Con hilados de colores”...”.

A fs. 315 C.A. obra el INFORME DE ENSAYO Text N° 68/2011 con numero de entrada 41029/2011 de fecha 26 de abril de 2011, realizado por Instituto Nacional de Tecnología, Normalización y Metrología donde figura el resultado con respecto a la muestra de tela dando el siguiente resultado: “1. Algodón: 4,15% Poliéster: 95,85%. 2. Tejido de punto de trama. 3. Tejido teñido. 4. 0,55 mm.”. Podemos ver también, a fs. 316 C.A., donde obra la Carta de Certificación Contract. N° SC10BS077 emitido por el fabricante del producto Tianjin Bsasitex International Trade Company Ltd con la información técnica de composición, construcción y el proceso de Teñido correspondiente al Art. NO. YT150-A Tejido de punto por trama Teñido.

Luego a fs. 287 C.A. obra el INFORME D.V. N° 176/11, emanada mediante el desacuerdo con lo manifestado en el INFORME D.V. N° 125/11 (Respuesta a la reconsideración del INFORME D.V. N° 65/07), de fecha 13 de abril de 2011, en donde se concluyo que “...resulta importante señalar, que los informes de Ensayos proveídos por el Instituto Nacional de Tecnología, Normalización y Metrología, constituyen soportes básicos necesarios para la clasificación de di-

versas mercaderías. Sin embargo en las cuestiones relativas a la interpretación y clasificación de mercancías cuyas características son perceptibles a simple vista, corresponde a la DNA, establecer su clasificación de conformidad a Reglas Generales para la Interpretación del Sistema Armonizado y las Notas Legales que rigen esta materia...". Así también, obra a fs. 300 bis C.A. el INFORME D.V. N° 252/11 donde se ratifica en su postura los Técnicos de Vista de Aduanas.

Que, en base a todo lo arriba mencionado, tenemos que en este litigio no se discute la potestad de la autoridad de aplicación para la interpretación y clasificación arancelaria, sino mas bien que dicha actividad debe realizarse en base a parámetros técnicos y objetivos, como es en el caso de la composición de hilos y telas, por el hecho de que existen centenares o miles de combinaciones producidos por el constante desarrollo industrial, por tanto se requiere conocimientos científicos, instrumentos tecnológicos, normas técnicas de contrastación aprobadas por autoridad competente y ejecutadas por organismos certificados por la respectiva autoridad nacional.

Por ello para la operación de determinación de que tipos de fibras se encuentra compuesta dicho tejido, es necesario contar con el organismo de certificación y/o acreditación para elaborar con exactitud el resultado que corresponde a la mercancía, como es el Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN) ya que es la única entidad oficial reconocida y cuya misión es certificar los aspectos técnicos, de todo producto sujeto a importación, de la cual la Dirección Nacional de Aduanas no puede apartarse.

Por tanto, es inadmisibles que la Dirección Nacional de Aduanas pueda realizar una interpretación sin determinar la composición EXACTA de la mercancía y es por ello que no puede desconocer el informe elaborado por el INTN, ya que la DNA no cuenta con laboratorios de ensayos técnicos.

Respecto al sistema nacional reglado de certificación y el reconocimiento nacional e internacional del INTN como órgano certificador para este tipo de ensayos técnicos tenemos la Ley N° 2.279/03 "QUE MODIFICA Y AMPLÍA LA LEY N° 1.028/97 "GENERAL DE CIENCIAS Y TECNOLOGÍA", en cuyo art. 15 establece el Organismo Nacional de Acreditación – ONA, dependiente del CONACYT, como parte integrante del Sistema Nacional de la Calidad es la institución responsable de dirigir y administrar el Sistema Nacional de Acreditación y otorgar la acreditación a nivel nacional; mientras que el art. 16 establece que el ONA tendrá como función principal otorgar la acreditación a los organismos,

con el fin de habilitarlos para realizar actividades tanto en el ámbito obligatorio como voluntario: a) Laboratorios de ensayo y calibración; b) Organismos que realicen la certificación de productos; c) Organismos que realicen inspección o actividades similares de verificación y control; d) Otros organismos o entidades que requieran de acreditación o evaluación de la competencia de sus servicios, de acuerdo a sistemas internacionalmente reconocidos. Además, tenemos el Decreto N° 3.900/10 “POR EL CUAL SE REGLAMENTAN LOS ARTÍCULOS 15 Y 16 DE LA LEY N° 2.279/03 “QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS, 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21 y 22 y AMPLÍA LA LEY N° 1.028/97 “GENERAL DE CIENCIAS Y TECNOLOGÍA” que en ciertos párrafos del CONSIDERANDO dice: “...*El Paraguay es miembro de la Organización Mundial de Comercio – OMC y signatario del acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio – OTC. El Paraguay a través del Instituto Nacional de Tecnología, Normalización y Metrología – INTN es miembro de la Organización Internacional de Normalización –International Standarization Organization- ISO, que genera las normas internacionales reconocidas por la OMC para lograr la armonización de los Sistemas de Evaluación de la Conformidad...*”.

Queda demostrado que, no existe diferencia entre lo manifestado por la actora y lo que resultó finalmente verificado por la DNA correspondiente a la posición arancelaria 6006.32.00 del producto importado. Es así, que a través del certificado emitido por la Fabrica Tianjin Basitex Int. Trading Co. Ltd. (fs. 316 C.A.) y a través del Análisis e Informe técnico ejecutado por el Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN) (fs. 315 C.A.), de que el tejido es teñido, y por lo tanto corresponde a la partida arancelaria 6006.32.00.

En cuanto a la defraudación, la presente Ley N° 2422/04 “Código Aduanero” en su Art. 331 estipula “*Defraudación. Concepto. Se considera que existe defraudación en toda operación que, por acción u omisión, realizada en forma dolosa, con la colaboración de funcionarios o sin ella, viole expresas disposiciones legales de carácter aduanero, y se traduzca o pudiera traducirse si pasase inadvertida, en un perjuicio a la renta fiscal, siempre que el hecho no configure contrabando u otro hecho punible...*”.

Al respecto, es de importancia citar el comentario de Expedito Rojas Benítez que en su libro “Comentarios sobre el Código Aduanero”, pág. 193 expresa lo siguiente: “*La defraudación es una maquinación o maniobra que se perpetra en las operaciones aduaneras para evitar que el Fisco perciba regularmente los*

tributos que debe percibir por dichas operaciones. Elementos estructurales de la Defraudación son: A) Intención de perjudicar al Fisco en sus intereses económicos, que se materializa en la maquinación, treta, ardid o artificio utilizado para ese efecto; B) Lesión a la renta fiscal, y; C) Violación de las disposiciones legales”.

Conforme a lo expuesto, para la configuración del delito de Defraudación Aduanera es necesaria la existencia del elemento INTENCIONALIDAD con respecto a la declaración falsa, con la finalidad de la disminución del pago tributario, en cuyo caso no puede ser enmarcada, debido a que tanto la firma PARAGUAY TEXTIL S.A. y su despachante el Sr. Ricardo Robledo Armele han demostrado desde el inicio de la situación que los mismos no realizaron ninguna declaración falsa o inexacta de la base imponible, ya que en la misma factura de la fábrica Tianjin Basitex Int. Trading Co Ltd. se clasifica el producto con la partida arancelaria 6006.32.00 y además eso ha sido corroborado por el análisis técnico elaborado por el INTN.

Por tanto, en virtud a las razones arriba esgrimidas y considerando que para la imposición de una sanción como la defraudación las pruebas deben estar suficientemente fundadas con expresiones claras y precisas que la sustenten, demostrándose el dolo o la intencionalidad de perjudicar, lo que no ha ocurrido en el presente caso, por lo que soy del criterio que la presente demanda debe prosperar haciéndose lugar a la misma; en consecuencia, corresponde la revocación de la Resolución N° 01/12 del 02 de abril de 2012, dictada por el Administrador de Aduanas Puerto Fénix y, su confirmatoria, la Resolución N° 247 del 24 de mayo de 2012, dictada por la Dirección Nacional de Aduana. En cuanto a las costas, ellas deben ser impuestas a la perdidosa de conformidad al principio general establecido en el Art. 192 del Código Procesal Civil. **ES MI VOTO.**

A su turno, los Magistrados ARSENIO CORONEL BENÍTEZ y MARIO MAIDANA GRIFFITH manifiestan que se adhieren al voto que antecede, por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos. Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, EL TRIBUNAL DE CUENTAS, SEGUNDA SALA,
RESUELVE:

1. HACER LUGAR a la presente demanda contencioso-administrativa, instaurada en los autos “EDGAR R. ROBLEDO ARMELE C/ RES. N° 247 DE FECHA 24/05/12, DICTADA POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS” y, en consecuencia,

2. REVOCAR la Resolución N° 01/12 del 2 de abril de 2012, dictada por el Administrador de Aduanas de Puerto Fénix y la Resolución N° 247 del 24 de mayo de 2012, dictada por la Dirección Nacional de Aduana, de conformidad y de acuerdo con los fundamentos expresados en el exordio de la presente Resolución.

3. IMPONER LAS COSTAS a la perdidosa.

4. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arsenio Coronel, Mario Ygnacio Maidana Griffith, Ramón Rolando Ojeda

Ante mí: Diego Mayor Gamell. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 359

Cuestión debatida: *Que, de la cuestión que hace al fondo en la presente acción, tenemos que el actor había solicitado le devuelvan los aportes jubilatorios situación que inexplicablemente fue considerada por la administración como un recurso administrativo contra actos administrativos que nunca fueron objeto de recurso, solicitando el recurrente la Revocatoria de las Resoluciones.*

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CADUCIDAD. COSA JUZGADA.

Que, haciendo un estudio del fondo del caso que nos compete, tenemos que el actor Juvencio Pánfilo Torres Noceda, previamente esta Magistratura deberá dictar como Medio General de Defensa la Excepción de Cosa Juzgada y Caducidad, planteada en autos, al tiempo de contestar la presente demanda, por el abogado fiscal Luis Daniel Segovia Volta, en representación del Ministerio de Hacienda, obrando a fs. 146/149 argumenta que: “Que conforme a la normativa jurídica invocada, a los antecedentes administrativos y a la documental que se adjunta, surge sin equívoco que el demandante inicio la demanda Contencioso

Administrativa cuando el acto administrativo ya se encontraba inexorable firme y ejecutoriado por haberse interpuesto al reconsideración fuera del plazo, razón por la cual jurídicamente resulta imposible revivirla en esta vía” (SIC).

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Aportes jubilatorios. Devolución de Aportes Jubilatorios

Que, del examen de las constancias de autos, partiendo de la simple lectura del considerando del acto administrativo que se ataca en el presente litigio –la Resolución DGJP N° 1695, de fecha 06 de agosto de 2014– se evidencia, que lo que el demandante había solicitado ante la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones fue la devolución de sus aportes jubilatorios, siendo dicha solicitud “entendida” y tramitada por la administración Previsional como “Reconsideración de la Resolución DGJP - B N° 126, del 16 de enero de 2014” (a fs. 16 de autos), lo que no resulta coherente y por consecuencia, incongruente, como bien lo denuncia la parte actora.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Aportes jubilatorios. Devolución de Aportes Jubilatorios.

Que, de la cuestión que hace al fondo en la presente acción , tenemos que el actor había solicitado le devuelvan los aportes jubilatorios (fs. 123 de autos), situación que inexplicablemente fue considerada por la administración como un recurso administrativo contra actos administrativos que nunca fueron objeto de recurso –las Resoluciones DGJP N° 126 de fecha 16 de enero de 2014, y DGJP N° 918 de fecha 02 de mayo de 2014, dictadas por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones– en ambos casos.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a petición.

Que, así, la autoridad administrativa competente en materia previsional, nunca se expidió respecto al segundo pedido de devolución de aportes o en verdad lo hizo de un modo incoherente e ilógico, sin dar respuesta alguna a la solicitud cumplida en fecha 19 de mayo de 2014, dejando sin respuestas a un administrado peticionante, lo que implica un quebranto a la garantía del derecho a petionar, contenida en el artículo 40 de la Constitución Nacional que manda: “Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tienen derecho a petionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la Ley determine”.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Propiedad Privada.

Que, lo consagrado en el Art. 109 “De la Propiedad Privada” de nuestra Carta Magna, con relación al fondo de la cuestión, cobra relevancia al ser analizado desde una perspectiva constitucional, así al aplicarle una restricción para solicitar la devolución de sus haberes jubilatorios es atentatorio al régimen de seguridad social del que debe gozar todo ciudadano y violatorio del principio constitucional del derecho de propiedad, debemos recordar que la jubilación está fundada sobre los aportes jubilatorios durante la realización de un trabajo lícito por el tiempo legal establecido, y podríamos definir al aporte jubilatorio, en términos sencillos, como el descuento compulsivo que sufre el funcionario público de su sueldo o salario para integrar los fondos, ordenando al ente demandado la devolución de los aportes que fueron depositados por más de 10 años y 5 meses que van desde el 1° de Mayo de 2003 hasta fines de Setiembre de 2013, lo que en total nos dan la cantidad de Gs. 198.149.758 (Guaraníes Ciento Noventa y Ocho Millones Ciento Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Cincuenta y Ocho) más intereses legales.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Que, surge que no se ha respetado el Principio de Legalidad, por lo tanto, se concluye que se observan en autos un mal procedimiento en la actuación de la administración que acarrearán la nulidad de los actos administrativos cuestionados, y en consecuencia por los fundamentos precedentemente expresados, esta Magistratura es del criterio de hacer lugar a la presente acción contencioso-administrativa, instaurada en estos Autos por el Sr. Juvencio Pánfilo Torres Noceda, y por lo tanto corresponde Revocar la Resolución N° 1695, de fecha 06/08/2014, dictada por el Ministerio de Hacienda; en cuanto a las Costas voto porque las mismas sean impuestas a la parte perdedora, la parte demandada, en aplicación de la teoría objetiva del riesgo asumido. Es mi voto”.

T. DE CUENTAS. SEGUNDA SALA. 27/072015 “JUVENCIO PÁNFILO TORRES NOCEDA CONTRA RESOLUCION N.º 1695 DE FECHA 06 DE AGOSTO DE 2014 DICTADA POR EL MINISTERIO DE HACIENDA. (A Y S. N.º 359)

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustado a derecho el acto administrativo recurrido?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Mario Ygnacio Maidana Griffith, Gregorio Ramón Rolando Ojeda y Arsenio Coronel Benítez .

Y el miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, dijo: Que, en fecha 8 de octubre del 2014 (fojas 25/32 de autos), se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Sr. Juvencio Pánfilo Torres Noceda, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover demanda Contencioso-Administrativa, contra la resolución n° 1695, de fecha 06 de agosto de 2014, dictada por el Ministerio de Hacienda. funda la demanda en los siguientes términos: “Adminisibilidad de la presente acción. Que, del acto administrativo que puso fin al exhaustamiento de la instancia administrativa, resulta la Resolución N° 1695 de fecha 06 de agosto de 2014, dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, que por expresa disposición del Decreto N° 5383 de fecha 24 de mayo de 2005, fue delegada a dicha Dirección la competencia, a modo que el pronunciamiento de la misma ponga fin a la instancia administrativa en materia de trámites de jubilaciones y/o pensiones, habilitando con ello la vía jurisdiccional para la prosecución de los reclamos por parte del administrado. Que, en fecha 12 de setiembre de 2014, tomé conocimiento de la decisión administrativa que aquí se impugna, al momento en que solicité compulsas del expediente administrativo, conforme a la copia de solicitud que se adjunta a la interposición de la presente demanda contencioso-administrativa. Relacion de Hechos. Que, en fecha 03 de octubre de 2013, he solicitado ante el órgano correspondiente la primera solicitud de devolución de mis haberes jubilatorios, lo que vio trámite en el expediente administrativo N° 20018/2014, tras haber resultado como cotizante ante el Ministerio de Hacienda, por ocupar la magistratura de Juez Civil de Primera Instancia (categoría J25) durante 10 años y 5 meses, conforme lo acredité con la constancia emitida por la División de Sueldos y Gastos de Representación del Departamento de Liquidación de Remuneración del Personal de la Corte Suprema de Justicia. Que, ni mi condición de aportante como magistrado, ni el tiempo que ocupé dicho cargo fueron motivos de impugnación por parte de la entidad demandada, siendo

reconocidas ambas situaciones que hacen al derecho que se demanda. Primer acto administrativo recaído. Que, ante el pedido inicial de devolución de aportes, la Administración Pública, por Resolución DGJP N° 126 de fecha 16 de enero de 2014 dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, resolvió: «Denegar por improcedente la solicitud de devolución de aportes jubilatorios formulada por el señor Juvencio Pánfilo Torres Noceda, con C.I. C N° 400.910, en base a los motivos expresados en el considerando de esta resolución» (sic.). Que, dicha decisión fue adoptada con el siguiente argumento: «Por otra parte, el Decreto-Ley N° 23 del 11 de mayo de 1954, «por el cual se establece nuevas normas para la jubilación de magistrados y funcionarios del poder judicial», en el artículo 1°, prescribe:» «...los mencionados magistrados judiciales que hayan cumplido cincuenta años y por lo menos diez años de servicios exclusivamente en la Administración de Justicia, sin alcanzar los veinte y cuatro adquieren también derecho a la jubilación ordinaria y el haber jubilatorio en el caso será el tres y medio por ciento del último sueldo gozado multiplicado por el número de años de servicios prestados. Relacionados los hechos, en el presente caso vemos que el sr. Juvencio Panfilo Torres Noceda al tiempo de su desvinculación laboral de la Administración de Justicia contaba aproximadamente (10) años y (5) meses de servicio prestados, hasta mes de setiembre 2013 a la vista del mh/sseaf/dgjp/cj/dcp/informe N° 4214/2013 del Departamento de Cotización Provisional y edad de 64 años. Siendo así, mal podría la administración dar trámite favorable a la devolución de aporte planteado por el sr. Juvencio Pánfilo Torres Noceda, en razón de que el mismo a la fecha de su desvinculación laboral «configuró a su favor el derecho a la jubilación» según las disposiciones mencionadas precedentemente. Que, así, la propia Administración Pública deniega un derecho, para de manera unilateral reconocer expresamente otro, conforme a lo que fue transcrito. Postura variante violación a la doctrina de los propios actos. Que, la variación en las decisiones administrativas, ya que inicialmente sostuvo que resulta factible la concesión de la jubilación, para ulteriormente negar dicho derecho, por una causal específica. Así, se nota la conducta variable de la administración, que no hizo cosa distinta, sino extender de manera innecesaria los trámites a ser cumplidos a fin de que el particular resulte con una pretensión satisfecha. Falta de motivación. Que, así, de la simple lectura del considerando de la referida resolución administrativa, se evidencia que el director de jubilaciones y pensiones, sin que mi parte lo haya solicitado, muta la pretensión

planteada, ya que originalmente la solicitud fue devolución de aportes, para que la misma autoridad en materia de Jubilaciones y Pensiones, decida –unilateralmente– variar el derecho de lo que le fue solicitado, por otro distinto, como resulta en el presente caso, ya que la concesión de la jubilación no resulta coincidente a lo primeramente peticionado. Que, si el administrado formuló una petición específica, la administración no puede producir un acto administrativo que no coincida –sea en sentido positivo o negativo– a lo peticionado. Sin embargo, excelencias, la transcripción parcial cumplida por mi parte de la Resolución DGJP N° 126, nuevamente indicada por mi parte, fue eso lo que realizó, resultando por lo tanto un acto administrativo inmotivado. Que, la trascendencia de la Resolución DGJP N°126, resulta que a partir de ahí, el tramite sumarial para lograr el goce de mi derecho (devolución de mis aportes) se apartó del camino para ello. Segundo acto administrativo recaído. Que, en fecha 02 de mayo de 2014, fue dictada la Resolución DGJP N° 918, por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones. Que, por el referido pronunciamiento administrativo, me fue denegada la jubilación, conforme al contenido de la parte dispositiva que dispuso: «denegar por improcedente, la solicitud de jubilación formulada por el señor Juvencio Pánfilo Torres Noceda, con C.I.C N° 409.910 en base a los motivos expresados en el considerando de ésta resolución» (sic.) Que, conforme lo solicitado inicialmente fue la devolución de aportes jubilatorios, no coincidiendo la pretensión con la resolución ante el órgano administrativo, negación que fundada fue en lo que a continuación se expone: «marco legal aplicable: con relación al caso, el Decreto Ley N° 23 del 11 de mayo de 1954 «por el cual se establece nuevas normas para la jubilación de magistrados y funcionarios del poder judicial» en el art. 1° (última parte) transcribe: «...Los mencionados magistrados y funcionarios judiciales que hayan cumplido cincuenta años y por lo menos diez años de servicios exclusivamente en la Administración de Justicia, sin alcanzar los veinte y cuatro adquieren también derecho a la jubilación ordinaria y el haber jubilatorio en el caso será el tres y medio por ciento del último sueldo gozado multiplicado por el número de años de servicios prestados». Así mismo, el Art. 5o de la norma precedentemente citada, dispone: «Pierden los derechos acordados por esta Ley los magistrados que cesaren en sus cargos por una de las causas establecidas en el Art. 2o de la Ley N° 391 del 08 de enero de 1920, o por abandono injustificado del cargo». El Sr. Juvencio Panfilo Torres Noceda fue removido del cargo de Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comer-

cial y Laboral de la ciudad de Luque, Circunscripción Judicial de Central, por haber incurrido en la causal de «mal desempeño de funciones», según se desprende del Considerando de la Resolución N° 4689 de 17 de setiembre de 2013 dictada por la Corte Suprema de Justicia. En ese entendimiento, somos de opinión que mal podría la Administración dar viabilidad al pedido de «Jubilación» planteado por el Sr. Juvencio Pánfilo Torres Noceda, en razón de que el mismo fue sancionado con la remoción del cargo, considerando que la conducta del mismo fue tipificada dentro de las previsiones de los incisos "b" y "g" del artículo 14 de la Ley N° 3759/2009 que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados y deroga las leyes antecedentes", extremo que acredita la pérdida del derecho a la jubilación, conforme lo establece el Art. 5° del Decreto Ley N° 23/54. Nuevo pedido de devolución de los aportes. que, tras la denegación de mis aportes en el trámite inicial, procedí a formular un nuevo pedido de devolución de mis aportes, lo que fue tramitado por expediente N° 27092 del año 2014, para ser adjunto al expediente N° 20018/2014, ya finiquitado. Que, tras el nuevo pedido y la habilitación de nuevo expediente administrativo, procedí a plantear urgimiento ante la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, en fecha 18 de julio de 2014. Que, a ello devino el dictado de la Resolución DGJP N° 1695 de fecha 06 de agosto de 2014, dictado por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, siendo este el acto administrativo definitivo atacado en autos. Que, así la Resolución DGPJ N° 126 de fecha 16 de enero de 2014, dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones y la Resolución DGJP B N° 918 de fecha 02 de mayo de 2014, dictada igualmente por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, no resultan objeto de la presente acción, ya que ellas corresponden a otro expediente administrativo, ya finiquitado, que ni siquiera fue objeto de recurso administrativo, por el trámite desordenado otorgado por la autoridad administrativa, que como ya fue mencionado, de un pedido inicial de devolución de aportes, unilateralmente procedió a tramitar la jubilación ordinaria. Que, lo que motivo la nueva interposición de un pedido distinto y posterior a la negación antes narrada. Se recuerda que los actos administrativos no hacen cosa juzgada, por lo que el nuevo pedido, debió haber recibido un trato, como pretensión distinta que constituye, sin que ello pueda ser objeto de negación, por supuesto doble juzgamiento. Que, sin embargo, erradamente, la Administración concedió el trámite como si se hubiera interpuesto un recurso administrativo contra la Resolución DGJP B N° 918 de

fecha 02 de mayo de 2014, cuando en realidad, conforme lo acredito con la solicitud de devolución de aportes, planteada ante la mesa de entrada de la Secretaría General de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, conforme al cargo de administrados, que tiene estampada fecha 18 de julio de 2014. Sin que haya recibido el procedimiento correspondiente. Que, así queda visto que la Administración Pública pretende conceder el tratamiento que le parece y no lo que le resulta peticionado por los administrados ya que en este segundo pedido, el rechazo fue justificado por la interposición extemporánea del recurso administrativo, que reitero, no fue tal la petición formulada, sino una vez más, aclaro, fue peticionado un nuevo pedido de devolución de aportes. Que, la incongruencia entre lo peticionado y lo resuelto por la Resolución DGJP N° 1695 de fecha 06 de agosto de 2014, dictado por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, resulta un acto administrativo absolutamente nulo, por lo que desde ya se solicita su anulación y/o revocación, conforme el Excelentísimo Tribunal de Cuentas, lo considere, al tiempo que solicito se disponga la devolución de lo que en estricto derecho me corresponde, que conforme a la liquidación practicada por la misma autoridad competente en materia de Jubilaciones y Pensiones, obrante entre los antecedentes administrativo que harán prueba en estos autos, que a la fecha totaliza la suma de Guaraníes Ciento Noventa y Ocho Millores, Ciento Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Cincuenta y Ocho (Gs. 198.149.758), suma que deberá ser actualizada al momento de hacerse efectivo el pago, conforme a los adicionales correspondientes. Doctrina. Que, siguiendo la Doctrina de la materia de haberes jubilatorios, es jurisprudencia y no solo nacional, sino también de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, «...la que a través de prolijos e innumerables pronunciamientos, elaboró una doctrina ampliamente protectora de los derechos jubilatorios al amparo de la cláusula que garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17). En este trabajo nos ocuparemos de sintetizar los principales aspectos del derecho previsional en relación con esta garantía.» (Bidart Campos, Germán, “Estudios de Previsión Social y Derecho Civil”, Editorial La Ley, pág. 15, Buenos Aires, Argentina, año 1968). Que, a modo de hacer plenamente aplicable la cita doctrinaria referenciada al presente caso, me permito transcribir el riquísimo aporte expuesto, que resulta a continuación: «Hemos usado en el presente trabajo el término genérico de beneficios «previsionales» entendiendo involucrar en el mismo todas las prestaciones correspondientes a los regímenes de previsión, comprendiendo no sólo

las jubilaciones y las pensiones, sino también las de pago único, como retiros, subsidios y devoluciones de aportes.» Que, así queda claro que la doctrina –de respetada enseñanza como resulta Bidart Campos– engloba a la jubilación con todo lo relacionado a aportes de dicha índole. Que, así queda claro que la doctrina de respetada enseñanza como resulta Bidart Campos, englobada a la jubilación con todo lo relacionado a aportes de dicho índole. Jurisprudencia de La Maxima Instancia Judicial. Que, partiendo de una petición formulada por mi parte, la devolución de los aportes jubilatorios, la que en momento alguno fue vanado, conforme consta en el expediente administrativo, que desde ya ofrezco como prueba instrumental para su momento oportuno, el cambio de devolución de aportes por jubilación, devino única y exclusivamente por parte de la propia autoridad administrativa. Que, si lo que resulta denegada por la causal de destitución es la jubilación, sin que dentro de dicha consecuencia pueda ser insertada la no devolución de los aportes, por no existir norma legal que así lo imponga, no resulta cumplido el principio de legalidad, es decir, la ausencia normativa, no habilita a la administración a interpretar de manera extensiva, cuestiones no legisladas, por lo que de un simple razonamiento, siguiendo el criterio invariable de los Tribunales de lo contencioso administrativo, confirmados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no puede ser privado el trabajador de los aportes que cumplió al tiempo de ser-cotizante una vez que haya dejado la función pública y sin haberse acogido al beneficio de la jubilación. Que, al respecto me remito al caso caratulado: «Juan Dionicio Vera Paredes C/ Resolución D.G.J.P. A/- 3406 del 07 de Sept. de 2012, dict. por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda» resuelto por el Tribunal de Cuentas, que por Acuerdo y Sentencia N° 205 de fecha 19 de diciembre de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, en el que la referida instancia judicial sostuvo, en un caso idéntico al presente cuanto sigue: «En atención a esta disposición de rango constitucional, es criterio constante de la Sala Penal que los aportes efectuados por el funcionario público constituyen un patrimonio propio de éste. de esta forma, la jubilación no se constituye en una suerte de salario graciable otorgado por el Estado a aquel que cumple con los requisitos para acogerse al beneficio de jubilación, sino que se constituye en la devolución de los aportes efectuados durante sus años de servicio activo al Estado». Que, así queda visto que la denegación a la devolución de los haberes jubilatorios, resultan violatorios a la propiedad privada del fun-

cionario aportante, lo que merece resguardo constitucional, conforme al artículo 109 de la Constitución Nacional. Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, en el caso caratulado: «Clotilde Alice Aguayo c/ Resolución N° 605 en fecha 15 de abril de 2003 del Ministerio de Hacienda», resuelto por Acuerdo y Sentencia N° 512 de fecha 10 de julio de 2006, dictado por la Corte Suprema de Justicia y que transcrito en su parte pertinente, resulta: «En las condiciones apuntadas, surge la verosimilitud del derecho invocado por la parte adora, pues mal cabría la retención indebida de los aportes jubilatorios o lo que resulta lo mismo, la no devolución de tales aportes, habiendo asidero legal que permita lo contrario, siendo considerado por el a quo como un enriquecimiento indebido por parte del Estado, constituyendo mejor, a criterio de este preopinante, como un despojo en perjuicio del administrado, debiendo por tanto ser confirmado el fallo N° 20 de fecha 22 de marzo de 2003 dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala». Que, en ese orden de cosas, la pretensión de lograr el recupero de los aportes efectuados a lo largo de diez años y cinco meses, conforme lo reconoció expresamente la administración, debe ser restituido a este ex funcionario estatal, que ocupara un cargo en la Magistratura, de no hacerlo así, estaría siendo víctima del despojo patrimonial de lo por el cotizado, así como ello, significaría un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, en detrimento al interés de un sujeto particular».

Termina ofreciendo sus pruebas y realizando el petitorio en concordancia con los términos de su demanda, solicitando que cumplidos con los trámites correspondientes se haga lugar a la presente demanda con costas.

Posteriormente, en fecha 10 de diciembre del 2014, se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Luis Daniel Segovia Volta, abogado fiscal del Ministerio de Hacienda, a contestar la presente demanda contencioso-administrativo. Funda la contestación en los siguientes términos: “Que, en tiempo hábil y legal forma, vengo a contestar la presente demanda, conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación paso a exponer: en primer término, niego categóricamente todos y cada uno de los hechos expuestos en la presente demanda, salvo los expresamente afirmados en esta presentación. antecedentes. en fecha 30 de octubre de 2013, el sr. juvencio pánfilo torres noceda solicita devolución de aportes jubilatorios. Por Resolución DGJP N° 126 de fecha 16 de enero de 2014, se ha resuelto denegar por improcedente la solicitud de devolución de aportes jubilatorios formulada por el Sr. Juvencio

Torres. Por Resolución DGJP N° 918 de fecha 02 de mayo de 2014, se acordó jubilación ordinaria al Sr. Juvencio Torres, en base de 41 años y 8 meses de servicios computables prestados a la administración pública. Por Resolución MH N° 292 de fecha 03 de octubre de 2012, se resuelve denegar por improcedente el pedido de jubilación formulado por el señor Juvencio Torres. Ante un segundo pedido de devolución de aportes presentado por el Sr. Juvencio Torres, por resolución DGJP N° 1695/2014 se rechaza por improcedente el pedido de reconsideración planteado por el Señor Juvencio Torres contra la Resolución N° 126 de fecha 16 de enero de 2014. Contra esta última resolución, la actora ha promovido acción contencioso- administrativa. Caducidad de Plazo Para Promover Reconsideración Y Cosa Juzgada Administrativa. Al observar las actuaciones citadas, encontramos la fecha de notificación de la Resolución DGJP N° 126 de fecha 16 de enero de 2014, el 20/01/2014 y la presentación del pedido en fecha 19/05/2014, resulta que ha sobrepasado el tiempo establecido para la presentación del pedido. Por ello, la promoción de la presente demanda contenciosa administrativa debe ser rechazada por caducidad del plazo para promover recurso de reconsideración. La accionante de esta demanda, habiendo sido notificada efectivamente de la Resolución citada en fecha 20 de enero de 2014, dejó transcurrir el plazo previsto para la reconsideración para impugnar el acto administrativo en grado de reconsideración, habiendo quedado ya entonces firme y ejecutoriada tanto la Resolución DGJP N° 126 de fecha 16 de enero de 2014, Que deniega la solicitud planteada, produciéndose de esta forma lo que la Doctrina conoce como Cosa Juzgada Administrativa. De lo expuesto se desprende claramente que, al tiempo de presentarse la reconsideración, el acto administrativo ya se encontraba inatacable. Así, ante la inobjetable aplicación de la norma vigente en la materia ya la prueba mencionada obrante en autos releva a esta representación efectuar otras argumentaciones y no cabe otra, sino hacer lugar a la caducidad de plazo y cosa juzgada administrativa. Que, conforme a la normativa jurídica invocada, a los antecedentes administrativos y a la documental que se adjunta, surge sin equívoco que el demandante inició la acción contencioso administrativa cuando el acto administrativo ya se encontraba inexorablemente firme y ejecutoriado por haberse interpuesto la reconsideración fuera del plazo, razón por la cual jurídicamente resulta imposible revivirla por esta vía. consecuentemente, ese tribunal se servirá hacer lugar a las excepciones de cosa juzgada administrativa y caducidad de plazo, promovida por esta

representación fiscal como medio general de defensa. improcedencia de la cuestión de fondo. Esta representación había afirmado que el Sr. Juvencio Torres no tiene derecho a ser beneficiado con la devolución de aportes jubilatorios, habida cuenta que la legislación vigente en la materia no faculta a la Administración, es más, prohíbe a la misma a devolver en estos casos los aportes jubilatorios. Con relación al caso, la Ley de la Función Pública, en su artículo 53, dispone: «cuando termine la relación jurídica entre el Estado y sus funcionarios, sin que éstos estén en condiciones de acogerse a la jubilación, tendrán derecho a la devolución de sus aportes jubilatorios en el plazo máximo de un año. Por otra parte, el Decreto-Ley N° 23 de fecha 11 de mayo de 1954 «POR EL Cual Se Establece Normas Para La Jubilación de Magistrados Y Funcionarios Del Poder Judicial», en el artículo 1° prescribe «Adquieren derecho a la jubilación ordinaria de conformidad a los términos del presente Decreto-Ley, los miembros de la Corte Suprema de Justicia, los miembros de los Tribunales de Apelación, los miembros del Tribunal de Cuentas, los Jueces de Primera Instancia, Jueza de Paz de todas las categorías, el Defensor General de Menores, los Defensores y Procuradores de Pobres y Ausentes y de Reos Pobres, los representantes del Ministerio Público y sus procuradores, los Secretarios de Juzgados y Tribunales que hayan prestado a lo menos veinte y cuatro años de servicios en la Administración judicial y hayan cumplido 50 años de edad. El haber jubilatorio será el 94% del último sueldo líquido al interesado. Los mencionados magistrados y funcionarios judiciales que hayan cumplido cincuenta años y por lo menos diez años de servicios exclusivamente en la Administración de Justicia, sin alcanzar los veinte y cuatro adquieren también derecho a jubilación ordinaria y el haber jubilatorio en el caso será el tres y medio por ciento del último sueldo gozado multiplicando por el número de años de servicios prestados. Relacionados los hechos con la norma aplicable, vemos que el Sr. Juvencio Torres, al tiempo de su desvinculación laboral de la Administración de Justicia contaba aproximadamente con 10 años y 5 meses de antigüedad, por lo que mal podría la Administración fiscal dar trámite favorable a la devolución de aporte. Por otro lado, el artículo 5o del decreto - Ley N° 23 de fecha 11 de mayo de 1954 «por el cual se establece normas para la jubilación de magistrados y funcionarios del poder judicial» dispone: «pierden los derechos acordados por esta Ley los magistrados que cesaren en sus cargos por una de las causas establecidas en el art. 2° de la Ley N° 391 del 08 de enero de 1920, o por abandono injustificado del cargo».

Debe entenderse asimismo comprendido dentro del alcance de esta Ley lo relacionado a retiro de aporte jubilatorio. Al respecto, esta última Ley, Ley orgánica de los Tribunales, modificación del art. 284, enjuiciamiento de magistrados, art. 2º, establece: “son causas de enjuiciamiento: ...b) la mala conducta. Se entenderá por tal cualquier acción u omisión que constituyese grave inmoralidad o fuere depresiva a la dignidad de un funcionario público, o una desviación reiterada del cumplimiento estricto del deber, o una parcialidad manifiesta a favor de determinadas personas en perjuicio de los intereses legítimos de tercero. C) Cualquier otra condición que inhabilitare para el desempeño regular del cargo por razón de incapacidad legal, física o mental, o por ignorancia de las Leyes relevada por actos sucesivos”. En el caso, vemos que el Sr. Juvencio Torres fue enjuiciado y removido del cargo de Juez por haber incurrido en la causal de “mal desempeño de funciones”, según se desprende del Considerando de la Resolución 4.689 del 17 de setiembre de 2013 dictada por la Corte Suprema de Justicia. En ese entendimiento, en vista a las prohibiciones legales existentes, el funcionario que otorgue la devolución solicitada incluso se expone a sanciones administrativas e incluso penales, ya que las autoridades superiores, los funcionarios y los empleados públicos, deben ajustar sus actos a las disposiciones de la Constitución de la República del Paraguay y de las Leyes. Por lo demás, la legalidad exigida para los actos de las autoridades administrativas es más estricta que la licitud de los actos jurídicos privados, en el sentido de que para estos basta que no estén prohibidos, en tanto que para los actos administrativos se requiere que estén autorizados expresa o implícitamente en la Ley o reglamento fundado en la misma. Por su parte, el Prof. Dr. Miguel Ángel Pangrazio, en su obra “Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 56, entre las Reglas de Interpretación que se tienen en cuenta en el Derecho Administrativo, menciona a la novena regla que dice: “Lo que la Ley no atribuye o autoriza en forma expresa o implícita, no está permitido” (sic). Asimismo manifiesta que “...si el acto no está autorizado, la nulidad será su consecuencia...”. No cabe más que reiterar que la Administración no puede más que aplicar la norma jurídica conforme a lo estrictamente prescripto en el texto legal, ateniéndose plenamente al principio de legalidad administrativa. El funcionario administrador se halla constreñido al cumplimiento de la Ley conforme a su texto expreso; no puede hacer interpretaciones extensivas de las leyes; más allá de lo que expresamente dispone; por lo que no puede disponer cosa distinta de lo que la Ley establece. Por

lo expuesto, el Tribunal de Cuentas deberá aplicar la norma invocada referente al presente caso, rechazando la presente demanda contenciosa administrativo”.

Terminan solicitando, que previo los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dicte sentencia rechazando la presente demanda Contencioso-Administrativa, con costas.

Que a fojas 156 de autos, consta el A.I. N° 479, de fecha 25 de marzo de 2015, del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que dice: “Declarar la competencia del Tribunal, para entender en el presente juicio, y no existiendo hechos que probar, declarar la cuestión de puro derecho, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 242 del C.P.C, y córrase nuevo traslado a las partes por su orden”.

Que a fojas 167 de autos, consta el Informe del Actuario de fecha 10 de junio del 2015, donde el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, llama Autos para Sentencia.

Y el señor Miembro del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Mario Ygnacio Maidana Griffith, prosiguió diciendo: “Que por derecho propio y bajo patrocinio de abogado se presenta el señor Juvencio Pánfilo Torres Noceda, con cargo que en su presentación ante la Secretaría de este Tribunal luce fecha 08 de octubre de 2014, a plantear demanda contencioso-administrativa contra el resolución N° 1695, de fecha 06/08/2014, dictada por el Ministerio de Hacienda (a fs. 25/32 de autos), alegando el recurrente que fue afectado por dicha resolución en el que se resuelve denegar por improcedente el pedido de devolución de aportes formulados por el actor.

Que, haciendo un estudio del fondo del caso que nos compete, tenemos que el actor Juvencio Pánfilo Torres Noceda, previamente esta Magistratura deberá dictar como Medio General de Defensa la Excepción de Cosa Juzgada y Caducidad, planteada en autos, al tiempo de contestar la presente demanda, por el abogado fiscal Luis Daniel Segovia Volta, en representación del Ministerio de Hacienda, obrando a fs. 146/149 argumenta que “Que conforme a la normativa jurídica invocada, a los antecedentes administrativos y a la documental que se adjunta, surge sin equivoco que el demandante inicio la demanda Contencioso Administrativa cuando el acto administrativo ya se encontraba inexorable firme y ejecutoriado por haberse interpuesto al reconsideración fuera del plazo, razón por la cual jurídicamente resulta imposible revivirla en esta vía” (SIC).

Que, del examen de las constancias de autos, partiendo de la simple lectura del considerando del acto administrativo que se ataca en el presente litigio –la

Resolución DGJP N° 1695, de fecha 06 de agosto de 2014– se evidencia, que lo que el demandante había solicitado ante la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones fue la devolución de sus aportes jubilatorios, siendo dicha solicitud “entendida” y tramitada por la administración previsional como “reconsideración de la Resolución DGJP B N° 126, del 16 de enero de 2014” (a fs. 16 de autos), lo que no resulta coherente y por consecuencia, incongruente, como bien lo denuncia la parte actora.

Que, lo mencionado en el párrafo anterior, encuentra respaldo probatorio en la instrumental obrante a fojas 123 de autos, en los antecedentes administrativo, formulario que motivó a la Resolución DGJP N° 1695, de fecha 06 de agosto de 2014, en el que quedó estampada la pretensión del solicitante como: “Devolución de aporte jubilatorio”, con fechado 19 de mayo de 2014.

Que, a dicha presentación no pudo ni la autoridad administrativa, ni tampoco lo puede este Tribunal de Cuentas, asignar un significado distinto a lo pretendido por el propio solicitante, cuya claridad en el caso que nos ocupa, no permite interpretación diferente, a la que el actor de la presente demanda había presentado inicialmente ante la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones a solicitar, reitero, la devolución de sus haberes jubilatorios practicados al tiempo que el mismo ocupaba un cargo público.

Que, sin embargo, la referida Dirección General no lo hizo así, “entendiendo” dicha entidad ministerial un significado distinto a lo planteado por el sujeto particular solicitante, otorgándole un trámite de recurso administrativo a un pronunciamiento ya dictado por la misma autoridad, sin que lo sea.

Que, en su defensa, el demandante indicó haber tomado conocimiento del dictado de la Resolución DGJP N° 1695, recién en fecha 12 de setiembre de 2014, con la solicitud de copia del expediente administrativo formulada por él mismo. En ausencia de constancia de notificación anterior a dicho acto procesal, siguiendo reglas básicas del proceso, debe considerárselo por notificado conforme a la constancia obrante a fs. 138 de autos, por lo que se deduce que la presente demanda fue planteada en tiempo y forma, es decir, dentro de los 18 días de la notificación del acto administrativo que se ataca, conforme lo impone la normativa vigente sobre la materia.

Que, los motivos expuestos tornan visiblemente improcedente la excepción de caducidad (cuando la legislación procesal aplicable, en su art. 224 contempla solo la de prescripción), la que debe ser rechazada, por no resultar inoportuna la interposición de la acción demandada.

Que, consta en el escrito de demanda, que entre las fs. 26/28, fue desarrollado por la parte demandante una detallada relación de los hechos, entre los que resultan resaltables las Resoluciones DGJP N° 126 de fecha 16 de enero de 2014, y la Resolución DGJP N° 918 de fecha 02 de mayo de 2014, dictadas por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, todo ello en el expediente administrativo N° 20018/2014.

Que, a fs. 29, aclara en su escrito de demanda, que tras el dictado de las resoluciones administrativas indicadas en el párrafo anterior, no fue objeto de recurso administrativo alguno contra los mismos, los que a la fecha gozan de plena firmeza.

Que, el particular afectado por los indicados actos administrativos, decidió iniciar un nuevo pedido de devolución de sus aportes, en procedimiento totalmente nuevo e independiente al trámite anterior, que conforme lo obrante en autos, ya se encontraba finiquitado y con la merecida firmeza ya antes referida.

Que, el nuevo planteamiento ante la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, vio tramitación en el expediente administrativo individualizado bajo el N° 27.092/2014, es decir, resulto un procedimiento que no tuvo relación con la solicitud y posterior denegación anterior, y en el que recayó la Resolución DGJP N° 1695, de fecha 06 de agosto de 2014, dictada por la Dirección competente, siendo el último de los pronunciamientos administrativos el atacado en la presente acción contencioso administrativa, conforme lo aclara el propio actor en su escrito que obra a fs. 29, párrafo tercero, y el propio petitorio del escrito de promoción de demanda, que obra a fs. 32 de estos autos .

Que, de la cuestión que hace al fondo en la presente acción, tenemos que el actor había solicitado le devuelvan los aportes jubilatorios (fs. 123 de autos), situación que inexplicablemente fue considerada por la administración como un recurso administrativo contra actos administrativos que nunca fueron objeto de recurso –las Resoluciones DGJP N° 126 de fecha 16 de enero de 2014, y DGJP N° 918 de fecha 02 de mayo de 2014, dictadas por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones– en ambos casos.

Que, así, la autoridad administrativa competente en materia previsional nunca se expidió respecto al segundo pedido de devolución de aportes o en verdad lo hizo de un modo incoherente e ilógico, sin dar respuesta alguna a la solicitud cumplida en fecha 19 de mayo de 2014, dejando sin respuestas a un administrado peticionante, lo que implica un quebranto a la garantía del dere-

cho a peticionar, contenida en el artículo 40 de la Constitución Nacional que manda: “Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tienen derecho a peticionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la Ley determine”.

Que, la irregularidad del acto administrativo atacado en autos, la Resolución DGJP N° 1695, de fecha 06 de agosto de 2014, dictada por la Dirección de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, deviene de la falta de respuesta lógica y coherente, acorde a la pretensión de su solicitante, por parte de la administración pública a un pedido de devolución de aportes jubilatorios planteado por un ex servidor público, desvinculado de la función estatal y sin el derecho a goce de la jubilación ordinaria, que como ya fue observado por este Tribunal, conforme a las constancias indicadas con anterioridad, que se reiteran, resultan del considerando del acto administrativo definitivo que se ataca, el Dictamen N° 1129 de fecha 27 de junio de 2014 de la Asesoría Jurídica (fs. 130/131 de autos), la propia contestación de demanda, específicamente a párrafo conclusivo obrante a fs. 146 de autos, que demuestran el error administrativo de haber concedido un trámite recursivo a lo que resultó un nuevo pedido de devolución de aportes, lo que vicia con la irregularidad al acto administrativo resultante.

Que, lo consagrado en el Art. 109 “De La Propiedad Privada” de nuestra Carta Magna, con relación al fondo de la cuestión, cobra relevancia al ser analizado desde una perspectiva constitucional, así al aplicarle una restricción para solicitar la devolución de sus haberes jubilatorios es atentatorio al régimen de seguridad social del que debe gozar todo ciudadano y violatorio del principio constitucional del derecho de propiedad, debemos recordar que la jubilación está fundada sobre los aportes jubilatorios durante la realización de un trabajo lícito por el tiempo legal establecido, y podríamos definir al aporte jubilatorio, en términos sencillos, como el descuento compulsivo que sufre el funcionario público de su sueldo o salario para integrar los fondos, ordenando al ente demandado la devolución de los aportes que fueron depositados por más de 10 años y 5 meses que van desde el 1° de mayo de 2003 hasta fines de setiembre de 2013, lo que en total nos dan la cantidad de Gs. 198.149.758 (Guaraníes Ciento Noventa y Ocho Millones Ciento Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Cincuenta y Ocho) más intereses legales.

Que, en otro punto cabe destacar que en nuestra Carta Magna se encuentran contemplados derechos que les son inherentes al aportante jubilatorio, de

no hacerlo así, el Ministerio de Hacienda, incurriría en “enriquecimiento ilegítimo”, violando el derecho constitucional del actor a la intangibilidad de su derecho de propiedad, habida cuenta que los aportes cuya devolución solicita, integran de manera inexcusable su patrimonio.

Que, la función de la Administración de tomar Resoluciones, no tiene fuerza de verdad legal, justamente por eso la decisión del órgano administrativo, es revisable en sede judicial, y en nuestro Proceso legal administrativo el Juez Natural, que está dotado de independencia e imparcialidad para revisar los actos de los órganos administrativos es el Tribunal de Cuentas (artículo 265 de la Constitución Nacional, artículo 30 del Código de Organización Judicial) que tiene a su cargo el control judicial de las decisiones administrativas.

Que, el maestro Salvador Villagra Maffiodo al referirse a las disposiciones de la Sentencia Contencioso-Administrativa, expresa que “podría la Sentencia limitarse a revocar la resolución administrativa por nulidad, anulabilidad, exceso o desviación de poder, disponiendo el reenvío de la causa a la autoridad administrativa para que ésta dicte una nueva resolución conforme a derecho pero al mismo tiempo de declarar la ilegalidad del acto, podría disponer en su lugar lo que sea justo como consecuencia directa de su pronunciamiento...”, esto último no es contrario al “...principio de la separación de poderes, en el sentido de la especialización de funciones según la cual compete al Poder Judicial entender y decidir en todo asunto contencioso. Esta disposición positiva de la sentencia constituye una protección mucho más segura para el particular, que no queda librado al riesgo de una resolución administrativa arbitraria. No puede haber duda para ello en el caso de los actos reglados, en los cuales la misma Ley establece las normas concretas para su aplicación, como en el caso de una liquidación de impuesto que el tribunal puede, no sólo declarar ilegal, sino establecer cuál es la correcta; o en el caso de que la disposición sea consecuencia directa de la ilegalidad declarada, en este caso que nos compete es sobre el tema de las devoluciones de aportes. También en el caso de actos discrecionales condicionados a hechos ciertos, al punto de que confinan con los reglados, como la imposición de multas que el tribunal puede graduar conforme a la gravedad de la transgresión” (Salvador Villagra Maffiodo. “Principios de Derecho Administrativo”, 4ª Edición. Páginas 431/432. Año 2011).

Que, surge que no se ha respetado el Principio de Legalidad, por lo tanto se concluye que se observan en autos un mal procedimiento en la actuación de la

administración que acarrear la nulidad de los actos administrativos cuestionados, y en consecuencia por los fundamentos precedentemente expresados, esta Magistratura es del criterio de Hacer Lugar a la presente Acción Contencioso-Administrativa, instaurada en estos Autos por el Sr. Juvencio Pánfilo Torres Noceda, y por lo tanto corresponde Revocar La Resolución N° 1695, de fecha 06/08/2014, dictada por el Ministerio de Hacienda; en cuanto a las costas voto porque las mismas sean impuestas a la parte perdedora, la parte demandada, en aplicación de la teoría objetiva del riesgo asumido. Es mi voto”.

A su turno los señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Gregorio Ramón Rolando Ojeda y Arsenio Coronel, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Preopinante Mario Ygnacio Maidana Griffith, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación del mismo, firman los Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por ante el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Resuelve:

1) No hacer lugar a la excepción interpuesta por el Abog. Luis Daniel Segovia Volta, representante convencional de la Parte Demandada en el presente Juicio Caratulado: “Juvencio Pánfilo Torres Noceda, contra Resolución N° 1695, de fecha 06 de agosto de 2014, dictada por el Ministerio de Hacienda”, conforme a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente Resolución.

2) Hacer lugar a la presente demanda Contencioso-Administrativa, en los autos caratulados: “Juvencio Pánfilo Torres Noceda, contra Resolución N° 1695, de fecha 06 de agosto de 2014, dictada por el Ministerio de Hacienda”, y en consecuencia

3) Revocar la Resolución N° 1695, de fecha 06 de agosto de 2014, dictada por el Ministerio de Hacienda, de conformidad y con los alcances contenidos en el exordio de la presente resolución.

4) Ordenar la devolución de los aportes jubilatorios que fueron consignados por 10 años y 5 meses desde el 1° de mayo de 2003 hasta fines de setiembre de 2013, lo que en total nos dan la cantidad de Gs. 198.149.758 (Guaraníes ciento noventa y ocho millones ciento cuarenta y nueve mil setecientos cincuenta y ocho), más intereses legales.

JURISPRUDENCIA

5) Imponer las costas, a la perdidosa.

6) Notificar, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados. Mario Ygnacio Maidana Griffith, Gregorio Ramón Rolando Ojeda y Arsenio Coronel Benítez.

Abog. Diego Mayor Gamell. Actuario Judicial

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL**

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1018

Cuestión debatida: *El análisis de la resolución se circunscribe en determinar si efectivamente existió o no indefensión del sumariado en sede administrativa y si la resolución a la que arribó el Tribunal de Cuentas y que anula las decisiones del Juzgado de Faltas y de la Intendencia Municipal, se halla o no ajustada a derecho.*

**PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. NOTIFICACIÓN.
Notificación por Cédula. Efectos de la notificación.**

Que, luego del análisis realizado a la cédula de notificación mencionada, la conclusión es que la misma reúne todos los requisitos de validez establecidos en la norma que rige la materia (posee fecha cierta, está firmada debidamente por la Ujier Notificador, tiene el sello oficial de la Municipalidad de Asunción, el informe del dorso está debidamente completo y firmado), pues fue practicada de acuerdo a lo preceptuado para tales casos; es más, fue entregado a persona cierta que firmó debidamente el documento, que fue entregado en la dirección proporcionada por el propio sumariado en el Acta de Intervención arriba mencionada. Entonces, la sola afirmación del actor sobre que desconoce a la persona que recibió la notificación no puede constituir motivo para declarar la nulidad de la notificación y de todo lo actuado posteriormente. Es más, no pueden afirmar los Miembros del Tribunal que la persona que recibió la notificación no es conocido del actor basados única y exclusivamente en la palabra del mismo, obviando todos los demás requisitos de validez que si reúne dicha notificación.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. MUNICIPALIDAD. Policía Municipal.

Que, demás está decir que, al estar involucrado en un accidente de tránsito, que requirió la intervención de la Policía Municipal de Tránsito, el actor debió recurrir a las oficinas municipales e informarse sobre el procedimiento a seguir posterior al accidente, a ser llevado a cabo ya en sede de la Municipalidad de Asunción, no pudiendo alegar ignorancia de la Ley N° 3.966/2010, Orgánica Municipal, que regula dicho menester.

C.S.J. Sala Penal. 07/10/2014. “OSCAR JAVIER TALAVERA C/ RES N° 1149 DEL 2/08/2011 DICT. POR LA MUNICIPALIDAD DE ASUNCION” (Ac. y Sent. N° 1018).

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Luis María Benítez Riera, Alicia Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Benítez Riera dijo: La abogada María Isabel Salinas Benítez, en representación de la Municipalidad de Asunción, si bien interpuso el recurso de nulidad (fs. 150), no ha fundado dicho recurso, por lo que se lo debe tener por desistida del mismo. Por otro lado, no se observan en la resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizado por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A su turno los Dres. Sindulfo Blanco y Alicia Pucheta de Correa, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Luis María Benítez Riera prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N° 716 de fecha 19 de noviembre de 2012, el Tribunal de Cuentas Segunda Sala resolvió: 1) Hacer lugar a la demanda contencioso administrativa instaurada por Oscar Javier Talavera Labrano; 2) Anular la Resolución N° 1.149 del 2/08/2011 dictada por la Intendencia Municipal de la Ciudad de Asunción y la S.D. N° 61/2011 del 3/02/2011 dictada por el Juzgado de Faltas del Quinto Turno de la Municipalidad de Asunción, retrotrayendo el procedimiento hasta el A.I. N° 35 del 4/02/2011; 3) Imponer las costas en el orden causado. Para fundamentar este fallo, el Tribunal de Cuentas sostuvo que la

cedula de notificación que comunica el inicio del sumario si bien fue diligenciada por el funcionario del Juzgado de Faltas con todas las formalidades, sin embargo no fue entregado a ninguno de los destinatarios que menciona la normativa contenida en el artículo 111 de la Ley Orgánica Municipal, dejando en indefensión al sumariado, cercenando así su derecho a la defensa. Los miembros del Tribunal opinaron que el procedimiento administrativo se encuentra viciado de nulidad desde el momento en que el ciudadano Talavera Labrano se ve privado de ejercer su legítima defensa.

Que, la apelante se agravó en contra del fallo impugnado en los términos del escrito de fs. 155/157, señalando, entre otras cuestiones, que la sentencia lesiona por completo el derecho procesal paraguayo y crea una gran incertidumbre en torno a la práctica de las notificaciones y que el Tribunal de Cuentas se ha prestado a una burda maniobra (pérfida práctica de negar haber recibido la notificación argumentando falazmente desconocer a la persona que la ha recibido) que de ser acogida por la Suprema Corte causará un caos jurídico. Agrega que otra peligrosa y torcida interpretación de los hechos radica en el excesivo valor concedido por el Tribunal de Cuentas a las intempestivas declaraciones testificales extemporáneas de los supuestos testigos presenciales ofrecidos por el Sr. Talavera Labrano, pues no tienen el peso para tornar inválido el procedimiento administrativo llevado de manera absolutamente regular. Termina solicitando se dicte sentencia rechazando in totum el Acuerdo y Sentencia N° 716 del 19/11/2012 y confirmando plena y total de la Resolución N° 1149 del 2/08/2011 dictada por la Intendencia Municipal de la Ciudad de Asunción y la S.D. N° 61/2011 del 3/02/2011 dictada por el Juzgado de Faltas del Quinto Turno de la Municipalidad de Asunción.

Que, antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión que nos ocupa, debemos realizar una breve síntesis de las actuaciones administrativas que anteceden a dicha cuestión. Así, tenemos que por A.I. N° 35 del 4/01/2011 el Juzgado de Faltas del Quinto Turno de la Municipalidad de Asunción resolvió instruir sumario en averiguación y comprobación de hechos denunciados (accidente de tránsito) y señalar la audiencia para los conductores involucrados a objeto de que presten declaración indagatoria y ofrezcan pruebas. Luego de los trámites de rigor, el mencionado Juzgado de Faltas dictó la S.D. N° 61 de fecha 3/02/2011 por la cual resolvió condenar al conductor Oscar Javier Talavera, por trasgredir los art. 111 in fine y 88 de la Ordenanza Municipal 21/94, con una

multa de Gs. 173.940 y sobreseer definitivamente a la conductora Lilia Beatriz Peña Galeano. Contra esta decisión el Sr. Oscar Talavera Labrano promovió un incidente de nulidad de actuaciones e interpuso recursos de nulidad y apelación. La Municipalidad de Asunción respondió a estos planteamientos con la Resolución N° 1.149/2011 del 2/08/2011, por la cual resolvió no hacer lugar a los recursos interpuestos por el Sr. Talavera Labrano y, en consecuencia, confirmar la S.D. N° 61 de fecha 3/02/2011 dictada por el Juzgado de Faltas del Quinto Turno. Seguidamente, el Sr. Oscar Talavera Labrano se presenta a interponer demanda contenciosa administrativa contra la S.D. N° 61 de fecha 3/02/2011 y la Resolución N° 1.149/2011 del 2/08/2011 en fecha 4/10/2011 (fs. 66/68)

Bien, el meollo de la cuestión se circunscribe a determinar si efectivamente existió o no indefensión del sumariado en sede administrativa y si la resolución a la que arribó el Tribunal de Cuentas y que anula las decisiones del Juzgado de Faltas y de la Intendencia Municipal, se halla o no ajustada a derecho.

Que, según se desprende de la lectura del Acta de Intervención de Accidente de Tránsito N° 0056792, inserta en los antecedentes administrativos agregados a estos autos, el Sr. Oscar Javier Talavera Labrano indicó como su lugar de residencia la casa N° 585 de la calle Auditores del Chaco casi Teniente Chirife de la ciudad de Asunción. Nótese que dicho documento se halla firmado por el citado (fs. 76/79), con lo cual ratifica que los datos registrados en el acta son los correctos y le pertenecen. Ahora bien, el A.I. N° 35 del 4/01/2011 que instruye el sumario y señala audiencia al Sr. Talavera Labrano, fue notificado en el domicilio cuya dirección fue proporcionada por el propio sumariado, es decir, en Auditores del Chaco N° 585 casi Teniente Chirife de la ciudad de Asunción, según se desprende de la cédula de notificación practicada el 6/01/2011 por el ujier notificador Esteban Caballero y fue recibida por una persona de nombre Rodrigo Gómez, a quien el sumariado dijo desconocer.

Que, luego del análisis realizado a la cédula de notificación mencionada, la conclusión es que la misma reúne todos los requisitos de validez establecidos en la norma que rige la materia (posee fecha cierta, está firmada debidamente por la ujier notificador, tiene el sello oficial de la Municipalidad de Asunción, el informe del dorso está debidamente completo y firmado), pues fue practicada de acuerdo a lo preceptuado para tales casos; es más, fue entregado a persona cierta que firmó debidamente el documento, que fue entregado en la dirección proporcionada por el propio sumariado en el Acta de Intervención arriba men-

cionada. Entonces, la sola afirmación del actor sobre que desconoce a la persona que recibió la notificación no puede constituir motivo para declarar la nulidad de la notificación y de todo lo actuado posteriormente. Es más, no pueden afirmar los Miembros del Tribunal que la persona que recibió la notificación no es conocido del actor basados única y exclusivamente en la palabra del mismo, obviando todos los demás requisitos de validez que si reúne dicha notificación.

Que, en esa misma tesitura, y reforzando aún más lo precedentemente expuesto, debemos destacar que la Resolución N° 1.149 del 2/08/2011; que rechaza los recursos de nulidad y apelación interpuestos por el Sr. Talavera Labrano contra la S.D. N° 61 del 3/02/2011; fue notificada al actor en el mismo domicilio por el denunciado en el Acta de Intervención y, en el cual se realizara la notificación anterior que dice no haber recibido; es decir, en la casa de la calle Auditores del Chaco N° 585 casi Teniente Chirife de la ciudad de Asunción, según se desprende la cedula de notificación de fecha 13/09/2011, diligenciada por la Ujier Rosana Acosta (fs. 63). Entonces la pregunta obligada, tal como lo sostiene la apelante, es: ¿cómo es posible que habiéndose diligenciado las notificaciones en ambas oportunidades en el mismo domicilio (declarado por el propio sumariado), una de ellas no haya llegado a su conocimiento?

Que, el Tribunal de Cuentas se equivoca al sostener en el considerando de la sentencia recurrida que “...sin embargo la S.D. N° 61/2011 emanada del Juzgado de Faltas sí llegó a destino, a raíz de esta última notificación, en fecha 15 de febrero de 2011 el ciudadano Oscar Javier Talavera Labrano solicitó intervención y copia del expediente y en fecha 22 de febrero promovió un incidente de Nulidad de Actuaciones además de interponer los Recursos de Apelación y Nulidad”, pues del estudio de las constancias de autos y de los antecedentes administrativos agregados, no existe tal cedula de notificación de la S.D. N° 61/2011. Fue el propio sumariado quien se presentó al Juzgado de Faltas en forma personal, por sus propios derechos y bajo patrocinio de abogado, en fecha 15/02/2011, escrito mediante a solicitar intervención y copia del expediente (fs. 99). Esta presentación fue proveída en la misma fecha con lo siguiente: Expídase copia del presente expediente, a cargo del solicitante. El sumariado deberá estarse a lo dispuesto en el art. 116 de la Ley 3.966/10. Firmado: Abog. Mirian Zarza de Spinzi –Jueza Municipal de Faltas–, Jorge Sánchez, Actuario (fs 99). Con lo expuesto, se deduce, se infiere que el actor tenía conocimiento de que se hallaba en pleno trámite un sumario en relación al accidente de tránsito del cual

fuera protagonista y que la defensa ensayada sobre el no conocimiento de la persona que recibió la primera notificación en el domicilio por el denunciado, fue solo una manera de dilatar el procedimiento y conseguir una salida favorable a sus pretensiones.

Que, demás está decir que, al estar involucrado en un accidente de tránsito, que requirió la intervención de la Policía Municipal de Tránsito, el actor debió recurrir a las oficinas municipales e informarse sobre el procedimiento a seguir posterior al accidente, a ser llevado a cabo ya en sede de la Municipalidad de Asunción, no pudiendo alegar ignorancia de la Ley N° 3.966/2010 Orgánica Municipal, que regula dicho menester.

Que, por los fundamentos expuestos precedentemente, corresponde hacer lugar al recurso de apelación opuesto por la abogada María Isabel Salinas Benítez, representante de la Municipalidad de Asunción y, en consecuencia, revocar el Acuerdo y Sentencia N° 716 de fecha 19 de noviembre de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas al actor en ambas instancias, en virtud a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 inc b) del C.P.C. ES MI VOTO.

A su turno los Dres. Blanco y Pucheta de Correa, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E. todo por ante mí que lo certifica quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal

RESUELVE:

1) Tener por desistida a la abogada María Isabel Salinas Benítez, representante de la Municipalidad de Asunción, del recurso nulidad.

2) Hacer Lugar al recurso de apelación interpuesto por la abogada María Isabel Salinas Benítez, representante de la Municipalidad de Asunción, y en consecuencia

3) Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 716 de fecha 19 de noviembre de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.

4) Costas en ambas instancias al actor.

5) Anótese, regístrese.

Magistrados: Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Luis María Benítez Riera.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1023

Cuestión debatida: *En el presente fallo se ha analizado y resuelto si la marca solicitada por la firma Drake Beam Morin Inc. “DBM”, y que cuya inscripción debería hacerse en la clase 9, se presta o no a confusión frente a la marca oponente de la firma Distribuidora de Productos Médicos SRL, “DPM”, registrada en las clases 10, 35 y 42, y si pudiera o no inducir al error en el público consumidor.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa.

Que, si no le permitiéramos a la coadyuvante proseguir con la tramitación del presente litigio, estaríamos violentando el derecho a la defensa que le asiste, el cual se halla consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Igualmente, si cercenáramos la intervención de la firma representada por el recurrente, infringiríamos el artículo 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 8 inc. c) del Pacto de San José de Costa Rica.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LEY DE MARCAS N° 1.294/98. LEY 300/94.

Que, por otro lado, la marca solicitante, al ser una marca internacional y mundialmente conocida, inscrita ya en varios países además de su país de origen, goza de la protección de las normas que rigen la cuestión, que en este caso están contenidas tanto en la Ley 1.294/98, De Marcas, como en el Convenio de París, ratificado en nuestro país por Ley 300/94, en sus Artículo 6° quinquies Marcas: protección de las marcas registrada en un país de la Unión en los demás países de la Unión (cláusula “tal cual es”) y en su Artículo 8°, que establece: “El nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio”.

C.S.J. 07/10/2014. “DISTRIBUIDORA DE PRODUCTOS PARA MEDICINA S.R.L. C/ RESOLUCIONES N° 1170 DEL 11/11/2004 DICT. POR LA SECRETARÍA DE ASUNTOS LITIGIOSOS Y LA N° 26 DEL 13/03/2006 DICT. POR LA DIRECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL” (Ac. y Sent. N° 1.023).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN:

¿Se halla ella ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Luis María Benítez Riera, Sindulfo Blanco y Alicia Pucheta de Correa.

Cuestión previa. Caducidad de Instancia. El Dr. Benítez Riera dijo: Que, antes de entrar a analizar los recursos interpuestos contra el Acuerdo y Sentencia N° 1.157 de fecha 28 de noviembre de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resulta imperioso referirnos a lo solicitado por el abogado Carmelo Módica, representante de la firma Distribuidora de Productos para Medicina SRL (DPM), en el escrito de fs. 205/207, en el que solicita la caducidad de instancia, argumentando que: “Ha caducado la instancia para la demandada y, en consecuencia, para la coadyuvante... El coadyuvante no es propiamente parte del proceso contencioso administrativo, limitándose a ser un colaborador de la parte demandada... La parte demandada, el Ministerio de Industria y Comercio, no expresó agravios ni realizó algún otro acto de procedimiento dentro del plazo mencionado, que venció el 23 de agosto de 2013. En consecuencia, vencido el plazo se ha producido la caducidad de la instancia para la demandada principal... Operada la caducidad de la demanda, se produce igualmente la caducidad de la coadyuvante, dado que esta sigue la suerte de aquella”.

Bien, antes que nada, debemos notar que la intervención en estos autos de la firma Drake Beam Morin Inc. (apelante), en calidad de coadyuvante, está reconocida por el proveído de fecha 5/09/2006 (fs. 90 vlto.), dictado por el Tribunal Inferior, luego de que la citada firma haya solicitado intervención y contestado la demanda cuyo traslado fue ordenado por providencia de fecha 2/08/2006 (fs. 69 vlto.) y efectiva por cedula de notificación de fecha 8/08/2006 (fs. 74)

Que, al respecto de la cuestión de autos, y como ya lo tengo expresado en fallos anteriores, nuestra legislación admite la intervención del coadyuvante en las causas contencioso-administrativas, como litis consorte siempre que su derecho se vea afectado por la Resolución que se dicte. En el caso subexámine, al hacer lugar el fallo recurrido a la demanda presentada por la firma Distribuidora de Productos para Medicina S.R.L. (DPM), disponiendo como consecuencia la revocación de las resoluciones recaídas en la instancia administrativa, resulta evidente que dicha determinación afecta un interés legítimo que la recurrente tiene en el desenlace de este juicio. Al ser coadyuvante titular de un derecho

en expectativa creado a partir de una situación administrativa en el ámbito de la Dirección de la Propiedad Industrial, dependiente del Ministerio de Industria y Comercio, no se le puede limitar la defensa de esos intereses en el ámbito judicial, máxime cuando le asiste la facultad de exigir el resguardo de su pretensión que se encuentra en un mismo nivel con la de la demandada. Como sostuve ya en fallo anterior, la parte coadyuvante posee autonomía de gestión procesal en defensa de esos fundamentos e intereses.

Que, si no le permitiéramos a la coadyuvante proseguir con la tramitación del presente litigio, estaríamos violentando el derecho a la defensa que le asiste, el cual se halla consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Igualmente, si cercenáramos la intervención de la firma representada por el recurrente, infringiríamos el artículo 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 8 inc. c) del Pacto de San José de Costa Rica.

Que, por tanto, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas precedentemente, no resta otra opción que desestimar el pedido de caducidad de instancia planteado por el abogado Carmelo Módica, representante de la firma Distribuidora de Productos para Medicina SRL (DPM).

Que, por otro lado, esta Sala Penal ha dictado el Auto Interlocutorio N° 2306 de fecha 18/10/2013 por el cual resolvió: 1) Declarar operada la caducidad de la instancia en el juicio supraindividualizado respecto a los recursos interpuestos por la representante convencional de la parte demandada Abogada Elpidia Rojas de Delgado, 2) Costas a la recurrente, 3) Anótese, regístrese y notifíquese.

A la única cuestión planteada, el Dr. Benítez Riera dijo: Por Acuerdo y Sentencia No 1157 de fecha 28 de noviembre de 2012, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió: 1) Hacer lugar a la demanda contencioso-administrativa planteada por la firma Distribuidora de Productos para Medicina SRL (DPM) y, en consecuencia, 2) Revocar las Resoluciones N° 1170 del 11/11/2004 dictada por la Secretaria de Asuntos Litigiosos y la N° 26 del 13/03/2006 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial, 3) Imponer las costas a la perdedora, la parte demandada.

Que, antes de entrar a estudiar el fondo de la cuestión debemos realizar una breve síntesis de las cuestiones administrativas que sirvieron de base a la presente demanda. Así tenemos que en fecha 14/03/2003 se presenta ante la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio la firma Drake Beam Morin Inc., bajo patrocinio del agente Hugo Berkemeyer, a

solicitar el registro de la marca “DBM” en la clase 9. En fecha 6/05/2003 se presenta la firma Distribuidora de Productos para Medicina SRL, bajo patrocinio del agente Carmelo Mónica, a deducir oposición contra la solicitud de registro de la marca citada, en base a la marca registrada de su propiedad “DPM”, de las clases 10, 35 y 42. Al respecto la Secretaría de Asuntos Litigiosos del Ministerio de Industria y Comercio dictó la Resolución N° 1170 de fecha 11/11/2004, por la cual resolvió declarar improcedente y no hacer lugar a la acción deducida por la firma Distribuidora de Productos para Medicina SRL contra la firma Drake Beam Morin Inc., sobre oposición al registro de la marca “DBM” clase 9 y disponer la prosecución del trámite de registro de la marca “DBM” a favor de la firma Drake Beam Morin Inc. El agente Carmelo Mónica, por la firma Distribuidora de Productos para Medicina SRL, en fecha 17/11/2004, se presenta a interponer y fundamentar recurso de apelación contra la Resolución N° 1170 de fecha 11/11/2004. La Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio dictó la Resolución N° 269 de fecha 13/03/2006, por la cual resolvió: 1) Confirmar en todas sus partes la Resolución N° 1170 de fecha 11 de noviembre de 2004 dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos, 2) Disponer la prosecución del trámite de registro de la marca “DBM”, clase 9, a favor de la firma Drake Beam Morin Inc.

Que, la firma Distribuidora de Productos para Medicina SRL se presenta ante el Tribunal de Cuentas Primera Sala en fecha 3/07/2006, a deducir demanda contencioso administrativa contra las Resoluciones N° 1.170 de fecha 11/11/2004 dictada por la Secretaría de Asuntos Litigiosos y N° 269 de fecha 13/03/2006 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio.

Que, ya en sede jurisdiccional y luego de los trámites de rigor propios del proceso contencioso-administrativo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dictó el Acuerdo y Sentencia N° 1157 de fecha 28 de noviembre de 2012, más arriba citado.

Que, contra la decisión del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el abogado Hugo Berkemeyer, en representación de la firma Drake Beam Morin Inc., fundamenta el recurso de apelación (fs. 192/198), argumentando que ha quedado debidamente probado en autos que las marcas no tienen ningún punto de encuentro y en ningún caso se producirá confusión ni directa ni indirecta, por lo que no puede hablarse de clases relacionadas. Agrega que ha quedado probado

que su mandante es una firma asentada a nivel mundial con registros en numerosos países y no tiene nada de que aprovecharse y el interés de registrar sus siglas DBM no afecta para nada la reputación de la distribuidora nacional. Manifiesta que la marca DBM, que constituye las siglas de Drake Beam Morin, puede coexistir pacíficamente con la firma DPM de Distribuidora de Productos Médicos, ya que son marcas que denotan productos y servicios totalmente diferentes. Sigue diciendo que nuestra jurisprudencia es muy clara al aceptar el registro de marcas similares (hasta idénticas) cuando estas se encuentran en clases diferentes no relacionadas. Argumenta en cuanto a la imposición de las costas a la perdidosa que le agravia a su parte porque se trata de una cuestión opinable frente a la ley de marcas y depende de la apreciación subjetiva del juzgador, por lo que se debe imponer las mismas en el orden causado. Termina solicitando se dicte sentencia revocando el Acuerdo y Sentencia N° 1157 de fecha 28 de noviembre de 2012 dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala y se impongan las costas en el orden causado .

Que, de lo precedentemente analizado y transcrito, resulta obvio que el meollo de la cuestión se circunscribe a resolver si la marca solicitada por la firma Drake Beam Morin Inc. “DBM”, y que cuya inscripción debería hacerse en la clase 9, se presta o no a confusión frente a la marca oponente de la firma Distribuidora de Productos Médicos SRL, “DPM”, registrada en las clases 10, 35 y 42, y si pudiera o no inducir al error en el público consumidor.

Que, entrando a examinar la cuestión planteada y teniendo como parámetro lo establecido en la Ley 1294/98 de Marcas, debo señalar como ya dijera en fallos análogos anteriores, que la esencia de la marca está en poder excluir a otros en el uso de marcas confundibles. El espíritu de la legislación marcaria, conforme la doctrina imperante, es el de evitar la confusión. Tanto es así que ya no se habla de que las marcas deben ser claramente inconfundibles, sino que deben ser claramente distinguibles. Se pone acento así en la necesidad de una clara diferenciación de las marcas en pugna. En el caso subexámine ¿son las marcas en pleito confundibles?

Que, al contrastar las marcas en pugna y para llegar a un veredicto sobre la confundibilidad o no de las mismas, resulta imperioso realizar el análisis de diferenciación gráfica, fonética e ideológica (los tres campos principales en los cuales debe efectuarse el cotejo de los signos marcarios según los autores Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas en su obra “Derecho de Marcas”,

Tomo II, Editorial Eliasta). Entonces, si bien ambas marcas comparten dos de las tres letras que las conforman, no es menos cierto que existen diferencias que las separan e impiden el riesgo de confusión.

Así, la diferenciación más fuerte la encontramos en las clases en las cuales se halla inscrita la marca registrada y la clase en la cual solicita su inscripción la solicitante. La marca solicitante (DBM), desea cubrir productos/servicios de la clase 9, mientras que la marca registrada (DPM) se halla inscrita en las clases 10, 35 y 42. Entre dichas clases existe una muy acentuada diferencia en cuanto a productos/servicios que describen, los cuales inclusive, no tienen relación marcada o posible. Esta enfática diferenciación de clases nos lleva a analizar lo que se conoce como Principio de Especialidad de las marcas.

Que, en ese sentido, las marcas protegen, única y exclusivamente, a los artículos o servicios para los cuales ha sido registrada y nada más, es decir, los productos o servicios que el solicitante expresamente solicitó en los documentos del trámite de registro y para los cuales la DPI concedió los derechos. En base a ello, se concluye que existe una relación directa y estrecha entre el signo marcario como tal y los productos o servicios a representar, por lo que los derechos que adquiere el titular de una marca no se refieren al signo en abstracto, sino a la relación entre el signo y los productos o servicios que identifica; y esto es lo que se caracteriza como especialidad marcaria, elemento que es único e inherente de las marcas.

Como lo sostiene Fernández-Novoa: “La marca no estriba en un signo abstractamente considerado, sino que es un signo puesto en relación con una o varias clases de productos o servicios. Paralelamente, el derecho sobre la marca no recae sobre un signo per se, sino sobre un signo puesto en relación con una o varias clases de productos o servicios”. En conclusión y por la razón precedente, es posible la existencia y convivencia de marcas idénticas o semejantes para distinguir productos o servicios distintos y de distinto titular, es decir, la cobertura es tan disímil que no genera confusión en el público consumidor.

Que, por otro lado, la marca solicitante, al ser una marca internacional y mundialmente conocida, inscrita ya en varios países además de su país de origen, goza de la protección de las normas que rigen la cuestión, que en este caso están contenidas tanto en la Ley 1,294/98, De Marcas, como en el Convenio de París, ratificado en nuestro país por Ley 300/94, en sus Artículo 6 quinquies Marcas: protección de las marcas registrada en un país de la Unión en los demás

países de la Unión (cláusula “tal cual es”) y en su Artículo 8, que establece: “El nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio”.

Que, en base a lo precedentemente analizado, podemos concluir sin temor a equívocos, que las marcas en pugna son inconfundibles, no existiendo riesgo de error o confusión ni perjuicio para que ambas marcas puedan coexistir pacíficamente. Por tanto, soy de parecer que el recurso de apelación interpuesto por el abogado Hugo Berkemeyer, en representación de la firma Drake Beam Morin Inc., debe prosperar y el Acuerdo y Sentencia N° 1157 de fecha 28/11/2012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, debe ser revocado en todas sus partes. En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la perdidoso (artículo 203 inc b) del CPC). Es mi Voto.

Que a su turno, los Dres. Sindulfo Blanco y Alicia Pucheta de Correa, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E. todo por ante mí que lo certifica quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE:

1. Desestimar el pedido de caducidad de instancia planteado por el Abogado Carmelo Módica, representante de la firma Distribuidora de Productos para Medicina SRL.

2. Hacer Lugar al recurso de apelación interpuesto por el abogado Hugo Berkemeyer, en representación de la firma Drake Beam Morin Inc y en consecuencia

3. Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 1157 de fecha 28/11/2012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente Resolución.

4. Imponer las costas a la perdidoso, la parte actora.

5) Anotar y notificar.

Magistrados: Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Luis María Benítez Riera.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1053

Cuestión debatida: *El fondo de la cuestión planteada gira en torno a la validez o no de la destitución del funcionario Carlos Anastacio contra la Resolución 01/12 de fecha 06 de febrero de 2012, dictada por el Consejo de la Magistratura ya que el Tribunal Inferior no hizo lugar a la presente acción, arguyendo que el actor ocupaba un cargo de confianza, el cual se encuentra comprendido entre los taxativamente establecidos en el art. 8° de la Ley N° 1626/00, y por ello de libre disposición por parte de sus superiores.*

FUNCIÓN PÚBLICA. Ley aplicable. Ley N° 1626/00. FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de Confianza.

Quienes ocupen tales cargos podrán ser removidos por quién esté facultado para el efecto por la ley o, en ausencia de éste, por la máxima autoridad del organismo o entidad respectiva del Estado. La remoción de estos cargos, aún por causas no imputables al funcionario, no conlleva los efectos económicos del despido. Los funcionarios que hayan sido promovidos a ocupar estos cargos conservan los derechos adquiridos con anterioridad al respectivo nombramiento”.

FUNCIÓN PÚBLICA. Ley aplicable. Ley N° 1626/00. FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de Confianza.

Esta enumeración es taxativa, no corresponde hacer una interpretación extensiva de los cargos de confianza contenidos en él, y aplicarlo por analogía a los Secretarios de las demás entes del Estado como es el Consejo de la Magistratura.

FUNCIÓN PÚBLICA. Ley aplicable. Ley N° 1626/00. FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de Confianza. Sumario Administrativo.

El actor de la presente acción contencioso administrativa al momento de dársele por terminadas sus funciones, ya había adquirido largamente estabilidad en el cargo y, por ende no siendo el mismo un cargo de confianza, la única vía para proceder a su destitución era la existencia de un sumario previo en el cual recayera sentencia condenatoria en su contra.

FUNCIÓN PÚBLICA. Ley aplicable. Ley N° 1626/00. FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de Confianza. COSTAS. A la perdidosa.

Correspondiéndole al actor como indemnización el pago de un año de salarios caídos por razones de equidad, conforme a una larga y pacífica jurisprudencia.

cia de esta Sala en esta materia, debiendo además su reintegro a la institución demandada regirse por los arts.44 y 45 de la Ley N° 1.626/00. En cuanto a las costas, deben imponerse en ambas instancias a la perdidosa, la parte demandada, en virtud del principio contenido en el art. 192 del C.P.C.

FUNCIÓN PÚBLICA. Ley aplicable. Ley N° 1626/00. FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de Confianza. Sumario administrativo.

Habiéndose apartado la institución demandada de las normas legales que rigen la materia para la destitución de funcionarios públicos con estabilidad laboral, siendo la única vía legal el sumario administrativo que amerite el cese, concluyo que el acto administrativo recurrido carece de validez jurídica, además de ser arbitrario e injusto.

CSJ. Sala Penal. 14/10/14. “CARLOS ANASTACIO LÓPEZ c/ RES. N° 01/12 DEL 6/FEB/12, DIC. POR EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA”. (Ac. y Sent. N° 1053).

CUESTIONES:

¿Se halla la Sentencia apelada ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Luis María Benítez Riera, Sindulfo Blanco y Alicia Pucheta Correa.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Benítez Riera dijo: Por Acuerdo y Sentencia N° 30 de fecha 19 de abril de 2013, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió: “1. No hacer lugar a la demanda contenciosa administrativa instaurada por el Sr. Carlos Anastacio López, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente Resolución, y en consecuencia; 2. Confirmar, la Resolución N° 01/12 de fecha 06 de febrero del año 2012, dictada por el Consejo de la Magistratura 3. Imponer las costas, a la perdidosa. 4. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia” (fs. 106/111).

Que el administrado Carlos Anastacio López se agravió en contra de la precitada Sentencia, señalando que su fundamento no está basado en la ley, al contrario la transgrede , ni tampoco en los hechos. Añadió que el motivo por el cual fue destituido del cargo que ocupaba como Secretario General del Consejo de la Magistratura, fue en razón de que un dependiente suyo incurrió en el hecho punible de cohecho y, es bien sabido que en materia penal la responsabilidad de quien cometió el hecho es personalísima; y no puede bajo ninguna circunstancia ser imputable a otra persona. Agregó que a su destitución debió

precederle un sumario administrativo, en el cual se deslinden responsabilidades y, además para que la destitución fuera viable, debió haber recaído un fallo condenatorio en dicho sumario, de conformidad al art. 43 de la Ley N°.1.626/00 “De la Función Pública”; extremos que no se han dado en el presente caso. Siguió diciendo el recurrente que así también existe en materia penal el principio de inocencia, por el cual se presume la inocencia de toda persona, hasta tanto se demuestre lo contrario, en juicio previo, sumido de todas las garantías; situación que tiene que ser probada, en el caso que nos ocupa, previo sumario a través de un fallo condenatorio. Resaltó que el art. 8° de la Ley N° 1.626/00 “De la Función Pública”, detalla cuales son los cargos de confianza, dejando en claro que esta enumeración es taxativa; es decir, todo cargo que no se mencione en el mismo, no ostenta el grado de cargo de confianza. Destacó que como no se menciona el cargo de Secretario General del Consejo de la Magistratura en el referido artículo, mal podría estar sujeto a libre disposición; debiendo aplicarse para el mismo el trámite establecido en el art.43 del mismo cuerpo legal. Concluyó peticionando la revocación con costas en todas sus partes del Acuerdo y Sentencia recurrido.

Que pasando a auscultar el fondo de la cuestión planteada, observo que el accionante Carlos Anastasio López por derecho propio, bajo patrocinio de abogado, promovió demanda contencioso administrativa contra la Resolución 01/12 de fecha 06 de febrero de 2012, dictada por el Consejo de la Magistratura. Dicha Resolución dio por terminadas las funciones que el demandante venía desempeñando como Secretario General del Consejo de la Magistratura invocándose como fundamento para tomar esa decisión el art. 8° de la Ley N° 1.626/00, “De la Función Pública”. A su vez el Tribunal Inferior no hizo lugar a la presente acción, arguyendo que el actor ocupaba un cargo de confianza, el cual se encuentra comprendido entre los taxativamente establecidos en el art. 8° de la Ley N° 1.626/00, y por ello de libre disposición por parte de sus superiores.

Que en ese orden de cosas, advierto que el tema por dilucidar consiste en determinar si el cargo de Secretario General del Consejo de la Magistratura que ocupaba el Sr. Carlos Anastasio López era o no de confianza. Al respecto debo señalar que, para resolver el presente litigio, debo necesaria e ineludiblemente remitirme al texto del art. 8° de la Ley N° 1.626/00, que hace una enumeración de los cargos de confianza, en los siguientes términos: “Son cargos de confianza y, sujetos a libre disposición, los ejercidos por las siguientes personas...b) los

secretarios, los directores; los jefes de departamentos, divisiones y secciones, de la Presidencia de la República el Secretario General, el Secretario Privado, el Director Administrativo, y el Director Financiero que prestan servicio en el Gabinete de los Ministros del Poder Ejecutivo; los presidentes y miembros del consejo o directorios de las entidades descentralizadas;...e) los directores jurídicos, económicos o similares de los organismos o entidades del Estado, con excepción de los que integran la carrera de la función pública o similares de los organismos o entidades del Estado. Esta enumeración es taxativa. Quienes ocupen tales cargos podrán ser removidos por quien esté facultado para el efecto por la ley o, en ausencia de éste, por la máxima autoridad del organismo o entidad respectiva del Estado. La remoción de estos cargos, aún por causas no imputables al funcionario, no conlleva los efectos económicos del despido. Los funcionarios que hayan sido promovidos a ocupar estos cargos conservan los derechos adquiridos con anterioridad al respectivo nombramiento”.

Que el art. 8° de la Ley N° 1.626/00, “De la Función Pública”, expresa clara y categóricamente en sus incisos b y c) que son cargos de confianza y sujetos a libre disposición los ejercidos por las siguientes personas: “b) los Secretarios, los Directores; los Jefes de Departamentos, Divisiones y Secciones, de la Presidencia de la República; c) el Secretario General, el Secretario Privado, el Director Administrativo y el Director Financiero que prestan servicios en el Gabinete de los Ministros del Poder Ejecutivo, los Presidentes y los miembros de los Consejos Directivos o Directores de las entidades descentralizadas”. Al disponer el artículo transcrito precedentemente que esta enumeración es taxativa, no corresponde hacer una interpretación extensiva de los cargos de confianza contenidos en él, y aplicarlo por analogía a los Secretarios de las demás entes del Estado como es el Consejo de la Magistratura.

Que ante la claridad de las disposiciones contenidas en el art. 8° de la Ley N° 1.626/00, en cuanto guarda relación con la enumeración de los cargos de confianza, disposiciones éstas que no pueden ser aplicada por sinonimia a otro tipo de ocupaciones dentro de la función pública, no me resta otra opción que concluir que la Resolución N° 01/12, emanada del Consejo de la Magistratura carece de apoyatura legal que la sostenga, por lo que su revocación deviene ineludible, teniendo en consideración que el cargo de Secretario General del Consejo de la Magistratura detentado por el actor en el momento de disponerse el cese de sus funciones, no se encuentra entre los cargos de confianza comprendidos en el referido articulado.

Que a todas estas consideraciones se le debe adosar el hecho de que el actor de la presente acción contencioso-administrativa al momento de dársele por terminadas sus funciones, ya había adquirido largamente estabilidad en el cargo y, por ende no siendo el mismo un cargo de confianza, la única vía para proceder a su destitución era la existencia de un sumario previo en el cual recayera sentencia condenatoria en su contra.

Que en lo que respecta otros de los argumentos expuestos por el Tribunal Inferior en el considerando de la Sentencia cuestionada, resulta pertinente traer a colación el Informe N° 4.922 de fecha 23 de noviembre de 2012 (fs. 83) emanado del Ministerio de Hacienda, que en su parte pertinente expresó: “Verificada la base de datos del Sistema de Jubilaciones y Pensiones (JUPE), se constata que el/la Sr. Carlos Anastasio López Delgado, con C.I. N°. 2.700.667, NO FIGURA en la planilla fiscal de pagos, bajo ningún concepto, pero sí se constata la Devolución de Aportes Jubilatorios abonada a el/la recurrente en planilla del mes de mayo de 1994, como se puede apreciar en el reporte adjunto. Este Informe desvirtúa los fundamentos esgrimidos por el ad-quem sobre una supuesta transgresión a las normas constitucionales en que habría incurrido al administrado Carlos Anastasio López Delgado en su carácter de jubilado, vuelto a nombrar en un cargo público. Asimismo, el referido Informe deja en claro que el demandante no se encuentra incurso en la inhabilitación establecida en el inc. f) del art. 16 de la Ley N°. 1.626/00.

Que de acuerdo al marco legal descrito en los párrafos precedentes, a las observaciones formuladas en respaldo de la conclusión a la cual he arribado, no me resta otra opción que revocar in totum el Acuerdo y Sentencia N° 30 de fecha 19 de abril de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas 1ª Sala. Como lógica consecuencia, debe abrogarse la Resolución N° 01/12, de fecha 06 de febrero del año 2012, dictada por el Consejo de la Magistratura, correspondiéndole al actor como indemnización el pago de un año de salarios caídos por razones de equidad, conforme a una larga y pacífica jurisprudencia de esta Sala en esta materia, debiendo además su reintegro a la institución demandada regirse por los arts. 44 y 45 de la Ley N° 1.626/00. En cuanto a las costas, deben imponerse en ambas instancias a la perdedora, la parte demandada, en virtud del principio contenido en el art. 192 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno, el Dr. Blanco dijo: por Acuerdo y Sentencia n° 30 de fecha 19 de abril de 2013, el tribunal de cuentas, primera sala, resolvió: “1. No hace lugar a

la presente demanda contenciosa administrativa, instaurada por el señor Carlos Anastacio López, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia: 2. Confirmar, la Resolución N° 01/12 de fecha 06 de febrero de 2012 dictada por el Consejo de la Magistratura. 3. Imponer Las Costas a la perdidosa...”

Que el Sr. Carlos Anastacio López, se agravió en contra de la precitada sentencia, señalando que a su destitución debió precederle un sumario administrativo, en el cual se deslinden responsabilidades y, además para que la destitución fuere viable, debió haber recaído un fallo condenatorio, extremos que no se dieron en el presente caso. Concluyo solicitando la revocación del Acuerdo y Sentencia recurrido en todas sus partes.

Que pasando a auscultar el fondo de la cuestión planteada, observo que el Sr. Carlos Anastacio Lopez promovió demanda contencioso-administrativa contra la Resolución N° 1/12 de fecha 6 de febrero de 2012, dictada por el Consejo de la Magistratura. Dicho Decreto dio por terminadas las funciones que el accionante venía desempeñando como Secretario General del Consejo de la Magistratura, invocándose como fundamento para tomar esa decisión el Art. 8° de la Ley N° 1.626/00 “De la Función Pública”. A su vez el Tribunal Inferior rechazó la presente acción, arguyendo que el accionante ocupaba un cargo de confianza, el cual se encuentra comprendido entre los taxativamente establecidos en el Art. 8° de la Ley 1.626/00, y por ello, de libre disposición del mismo por sus superiores.

Que, pasando a auscultar el fondo de la cuestión planteada, observo que el tema por dilucidar consiste en determinar si el cargo que ocupaba el accionante Carlos Anastacio López, como Secretario General del Consejo de la Magistratura, antes que se le dieran por terminadas sus funciones, era o no de confianza. Al respecto debo señalar, que el funcionario fue nombrado por Resolución N° 02/2003, como Secretario General del Consejo De la Magistratura, con categoría A07, con antigüedad del 19 de febrero de 2003 (fs. 3). Posteriormente, por Resolución 01/2012, del 6 de febrero de 2012, se le dieron por terminadas sus funciones como Secretario General (fs. 5).

Al respecto, debemos remitirnos al texto del Art. 8° de la Ley N° 1.626/00, el cual establece: “Son cargos de confianza y, sujetos a libre disposición, los ejercidos por las siguientes personas: a) los ministros y viceministros del Poder Ejecutivo, los funcionarios designados con rango de ministros, el Procurador

General de la República y los funcionarios que detenten la representación del Poder Ejecutivo en las entidades binacionales u órganos administrativos; b) los secretarios, los directores; los jefes de departamentos, divisiones y secciones, de la Presidencia de la República; c) el Secretario General, el Secretario Privado, el Director Administrativo y el Director Financiero que prestan servicio en el Gabinete de los Ministros del Poder Ejecutivo; los presidentes y los miembros de los consejos o directores de las entidades descentralizadas; d) los embajadores, cónsules y representantes nacionales ante organizaciones internacionales o eventos en los que la República participe oficialmente de conformidad con la Ley del Servicio Diplomático y Consular; y, e) los directores jurídicos, económicos o similares de los organismos o entidades del Estado, con excepción de los que integran la carrera de la función pública. Esta enumeración es taxativa. Quienes ocupen tales cargos podrán ser removidos por disposición de quien está facultado para el efecto por la Ley, en ausencia de este, por la máxima autoridad del organismo o entidad respectiva del Estado. La remoción de estos cargos, aun por causas no imputables al funcionario, no conlleva los efectos económicos del despido. Los funcionarios que hayan sido promovidos a ocupar estos cargos conservan los derechos adquiridos con anterioridad al respectivo nombramiento”.

De las constancias de autos, referidas precedentemente, se desprende de manera inequívoca e incontrovertible que el accionante Carlos Anastasio López se desempeñaba como Secretario General del Consejo de la Magistratura, cargo que se encuadra a tenor de lo dispuesto en el referido inc. e) del plexo legal citado, como de confianza y, por ende, sujeto a la libre disposición, por lo que su remoción del cargo, determinada por la autoridad competente, se ajustó a lo dispuesto en esta materia de la Constitución Nacional y la legislación aplicable al presente caso.

Que, por otro lado, resulta pertinente resaltar que el actor Carlos Anastasio López fue nombrado como Secretario General del Consejo de la Magistratura, por Resolución 02/2003, dictada por el Consejo de la Magistratura, y su cese en dicho cargo dispuesto por Resolución N° 01/2012. Esto significa que el mismo al momento de disponerse el cese en sus funciones, no integraba la carrera de la Función Pública, por lo tanto no la asistía ningún derecho adquirido que resguardar, siendo el cargo que detentaba, como vuelvo a reiterar, de confianza y sujeto a la libre disposición. En consecuencia, no me cabe el menor género de

dudas que la Resolución que dio por terminadas las funciones del Abog. Carlos Anastacio López, al estipular dicha determinación, se ajustó a lo que establecen la Constitución de la República y la Ley N° 1.626/00, para estos casos, específicamente el Art. 8° inc. e) de ese cuerpo legal. Esta Sala Penal, ya se pronunció en este mismo sentido, en varios casos similares al que nos ocupa, como ser el Acuerdo y Sentencia N° 817 de fecha 16 de agosto de 2012.

Que de acuerdo al marco legal descrito en los párrafos precedentes, a las instrumentales mencionadas, y a las consideraciones formuladas en el respaldo de la conclusión a la cual he arribado, no me resta otra opción que Confirmar in totum el Acuerdo y Sentencia N° 30 de fecha 19 de abril de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas 1° Sala. Como lógica consecuencia, la Resolución N° 01/2012, de fecha 06 de febrero de 2012, dictada por el Consejo de la Magistratura, debe ser ratificado. En cuanto a las costas, deben imponerse en ambas instancias a la parte perdidosa en virtud del principio contenido en el Art. 192 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno la Ministra Alicia Pucheta de Correa, dijo: El Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 30 de fecha 19 de abril de 2013, resolvió: “1) No Hacer Lugar a la presente Demanda Contencioso Administrativa, instaurada por el Señor Carlos Anastacio López, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia; 2) CONFIRMAR, la Resolución N° 01/12 de fecha 06 de febrero del año 2012, dictada por el Consejo de la Magistratura. 3) Imponer Las Costas, a la perdidosa. 4) Anotar...”

Se alza en apelación contra lo resuelto por el Tribunal de Cuentas, el Sr. Carlos Anastacio López, parte accionante, expresó agravios en los términos de su escrito obrante a fojas 120/121, expresando en lo medular del mismo cuanto sigue: “...Mi parte se Agravia del Acuerdo y Sentencia N° 30, porque el fundamento del mismo no está basado en la Ley, al contrario la Trasgrede, ni tampoco los hechos. Cabe resaltar una vez más que el motivo por el cual fui destituido de mi cargo, fue en razón que un dependiente mío incurrió en el hecho punible de cohecho, y es, bien sabido, que en materia penal, la responsabilidad de quien comete el ilícito es personalísima, a mi destitución debió precederle un sumario administrativo, en el cual deslinden responsabilidades y además, para que la destitución fuere viables, debió haber recaído un fallo condenatorio en dicho sumario, de conformidad al art. 43 de la Ley N° 1.626/00, extremos que no se

han dado en el presente caso. El Art. 8° de la Ley N° 1.626/00, detalla cuáles son los cargos de confianza, dejando en claro lo siguiente: “Esta enumeración es taxativa”, es decir todo cargo que no se mencione en el mismo, no ostenta el grado de confianza. Por lo tanto, como no se menciona el cargo de Secretario General del Consejo de la Magistratura en el referido artículo, mal podría estar sujeto a libre disposición, debiendo aplicarse para el mismo trámite establecido en el art. 43 del mismo cuerpo legal. Concluye solicitando la revocación del Acuerdo y Sentencia recurrido...”.

Al contestar el traslado que le fuere corrido, Cesar Fabián Verdún Oviedo, representante del Consejo de la Magistratura, argumentó en lo medular de su escrito obrante a 124/125 cuanto sigue: “...El Consejo de la Magistratura es un Órgano Extra Poder, ha ejercido el derecho que le confiere el artículo 8° de la Ley N° 1.626/00, en el sentido de disponer el cargo de Secretario General, sin que este acto jurídico lleve efecto económico y legal del despido injustificado. La naturaleza del cargo de Secretario General del Consejo de la Magistratura importa un grado de nivel de conducción superior, confidencialidad y poder decisorio, dentro de la estructura orgánica del Consejo de la Magistratura. El Consejo de la Magistratura es un Órgano Autónomo y extra poder, cuyos deberes y atribuciones están contemplados en la Constitución, en la Ley N° 296/94 y en su Reglamento Interno. La Constitución Nacional en su art. 264, le confiere al Consejo la facultad de dictar su propio reglamento, y es en virtud a esta potestad constitucional que el Consejo ha dictado su Reglamento Interno, que fue aprobado y firmado el 14 de noviembre de 1994, en dicho reglamento interno se puede notar el carácter de confidencialidad, la naturaleza del nivel de conducción superior y poder decisorio, del cargo de Secretario General dentro de la Estructura Orgánica del Consejo de la Magistratura. Carlos Anastacio López, no integra la carrera de la función pública, pues como se ha probado en estos autos, se ha acogido a un régimen jubilatorio con anterioridad a su nombramiento. Además no ha realizado ningún concurso para acceder al cargo, tampoco fue promocionado como Secretario General, ya que al nombramiento, no integraba plantel de funcionarios permanentes del Consejo de la Magistratura, es decir no era funcionario de carrera dentro de la Institución. Concluye solicitando la confirmación del Acuerdo y Sentencia recurrido...”.

Los Actos Administrativos que dieron origen a la presente causa son:

1) RESOLUCIÓN N° 2 de fecha 19 de febrero de 2.003, dictada por el Consejo de la Magistratura, por la cual se resolvió: “Art. 1. Nombrar al Aboga

Carlos Anastasio Lopez Delgado, en el cargo de Secretario General del Consejo de la Magistratura, con categoría A07, con antigüedad del 19 de febrero de 2.003”.

2) RESOLUCIÓN N° 1 de fecha 6 de febrero de 2.012, dictada por el Consejo de la Magistratura, por la cual se dispuso: “Art. 1) Dar por terminadas las funciones del Abog. Carlos Anastasio López, en el cargo de Secretario General del Consejo de la Magistratura”. Así las cosas tenemos que el fondo de la cuestión traída a estudio ante esta Alta Magistratura, radica en determinar si el cargo de Secretario General del Consejo de la Magistratura, que detentaba el hoy accionante, es o no de confianza.

A los efectos de determinar si el cargo que detentaba el funcionario del Consejo de la Magistratura al momento de su remoción, está o no señalado como de confianza en la normativa aplicable al caso en concreto, señalo que el Art. 8° de la Ley N° 1.626/2000 indica: “Son cargos de confianza y, sujetos a libre disposición, los ejercidos por las siguientes personas: a) Los Ministros y Viceministros del Poder Ejecutivo, los funcionarios designados con rango de Ministros, el Procurador General de la República y los funcionarios que detenten la representación del Poder Ejecutivo en las entidades binacionales u órganos administrativos; b) Los Secretarios, los Directores; los Jefe de Departamentos, Divisiones y Secciones, de la Presidencia de la República;

c) El Secretario General, el Secretario Privado, el Director Administrativo y el Director Financiero que prestan servicio en el Gabinete de los Ministros del Poder Ejecutivo; los Presidentes y los Miembros de los Consejos o Directores de las entidades descentralizadas; d) Los Embajadores, Cónsules y Representantes Nacionales ante Organizaciones Internacionales o eventos en los que la República participe oficialmente de conformidad con la Ley del Servicio Diplomático y Consular; y, e) Los Directores Jurídicos, Económicos o similares de los Organismos o Entidades del Estado, con excepción de los que integran la carrera de la función pública. Esta enumeración es taxativa. Quienes ocupen tales cargos podrán ser removidos por disposición de quien esté facultado para el efecto por la ley o, en ausencia de éste, por la máxima autoridad del organismo o entidad respectiva del Estado. La remoción de estos cargos, aún por causas no imputables al funcionario, no conlleva los efectos económicos del despido. Los funcionarios que hayan sido promovidos a ocupar estos cargos conservan los derechos adquiridos con anterioridad al respectivo nombramiento”.

La norma es muy clara al referirse en los incisos b) y c) únicamente a los Secretarios dentro del ámbito del Poder Ejecutivo. Al disponer el artículo transcrito que esta enumeración es taxativa, no corresponde hacer una interpretación extensiva de la Ley y aplicarla por analogía a los Secretarios de los demás entes del Estado. Ante la claridad de la norma, se puede afirmar que la sentencia objeto del recurso no se encuentra ajustada a las previsiones del artículo precitado.

En conclusión, el acto administrativo recurrido, debe ser revocado, en razón que el Art. 8° de la Ley N° 1.626/00 no puede ser aplicado a otros cargos por analogía ni admite una interpretación extensiva.

La Resolución N° 1/2.012, emanada del Consejo de la Magistratura, tiene su fundamento en el Art. 8° de la Ley N° 1.626/00. Por ello, al establecer el art. 8° de la Ley N° 1.626/00 en forma taxativa cuáles son los cargos de confianza, no podemos hacer extensiva la norma jurídica y aplicarla por analogía, es decir crear una nueva categoría de “cargo de confianza”, arrojándonos funciones legislativas y menos aún interpretar extensivamente una norma calificada como taxativa en su propio texto.

En este sentido se ha expedido esta Sala en varios casos similares al que nos ocupa, entre otros los cuales traigo a colación el Acuerdo y Sentencia N° 540 de fecha 19 de julio del año 2011, dejando sentado que la enumeración de los cargos de confianza establecida en el citado artículo es taxativa y que la misma no puede ser aplicada por analogía a otros cargos.

Consecuentemente, nos corresponde determinar si el funcionario público poseía estabilidad laboral al momento de su destitución. Conforme a las Resoluciones emanadas del Consejo de la Magistratura, cuyas partes resolutivas han sido transcritas más arriba, el actor de la presente acción contencioso-administrativa al momento de su destitución había adquirido largamente la estabilidad en el cargo y, por consiguiente, no siendo el mismo un cargo de confianza, la única vía para que procediera su destitución como funcionario pública de carrera, era la existencia de una resolución condenatoria proveniente de un sumario administrativo previo.

Conviene hacer mención que el ordenamiento jurídico establece en forma clara y precisa un conjunto de normas que garantizan los derechos adquiridos por los trabajadores, para lo cual se establece un plazo para que pueda el mismo adquirir estabilidad laboral, y que una vez cumplido, solo queda la vía del

sumario administrativo, que a su vez requiere de ciertos requisitos para adquirir un total de validez y en la que inexorablemente debe recaer resolución condenatoria para que la destitución sea válida. Al respecto, el Prof. Salvador Villagra Maffiodo, en su obra “Principios de Derecho Administrativo”, señala: “...la pérdida del derecho al cargo solo puede ser impuesta por causa justificada en sumario administrativo...”.

En cuanto a los argumentos del órgano demandado, que el accionante se encontraba en la condición de jubilado, traigo a colación el informe N° 4.922 de fecha 23 de noviembre de 2012 (fs. 83), emanado del Ministerio de Hacienda, que en lo pertinente expresó: “Verificada la Base de Datos del Sistema de Jubilaciones y Pensiones (JUPE), se constata que el/la Sr./a Carlos Anastacio López Delgado, con C.I. N° 2.700.667, no figura en planilla fiscal de pagos, bajo ningún concepto, pero sí se constata la Devolución de Aportes Jubilatorios abonada a el/la recurrente, en planilla del mes de mayo de 1994, como se puede apreciar el reporte adjunto...” (sic.).

En conclusión, habiéndose apartado la institución demandada de las normas legales que rigen la materia para la destitución de funcionarios públicos con estabilidad laboral, siendo la única vía legal el sumario administrativo que amerite el cese, concluyo que el acto administrativo recurrido carece de validez jurídica, además de ser arbitrario e injusto.

En mérito a todo lo expuesto, soy del parecer que el Acuerdo y Sentencia N° 30 de fecha 19 de abril de 2013 debe ser REVOCADO en todas sus partes, como lógico corolario deviene la REVOCACIÓN de la Resolución N° 1 de fecha 6 de febrero de 2012, dictada por el Consejo de la Magistratura .

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la perdidosa, en virtud a lo establecido por los artículos 192, 203 inc. b) y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E. todo por ante mí que lo certifico quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal

RESUELVE:

Revocar in tottum el Acuerdo y Sentencia N° 30 de fecha 19 de abril de 2013, emitido por Tribunal de Cuentas 1ª Sala, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente Resolución, y EN CONSECUENCIA DISPONER LA

ABROGACIÓN de la Resolución N° 01 de fecha 06 de febrero del año 2012, dictada por el Consejo de la Magistratura.

Imponer, las costas en ambas instancias a la perdidosa, la parte demandada.

Anotar, y notificar.

Magistrados: Luis María Benítez Riera, Sindulfo Blanco y Alicia Pucheta de Correa.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1072

***Cuestión debatida:** El presente fallo se aboca al estudio de la única cuestión traída a estudio, cual es determinar es si corresponde que el accionante efectuó aportes jubilatorios a la Caja Fiscal como alumno del Liceo Militar.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Costas en el Proceso Contencioso-Administrativo.

En base a las consideraciones hechas precedentemente y las normas legales citadas, corresponde revocar el fallo apelado. En cuanto a las costas, dado que la accionante actuó con razonable convicción del derecho que le asistiera, o sea, de buena fe, en virtud de la facultad conferida por el Art. 193 del Código Procesal Civil, corresponde imponerlas en el orden causado. Por otro lado, se debe tener en cuenta que por tratarse de una persona en situación de vulnerabilidad, es beneficiaria de las 100 Reglas de Brasilia, lo que constriñe al sistema judicial, a constituirse en un defensor efectivo de sus derechos, al efecto de mitigar o eliminar cualquier tipo de discriminación hacia estas personas. ESMI VOTO.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACION. Derechos Adquiridos.

En el caso de autos, se verifica que el actor Ulises Sánchez en fecha 24 de noviembre de 1988 (fs. 13/16) ascendió al grado de Sub-Teniente y Guardiamarina de las Fuerzas Armadas de la Nación. Se constata que el mismo alcanzó los 15 años de servicios requeridos en el mes de noviembre de 2003, es decir, antes que la Ley 2345/03 sea promulgada, por lo tanto, es indispensable determinar

si estamos ante un “derecho adquirido”, y por ende la Ley aplicable, es aquella vigente al momento que cumplió los requisitos, o por el contrario, deben regirse por la Ley vigente cuando el accionante ejerció su derecho.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Derechos Adquiridos.

En materia de jubilación existe una gradación o etapas jurídicas en lo atinente a su obtención: a) Etapa de la mera expectativa a obtenerla (comprende el periodo durante el cual se van cumpliendo los años de servicios; se pagan los aportes y se va alcanzando la edad correspondiente); b) Etapa del derecho adquirido a esa jubilación (comprende el periodo posterior al cumplimiento de los años de servicio; al pago de los aportes requeridos y a la obtención de la edad exigida); y c) Etapa del derecho ejercido o el acto administrativo de reconocimiento de jubilación.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principios de Irretroactividad.

Con esta distinción, la doctrina moderna, la nueva legislación y la jurisprudencia, entiende que la ley aplicable para obtener una jubilación es aquella vigente al tiempo del derecho adquirido, es decir, la que estuvo o está vigente al día en que el interesado en jubilarse cumplió con los respectivos años de servicio, alcanzó la edad correspondiente y pago los aportes requeridos. En este sentido se ha expedido esta Sala de la Corte en casos similares al que nos ocupa mediante el Acuerdo y Sentencia N° 444/1998, N° 1069/2001 y N° 348/2011 entre otros.

C.S.J. 16/10/2014. “ULISES SÁNCHEZ GRZYB CONTRA RESOLUCIÓN N° 373 DEL 11-02-2011 DICTADA POR EL MINISTERIO DE HACIENDA” (Ac. y Sent N° 1072).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Benítez Riera, Pucheta de Correa y Blanco.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Luis María Benítez Riera dijo: El recurrente no fundó en forma expresa este recurso y como en el fallo recurrido

no se encuentran vicios o defectos que justifiquen la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar este recurso. ES MI VOTO.

A sus turnos los Dres. PUCHETA DE CORREA y BLANCO: manifiestan que se adhieren al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el DR. LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA DIJO: El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 207 de fecha 21 de junio de 2013, resolvió: “1. HACER LUGAR, a la presente demanda contencioso-administrativa deducida por el Abog. DOMINGO MELGAREJO RAMÍREZ, en nombre y representación del señor ULISES SÁNCHEZ GRZYB, contra la Resolución N° 373 de fecha 11 de febrero de 2011 dictada por el Ministerio de Hacienda; y, en consecuencia corresponde 2. REVOCAR, la Resolución N° 373 de fecha 11 de febrero de 2011 dictada por el Ministerio de Hacienda, debiendo el señor ULISES SÁNCHEZ GRZYB realizar los aportes para el Haber de retiro por los tres años de servicio presentados como alumno de Instituto de Formación Militar, con la correspondiente ampliación de los años de servicio; con los alcances y los fundamentos consignados en el exordio de la presente resolución; 3. IMPONER LAS COSTAS en el orden causado”.

Dicho fallo fue apelado por la parte demandada, en los términos del escrito que rola a fs. 167/174 de autos, aludiendo que la Resolución apelada debe ser revocada.

El representante de la parte actora, contesta los agravios a razón de lo expuesto en el escrito obrante a fs. 261/264 de esta demanda.

ARGUMENTOS DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

APELANTE – MINISTERIO DE HACIENDA: Se agravia en contra del Acuerdo y Sentencia N° 207 de fecha 21 de junio de 2013, señalando cuanto sigue: “En ese criterio, y como sustento jurídico, se puede entender que las normativas aplicadas por la Administración a modo de sustento de lo dispuesto en la Resolución N° 343/11, por la cual la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda procede a denegar el reconocimiento de los años de como alumno de Enseñanza dentro de la Institución Militar, cuyos haberes de retiro impuesto al Sr. Ulises Sánchez, sustentado a los haberes de retiro impuesto al Sr. Ulises Sánchez, sustentado a los requisitos señalados en el Art. 188 de la Ley 1.115/97, Del Estatuto del Personal Militar, y 5° y 8° de la Ley N° 2.345/2003, De reforma y sostenibilidad de la Caja Fiscal, que solamente

en consideración a las normas citadas impuso por acto administrativo, que ya reunían dichos presupuestos para acogerse a los beneficios... en este caso, la Administración de la Caja Fiscal por intermedio de la vía correspondiente, en que la Asesoría Jurídica, haciendo estudio a las argumentaciones y documentación obrantes en los antecedentes al que se dispuso aplicar lo dispuesto en las normativas vigentes y aplicables en tiempo y espacio a las funciones señaladas en la Resolución N° 373/11...”.

ACTORA: Alega lo siguiente: “...en la presentación hecha en el primer escrito ante el Tribunal de Cuentas, se había solicitado el aporte jubilatorio como alumno de la Institución Miliar por años 1985-1988 conforme a la Orden Especial del Comando en Jefe N° 45/85 hasta su ascenso al Grado de Sub-Oficial (Sub. Tte.) por Dto. 1.017/88...”.

ANÁLISIS JURÍDICO

Entrando a analizar el fondo de la cuestión traída a estudio, se concluye que la única cuestión a determinar es si corresponde que el accionante efectúe aportes jubilatorios a la Caja Fiscal como alumno del Liceo Militar.

El accionante, a fin de ampliar sus años de aportes como Oficial de la Fuerza Armada, con sustento en lo dispuesto en el Artículo 192 de la Ley 1.115/97, “Del Estatuto del Personal Militar”, solicitó aportar a la Caja de Jubilaciones y Pensiones, los años (1985-1989) que el mismo fue alumno del Liceo Militar “Mcal. Francisco Solano López”. La Dirección General de Jubilaciones y Pensiones denegó dicha solicitud, alegando que el Artículo 192 de la Ley 1.115/97 fue derogado por la Ley 2.345/03. Al respecto, considero oportuno señalar lo dispuesto en los citados artículos, en ese sentido el artículo 192, “Del estatuto del Personal Militar” dispone: “El personal militar tendrá derecho a bonificación de oficio, para los fines del cómputo del tiempo de servicio al solo efecto de completar sus años de servicios si no hubiere alcanzado treinta años de servicios y para la percepción de los haberes de retiro, exclusivamente en los siguientes casos: 1) en caso de movilización o hallarse destinado a operaciones militares efectivas recibirá una bonificación equivalente al ciento por ciento del tiempo pasado en esta situación; 2) a partir de quince años de servicios en actividad, se le reconocerá como bonificación el tiempo pasado como: a) alumnos de institutos de formación militar hasta un máximo de cuatro años en total, para aquellos de instrucción continua; y de un día por cada día efectivo de instrucción, práctica y desfile para el caso de CIMEFOR”. Por otro lado, el artículo 18 de la Ley 2.345/

03, establece: “A partir de la fecha de la publicación de esta Ley, quedan derogadas las siguientes disposiciones legales... w) los Artículos 187, 192 numeral 2, 211, 217, 218, 219, 224 y 226 de la Ley 1.115/97”.

Ahora bien, corresponde determinar si el Artículo 192 de la Ley 1.115/97 puede ser aplicado al administrado, o –tal cual dispuso el Ministerio de Hacienda– se encuentra derogado y por lo tanto la solicitud para aportar debe ser denegada. El Tribunal de Cuentas, como principal argumento para hacer lugar a la demandada, alegó que el señor Ulises Sánchez alcanzó los quince años de servicios requeridos en fecha 21 de noviembre, previo a la promulgación de la Ley 2.345/03, que ocurrió en fecha 24 de diciembre de 2003, por lo que resulta válido el reconocimiento de los tres años como alumno del Liceo Militar. Al respecto, si bien es cierto que alcanzó los quince años requeridos, previo a la promulgación de la Ley 2.345/03, el mismo ejerció su derecho recién en fecha 16 de julio de 2009, es decir cuando el citado artículo 192, numeral 2 se encontraba expresamente derogado. En ese sentido, el Artículo 2º del Código Civil dispone: “Las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos en expectativa, o de facultades que les eran propias y no hubiesen ejercido”. De la lectura del artículo que antecede, se puede concluir que la solicitud para aportar fue correctamente denegada, dado que el señor Ulises Sánchez ejerció su derecho ante el Ministerio de Defensa en fecha 16 julio de 2009 (fs. 80), cuando el artículo 192 numeral 2 de la Ley “Del Estatuto del Personal Militar”, que otorgaba dicho beneficio, había sido abrogado.

En base a las consideraciones hechas precedentemente y las normas legales citadas, corresponde REVOCAR el fallo apelado. En cuanto a las costas, dado que la accionante actuó con razonable convicción del derecho que le asistiera, o sea, de buena fe, en virtud de la facultad conferida por el Art. 193 del Código Procesal Civil, corresponde imponerlas en el orden causado. Por otro lado, se debe tener en cuenta que por tratarse de una persona en situación de vulnerabilidad, es beneficiaria de las 100 Reglas de Brasilia, lo que constriñe al sistema judicial, a constituirse en un defensor efectivo de sus derechos, al efecto de mitigar o eliminar cualquier tipo de discriminación hacia estas personas. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LA SEÑORA MINISTRA DRA. ALICIA PUCHETA DE CORREA, manifestó: Disiento de la opinión del Ministro que me antecedió por

las siguientes razones. El abogado Domingo Melgarejo Ramírez, en representación del Señor ULISES SÁNCHEZ GRZYB, cuestionó en autos la Resolución DPNC-B N° 373 de fecha 11 de febrero de 2011, por la cual la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, le denegó por improcedente la solicitud para aportar por el régimen de la Ley 1.115/97. La administración fundó el rechazo en la Ley N° 2.345/03 que en su artículo 18 inc. “w” deroga el numeral 2 del Artículo 192 de la Ley 1.115/97.

Sobre el punto, el artículo 192 de la Ley 1.115/97 dispone: “...El personal militar tendrá derecho a bonificación de oficio, para los fines del cómputo del tiempo de servicio al solo efecto de completar sus años de servicios si no hubiere alcanzado treinta años de servicios y para la percepción de los haberes de retiro, exclusivamente en los siguientes casos...2) a partir de quince años de servicios en actividad, se le reconocerá como bonificación el tiempo pasado como: a) alumnos de institutos de formación militar hasta un máximo de cuatro años en total, para aquellos de instrucción continua; y de un día por cada día efectivo de instrucción, práctica y desfile para el caso de CIMEFOR...”

De la lectura del Artículo 192, numeral 2, se desprende, que el personal militar con un mínimo de quince años de servicio activo, a los efectos de completar sus años de servicios, se debe computar de oficio el tiempo pasado como alumno de institutos de formación militar, al efecto de aumentar sus años de servicio si no alcanza los treinta años.

En el caso de autos, se verifica que el actor Ulises Sánchez en fecha 24 de noviembre de 1988 (fs. 13/16) ascendió al grado de Sub-Teniente y Guardiamarina de las Fuerzas Armadas de la Nación. Se constata que el mismo alcanzó los 15 años de servicios requeridos en el mes de noviembre de 2003, es decir, antes que la Ley 2.345/03 sea promulgada, por lo tanto, es indispensable determinar si estamos ante un “derecho adquirido”, y, por ende, la Ley aplicable es aquella vigente al momento que cumplió los requisitos, o por el contrario, deben regirse por la Ley vigente cuando el accionante ejerció su derecho.

En materia de jubilación existe una gradación o etapas jurídicas en lo atinente a su obtención: a) Etapa de la mera expectativa a obtenerla (comprende el periodo durante el cual se van cumpliendo los años de servicios; se pagan los aportes y se va alcanzando la edad correspondiente); b) Etapa del derecho adquirido a esa jubilación (comprende el periodo posterior al cumplimiento de los años de servicio; al pago de los aportes requeridos y a la obtención de la edad

exigida); y c) Etapa del derecho ejercido o el acto administrativo de reconocimiento de jubilación.

Con esta distinción, la doctrina moderna, la nueva legislación y la jurisprudencia entiende que la ley aplicable para obtener una jubilación es aquella vigente al tiempo del derecho adquirido, es decir, la que estuvo o está vigente al día en que el interesado en jubilarse cumplió con los respectivos años de servicio, alcanzó la edad correspondiente y pagó los aportes requeridos. En este sentido se ha expedido esta Sala de la Corte en casos similares al que nos ocupa mediante el Acuerdo y Sentencia N° 444/1998, N° 1069/2001 y N° 348/2011 entre otros.

Al respecto, Miguel Marienhoff señala: “En derecho administrativo, para que una prerrogativa se considere «adquirida» no es menester, por principio, que la misma haya sido «ejercida»: basta con que el titular de ella reúna las condiciones o requisitos de hecho que determinan la «existencia» de esa prerrogativa. Esto último se rige por la legislación vigente el día en que tales recaudos quedaron satisfechos” (Marienhoff, Miguel S. – “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III B, pág. 154).

Como se puede observar, el actor cumplió quince años de servicios bajo la vigencia del artículo 192 de la Ley N° 1.115/97, que de oficio otorga al militar el beneficio por los años que fue alumno del Liceo Militar, tal como la norma lo establece. Ello es debido al principio de irretroactividad de la Ley consagrada en el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 2° del Código Civil, que dispone: “Las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos en expectativa, o de facultades que les eran propias y no hubiesen ejercido”. Dado que el accionante cumplió con los requisitos con anterioridad a la Ley 2.345/2003 cuya aplicación es pretendida por el Ministerio de Hacienda, resulta inaplicable al caso de estudio.

En base a lo expuesto, corresponde confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 207 de fecha 21 de junio de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. En cuanto a las costas de acuerdo a lo establecido en el Art. 203 inc. a) del Código Procesal Civil, deben imponerse a la perdidosa. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL DR. SINDULFO BLANCO, manifiesta que se adhiere al voto del Ministro DR. LUIS MARIA BENITEZ RIERA, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando SS.EE todo por ante mí, que lo certifico quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Penal,

RESUELVE:

1. TENER POR DESISTIDO del recurso de nulidad interpuesto.
2. REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 207, del 21 de junio de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala conforme a lo expuesto en el considerando de la presente resolución.
3. COSTAS, en el orden causado.
4. ANÓTESE y notifíquese.

Magistrados: Luis María Benítez Riera, Sindulfo Blanco y Alicia Beatriz Pucheta de Correa.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1120

Cuestión debatida: *El Recurrente se agravia de la resolución por considerar que la misma está viciada de Nulidad por haber transgredido las previsiones establecidas en la Ley 1626/2000 De la Función Pública, específicamente el art. 79 de la ley 1.626 /00*

FUNCIONARIO PÚBLICO. Sumario administrativo.

Resulta obvio que el sumario administrativo instruido al Sr. Eduardo Monzón Alegre carece de toda validez, hallándose viciado de nulidad insanable, al transgredir tan alevosamente puntuales previsiones legales establecidas en la Ley 1,626/2000, De la Función Pública.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Sumario administrativo.

Que, en el caso que nos ocupa, se debe aplicar lo que se llama el principio de especialidad (norma especial prima sobre norma general). La antinomia se da cuando dos o más normas, que pertenecen al mismo ordenamiento legal vigente atribuyen al mismo caso en estudio soluciones incompatibles entre sí, dando lugar a que la aplicación simultánea de las normas en cuestión produzca resultados incompatibles y hasta imposibles. De ahí que se haga necesario optar

entre una y otra. Para resolver la antinomia contamos con el Principio de Especialidad. Este principio supone que la norma especial prevalece sobre la general (lex specialis derogat generali).

FUNCIONARIO PÚBLICO. Sumario administrativo. Ley N°1626/00. POLICÍA NACIONAL. HECHO PUNIBLE. Investigación del hecho punible.

Cuando la falta imputada al funcionario constituyese, además, un hecho punible de acción penal publica, el juez instructor se limitará a verificar la verosimilitud de la acusación y, de comprobarse dicho supuesto, la autoridad competente suspenderá al funcionario en el cargo, con goce de sueldo, hasta tanto se dicte auto de prisión preventiva o equivalente. En estos casos, el sumario administrativo quedará suspendido y estará supeditado al proceso judicial, prolongándose la suspensión en el cargo hasta que se dicte sentencia. Si esta absolviese, se procederá a ser repuesto en el cargo de conformidad a lo dispuesto en esta ley, si lo condenase, se procederá a su inmediata destitución”.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Sumario administrativo. Ley N°1.626/00. POLICÍA NACIONAL. HECHO PUNIBLE. Investigación del hecho punible.

Vemos entonces que nos encontramos, indudablemente, ante un caso de características idénticas a lo transcrito anteriormente, por lo que resulta indiscutible que dicho sumario administrativo se halla viciado de nulidad y carece de validez, por lo que corresponde su corrección y enderezamiento procesal, prolongándose la suspensión del mismo y del afectado en el cargo, desde el momento de la comunicación efectiva de la causa penal hasta la correspondiente conclusión del proceso penal, y en caso de que este absolviese, se procederá a ser repuesto en el cargo de conformidad a lo dispuesto en esta ley, y si lo condenase, se procederá en consecuencia a su inmediata destitución.

CSJ. Sala Penal. 05/11/14. EXPEDIENTE: EDUARDO VIRGILIO MONZÓNALEGRE c/ DECRETO N° 8287 DEL 17/ENE/12 DICT. POR EL PODER EJECUTIVO. (Ac. y Sent. N° 1120).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Luis María Benítez Riera, Alicia Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENÍTEZ RIERA dijo: el Sr. Eduardo Monzón Alegre, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, si bien interpuso recurso de apelación (fs. 557) y el mismo le fue concedido por AI N° 24 del 18/02/2013 (fs. 559); no ha fundado dicho recurso, por lo que se lo debe tener por desistido del recurso de nulidad. Por otro lado, no se observan en la resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizado por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno los Dres. Sindulfo Blanco y Alicia Pucheta de Correa manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENÍTEZ RIERA prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N° 1132 de fecha 16 de noviembre de 2012, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió: 1) NO HACER LUGAR a la demanda contencioso-administrativa instaurada al Sr. Eduardo Virgilio Monzón Alegre, 2) CONFIRMAR el Decreto N° 8287 del 17/01/2012 dictado por el Poder Ejecutivo, 3) IMPONER las costas a la perdedora, 4) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Que, el apelante, Sr. Eduardo Virgilio Monzón Alegre, se agravió en contra del fallo impugnado en los términos del escrito de fs. 565/568, señalando, entre otras cuestiones, que la sentencia se halla fundada en argumentos e interpretaciones jurídicas plagados de arbitrariedad, incongruencia, afirmaciones dogmáticas y contradictorias a los hechos que fueron motivo de la acción. Agrega que el Tribunal no utiliza ni una sola palabra para tratar de justificar la calificación errónea de la justicia policial y luego de citar acertadamente la teoría de legalidad, se contradice con un decisorio falto de congruencia. Manifiesta que la justicia policial no se ajustó a sus propias normas, razón por la cual siendo incompetente para entender en una cuestión sometida previamente al Poder Judicial, se abrogó competencia judicial y decidió castigarlo con la baja, soslayando la norma que disponer la suspensión del sumario en caso de proceso judicial. Luego de otras disquisiciones, finaliza solicitando se revoque la resolución impugnada, con costas.

Que, antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión que nos ocupa, debemos realizar una breve síntesis de las actuaciones que anteceden a dicha

cuestión. Así, en fecha 6/10/2010 el Jefe del Departamento Jurídico de la Policía Nacional eleva a la Ayudantía General el Dictamen DJ N° 2339, por el cual aconseja la apertura de un sumario administrativo al Sub Comisario Eduardo Monzón Alegre por el supuesto hecho punible de estafa ocurrido el 21/06/2010, por encuadrarse dicha falta en lo establecido como falta a los deberes policiales en el art.15 inc. 30 del Reglamento Disciplinario Policial. Por providencia N° 439 del 29/10/2010 la Dirección de Justicia Policial dispuso la apertura del sumario y por Resolución No 95 del 29/10/2010, la Fiscalía de Sumarios No 3, resuelve iniciar las investigaciones en el sumario instruido al Sub Comisario Monzón Alegre, calificar inicialmente como supuesta falta a los deberes policiales la conducta atribuida al sumariado y notificar al sumariado. El sumariado presenta un escrito, bajo patrocinio de abogado, ante el Juez sumariante, por el que solicito la suspensión del sumario administrativo por hallarse el caso en la jurisdicción penal. Este pedido fue resuelto en forma negativa por el Tribunal de sumarios de la Dirección de Justicia Policial por Resolución N° 43 del 16/12/2010. Luego de los tramites de rigor en el marco del sumario administrativo, el Tribunal de Sumarios de la Dirección de Justicia Policial dicto la Resolución N° 88 del 17/03/2011 por la cual resuelve: 1) calificar la conducta del sumariado Sub Comisario Eduardo Monzón Alegre como falta grave a los deberes policiales, según disposiciones del artículo 15 numeral 1 y 30 del Reglamento Disciplinario Policial y como agravante la prevista en el artículo 33 numeral 1 del mismo reglamento; 2) sancionar administrativamente al Sub Comisario Eduardo Monzón Alegre con la baja prevista en el artículo 134 ítem 3 de la Ley 222/93 Orgánica de la Policía Nacional, en concordancia con el artículo 16 inciso c del Reglamento Disciplinario Institucional y elevar estos autos al Tribunal de Calificaciones de Servicio. El Sr. Eduardo Monzón Alegre interpone recurso de reconsideración contra la Resolución N° 88, recurso que es resuelto por Resolución N° 361 del 4/04/2011 en forma negativa, confirmándose la mencionada resolución. Posteriormente, la Comandancia de la Policía Nacional eleva al Ministerio del Interior la Nota PE N° 92 del 8/04/2011 por la cual se solicita la baja de Oficiales por faltas graves. Finalmente, por Decreto N° 8287 del 17/01/2012 (demandado), el Presidente de la República decretó dar de baja por falta grave cometida al Sub Comisario de Orden y Seguridad Eduardo Monzón Alegre.

Que, en el caso que nos ocupa, según pruebas arrimadas a estos autos, el actor de esta demanda, Sr. Eduardo Monzón Alegre, está siendo sometido a un

proceso penal por supuesto hecho punible contra el patrimonio, estafa (ocurrido el 21/06/2007), el cual llegó a conocimiento de la Fiscalía Zonal de Santa Rosa Misiones, en fecha 12 de julio de 2007. Este proceso penal (Causa 1-1-2-23-09-1042), según se desprende del Oficio No 168 del 27/06/2013, remitido a esta Sala Penal por la Jueza Penal de Sentencia N° 16, se hallaba en pleno juicio oral y público en dicha fecha (27/06/2013), por lo que resulta obvio que, estando en dicho estadio procesal, al día de hoy aún no cuenta con una sentencia definitiva que ponga fin al litigio en jurisdicción penal.

Que, entrando a analizar la cuestión de fondo, es preciso determinar, como primer paso, la validez o invalidez del sumario instruido al actor del presente juicio, Sr. Eduardo Monzón Alegre, para luego establecer si la decisión adoptada por el Tribunal de Cuentas Primera Sala se halla ajustada a derecho.

Bien, del estudio minucioso de los antecedentes administrativos agregados a autos (sumario administrativo), se puede concluir con claridad que se han violado expresas normativas vigentes que legislan sobre el procedimiento sumarial en sede administrativa. Así, en primer lugar, se constata que el sumario duro más de lo establecido para el efecto en la Ley 1.626/2000, De la Función Pública, cuyo artículo 76 prescribe al respecto: “El sumario concluirá con la resolución definitiva dentro de los sesenta días hábiles de su inicio. Las excepciones y los incidentes presentados durante el proceso sumarial, serán resueltos al momento de dictarse la resolución definitiva”. Aplicando este plazo al sumario instruido al Sr. Eduardo Monzón Alegre, tenemos que dicha investigación sumarial tuvo su inicio en fecha 29 de octubre de 2010 con la Resolución N° 95 (fs. 21) y culminó en fecha 17 de marzo de 2011 con la Resolución Definitiva N° 88 (fs. 434), es decir, con creces fuera del plazo establecido (60 días hábiles) en el artículo transcrito, el cual se cumplió el 24 de febrero de 2011. Siguiendo en esta misma tesitura, también el artículo 77 de la Ley 1.626/2000 establece un plazo para la aplicación de la sanción al sumariado por parte de la máxima autoridad administrativa, una vez culminado el sumario administrativo. Dicho artículo dispone: “La resolución que recayese en el sumario administrativo será fundada y se pronunciará sobre la comprobación de los hechos investigados, la culpabilidad o inocencia del encausado y, en su caso, la sanción correspondiente, quedando la aplicación de la pena a cargo de la máxima autoridad del organismo o entidad respectivo, quien deberá implementarla en el plazo de cinco días”. Este plazo establecido de cinco días (se trata de un plazo extintivo conforme se

desprende del lenguaje imperativo usado por el legislados), tampoco fue respetado en sede administrativa, pues el Sr. Eduardo Monzón Alegre fue dado de baja por Decreto N° 8.287 de fecha 17 de enero de 2012, 10 meses después de culminado el sumario administrativo con la resolución del juez instructor, un plazo por demás excesivo para tal menester. En ese sentido, el no cumplimiento de este plazo por parte de la autoridad acarrea ineludiblemente la conclusión del sumario.

Que, por otro lado y en segundo lugar, la Ley 1626/2000 establece, en el artículo 79, que: “Cuando la falta imputada al funcionario constituyese, además, un hecho punible de acción penal pública, el Juez Instructor se limitará a verificar la verosimilitud de la acusación y de comprobarse dicho presupuesto, la autoridad competente suspenderá al funcionario en el cargo, con goce de sueldo, hasta tanto se dicte auto de prisión preventiva o equivalente. En estos casos, el sumario administrativo quedará suspendido y estará supeditado al proceso judicial, prolongándose la suspensión en el cargo hasta que se dicte sentencia. Si ésta absolviese al encausado, el mismo deberá ser repuesto en el cargo de conformidad a lo dispuesto en esta ley; si lo condenase, se procederá a su inmediata destitución”. En el caso que nos ocupa quedó claro que existe un proceso penal iniciado al Sr. Eduardo Monzón Alegre, por supuesto hecho punible contra el patrimonio –estafa–, iniciado en fecha 12 de julio de 2007, y a la fecha pendiente de resolución definitiva. Ha quedado demostrado que la Justicia Policial tuvo conocimiento pleno de dicha circunstancia aún antes de iniciar el sumario administrativo por ese mismo hecho, según se desprende de lo que se lee en el Dictamen DJ N° 2.339 de fecha 6/10/2010, elevado por el jefe del Departamento Jurídico a la Ayudantía General (fs. 7). A pesar de esta circunstancia y de las expresas previsiones del artículo transcrito, el sumario administrativo fue llevado adelante a tambor batiente, culminando con la baja del sumariado, cuando que lo legal y correcto hubiera sido suspender el proceso sumarial en las condiciones establecidas en la Ley 1.626/2000 para dichos casos.

Que, en las circunstancias descriptas, resulta obvio que el sumario administrativo instruido al Sr. Eduardo Monzón Alegre carece de toda validez, hallándose viciado de nulidad insanable, al transgredir tan alevosamente puntuales previsiones legales establecidas en la Ley 1.626/2000, De la Función Pública.

Que, en el caso que nos ocupa, se debe aplicar lo que se llama el principio de especialidad (norma especial prima sobre norma general). La Antinomia se da

cuando dos o más normas, que pertenecen al mismo ordenamiento legal vigente atribuyen al mismo caso en estudio soluciones incompatibles entre sí, dando lugar a que la aplicación simultánea de las normas en cuestión produzca resultados incompatibles y hasta imposibles. De ahí que se haga necesario optar entre una y otra. Para resolver la antinomia contamos con el Principio de Especialidad. Este principio supone que la norma especial prevalece sobre la general (*lex specialis derogat generali*).

El principio de especialidad requiere:

- a) que la materia regulada sea la misma.
- b) que la norma especial contenga además de todos los elementos de la norma general.

Que, en el caso que nos ocupa (Eduardo Virgilio Monzón Alegre c/ Decreto N° 8287 del 17/ene/12 del Poder Ejecutivo), tenemos un caso de antinomia (Ley 222 Orgánica de la Policía Nacional y Ley 1626 Función Pública), por lo que, al ser la Ley 222 de carácter especial, la misma prevalece sobre la Ley 1626. Siendo así, debemos remitirnos a lo que establece el artículo 187 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional.

Que, teniendo en cuenta el marco legal transcripto, las consideraciones realizadas precedentemente y las instrumentales mencionadas, concluyo que el Decreto N° 8287 de fecha 17 de enero de 2012, en lo que respecta al actor, fue emitido de manera irregular, cuando ya había caducado el plazo legal extintivo que se tenía para su emisión y basado en un sumario administrativo llevado a cabo fuera del plazo legal establecido para ello, todo lo cual acarrea ineludiblemente la abrogación tanto del Decreto mencionado como del sumario administrativo instruido al Sr. Eduardo Monzón Alegre. Esta abrogación trae aparejada como lógica consecuencia la revocación in totum del Acuerdo y Sentencia N° 1132 de fecha 16 de noviembre de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, debiendo reintegrarse al actor de esta demanda a su lugar de trabajo, de acuerdo a lo establecido en los artículos 44 y 45 de la Ley 1.626/2000. En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en ambas instancias a la perdidosa, conforme al principio consagrado en el artículo 192 del CPC. ES MI VOTO.

A su turno el MINISTRO SINDULFO BLANCO dijo: El Tribunal de Cuentas 1ª Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 1132/12, resolvió: “1. NO HACER LUGAR a la demanda contencioso-administrativa instaurada por el Sr. EDUAR-

DO VIRGILIO MONZON ALEGRE. 2. CONFIRMAR el Decreto N° 8287 del 17 de enero del 2.012 dictado por el Poder Ejecutivo. 3. IMPONER las costas a la parte perdedora. 4. ANOTAR...

ARGUMENTOS DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

1. APELANTE –parte actora–: Se agravia en contra de la precitada resolución manifestando que la misma constituye una sentencia arbitraria, incongruente y violatoria de la ley orgánica policial y el procedimiento allí establecido. Mi parte ha cuestionado el sumario administrativo y el consecuente decreto impugnado, por violación al principio de legalidad, sin embargo el Tribunal ha soslayado todas las pruebas aportadas por mi parte y que obran en el sumario administrativo agregado en autos. La misma ley orgánica policial y el reglamento disciplinario obligan al juez sumariante a suspender el proceso sumarial al constituir el hecho investigado un delito de acción penal investigado en sede judicial, por tanto el sumario se halla desprovisto de todo sustento legal y nunca pudo ser confirmado por el Decreto del Poder Ejecutivo. VV.EE. con solo leer el artículo 32 del Reglamento del Procedimiento del sumario administrativo policial concluirán que el fallo impugnado ante el Tribunal de Cuentas en estudio, ha avalado la violación del principio de legalidad al ratificar el despropósito jurídico de sancionar con la baja por la comisión de un supuesto hecho punible previsto en el Código Penal, que no ha sido juzgado hasta la fecha, situación que demuestra demuestra la incongruencia y errónea apreciación del Tribunal de Cuentas. Este grave error in judicando expone a la justicia a un escándalo jurídico de proporciones, en el caso que la justicia penal absuelva a mi persona, como se espera en el juicio oral. Esta arbitrariedad no puede ser consentida bajo ningún concepto, pues ningún juez puede dictar sentencia contra la ley, y esta falencia sube de punto cuando sostenemos la falta de independencia e imparcialidad de la justicia policial. La realidad de los hechos fueron que he sido y sigo procesado penalmente por un supuesto hecho punible de ESTAFA que tendrá su juicio oral en fecha 25-26-27 de junio del 2013 donde se plasmará mi inocencia o culpabilidad, al solo efecto de demostrar la violación de la normativa referida como artículo 32 del Reglamento de Justicia Policial para los sumarios. Ya con posterioridad a la denuncia penal, he sido también denunciado en la justicia policial por el mismo hecho, tanto es así que la causa administrativa se caratuló originariamente como Estafa, posteriormente modificado por el incumplimiento deliberado de los deberes y obligaciones establecidos en la ley y los reglamen-

tos, al no existir la estafa como falta administrativa en el reglamento disciplinario policial. Además, de la formación de la causa penal en sede judicial claramente se tomó conocimiento en la sede administrativa, por todo lo expuesto finalmente solicito la revocatoria del Acuerdo y Sentencia 1132/12 y en consecuencia el Decreto 8287/12 sea también revocado dejando sin efecto la sanción de baja dispuesta arbitrariamente en contra de mi persona en mi calidad de policía en servicio activo.

2. PARTE DEMANDADA –PODER EJECUTIVO (Representado por la Procuraduría General de la República): Alega en la contestación de los agravios que el actor en su expresión de agravios alega erróneamente que el fallo recurrido posee interpretaciones jurídicas arbitrarias. Es claro y contundente que los miembros del Tribunal de Cuentas han hecho estricta justicia interpretando las normas y leyes que rigen la materia en estudio, concluyendo en la acertada resolución del rechazo de la presente demanda y consecuentemente confirmando los actos llevados a cabo en sede administrativa. El Decreto dictado por el Poder Ejecutivo en concordancia con los artículos 80 y 81 de la Ley 1.626, del funcionario público, a más de lo establecido en la Ley 222/93, fue dictado de conformidad a la ley, por lo que el Acuerdo y Sentencia 1.132/12 debe ser íntegramente confirmado.

ANÁLISIS JURÍDICO:

En consecuencia, la primera cuestión a ser dilucidada por este alto Tribunal, radica en definir si corresponde o no confirmar la tesis del Tribunal de Cuentas, que no hizo lugar a la demanda interpuesta.

Al respecto estimo que conforme a los términos en que fuera planteada la demanda y opuesta la contestación, deviene en consecuencia la revocatoria del Acuerdo y Sentencia recurrido, pero por las argumentaciones que paso a exponer. Obran en autos constancias demostrativas, que verificadas demuestran que el Actor de la demanda está sometido a un proceso penal identificado como causa N° 1-1-2-23-09-1042 ocurrido en fecha 21/06/2007 por un supuesto hecho punible de acción penal publica- Estafa. Luego, en forma concomitante se la ha iniciado un sumario administrativo dentro de la Justicia Policial, en donde ha quedado también demostrado que la Justicia Policial tuvo conocimiento pleno de la circunstancia del proceso penal y aún así inició y concluyó el sumario administrativo de contramano a la legislación correspondiente. Dicho anoticiamiento fue realizado válidamente.

Analizando las disposiciones legales aplicables al caso, debemos en primer lugar señalar lo dispuesto por el artículo 79 de la ley 1.626 que dice: Cuando la falta imputada al funcionario constituyese, además, un hecho punible de acción penal pública, el Juez instructor se limitara a verificar la verosimilitud de la acusación y de comprobarse dicho supuesto, la autoridad competente suspenderá al funcionario en el cargo, con goce de sueldo, hasta tanto se dicte auto de prisión preventiva o equivalente. En estos casos, el sumario administrativo quedará suspendido y estará supeditado al proceso judicial, prolongándose la suspensión en el cargo hasta que se dicte sentencia. Si esta absolviese, se procederá a ser repuesto en el cargo de conformidad a lo dispuesto en esta ley, si lo condenase, se procederá a su inmediata destitución”.

Vemos entonces que nos encontramos, indudablemente, ante un caso de características idénticas a lo transcrito precedentemente, por lo que resulta indiscutible que dicho sumario administrativo se halla viciado de nulidad y carece de validez, por lo que corresponde su corrección y enderezamiento procesal, prolongándose la suspensión del mismo y del afectado en el cargo, desde el momento de la comunicación efectiva de la causa penal hasta la correspondiente conclusión del proceso penal, y en caso de que este absolviese, se procederá a ser repuesto en el cargo de conformidad a lo dispuesto en esta ley, y si lo condenase, se procederá en consecuencia a su inmediata destitución. ES MI VOTO.

A su turno la DRA. ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, manifiesta que se adhieren al voto del Ministro Preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E. todo por ante mí que lo certifica quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS los méritos del Acuerdo que antecede, la Corte Suprema De Justicia, Sala Penal,

RESUELVE:

1. TENER POR DESISTIDO al recurrente del Recurso de Nulidad.
2. HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Eduardo Monzón Alegre, y en consecuencia;
3. REVOCAR in totum del Acuerdo y Sentencia N° 1.132 de fecha 16 de noviembre de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, debiendo reintegrarse al actor de esta demanda, Eduardo Monzón Alegre a su lugar de trabajo, de acuerdo a lo establecido en los artículos 44 y 45 de la Ley 1.626/2000, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente Resolución.

4. IMPONER las costas a la perdidosa.

5. ANOTAR y notificar.

Magistrados: Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Luis María Benítez Riera.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1166

Cuestión debatida: *Que el presente fallo se aboca al estudio de la procedencia de la postura sentada por la Dirección General de Grandes Contribuyentes, dependiente del Ministerio de Hacienda, específicamente si los intereses pagados a los accionistas de esa entidad por sus depósitos, deben ser o no considerados como gastos necesarios para obtener y mantener la fuente productora y si en caso afirmativo si la determinación del impuesto reclamado por esta institución ha sido correctamente formulada.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. TRIBUTOS. INTERESES. IMPUESTO A LA RENTA.

Que los accionistas de la Financiera El Comercio, al depositar sus acreencias en esa entidad, dichos depósitos constituye un recurso que posteriormente será colocado en forma de préstamos u otras operaciones autorizadas. Esto significa que los fondos monetarios captados a los efectos del otorgamiento de créditos a terceros constituyen el insumo primordial para la puesta en marcha de ese tipo de negocios emprendidos con la finalidad de obtener rentas, las que a su vez estarán gravados por tributos. Teniendo en consideración todo esté cúmulo de circunstancias, es mi parecer que los depósitos realizados por los accionistas en igualdad de condiciones con los otros depositantes particulares, habiendo los mismos generado renta para la empresa demandante, se justifica plenamente que los intereses pagados a los accionistas, sean considerados como un gasto necesario para obtener y mantener la fuente productora, coincidiendo en ese sentido con el Tribunal de Cuentas, en el presente caso resulta aplicable el inc. e) de la Ley N° 125/91, que dispone lo siguiente: “La renta neta de determinará deduciendo de la renta bruta gravada los gastos que sean necesarios para obtenerla y mantener la fuente productora, siempre que representen una

erogación real y estén debidamente documentados. Asimismo, se admitirá deducir inc. e) Las erogaciones por conceptos de intereses, alquileres o cesión de usos o derechos. Consecuentemente, todas las demás cuestiones concomitantes derivadas de la determinación adoptada, como ser la “tipificación de la infracción” y “los errores encontrados en el proceso de determinación tributaria” han quedado sin efecto.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. TRIBUTOS. INTERESES. IMPUESTO A LA RENTA.

A su turno, el Ministro Sindulfo Blanco dijo: Coincido con el voto del distinguido Ministro preopinante, en cuanto a la procedencia de acción solicitada por la parte actora, concerniente a que los intereses pagados a dueños, accionistas, socios y directores de la entidad financiera deben ser considerados deducibles del impuesto a la renta para actividades comerciales, industriales y de servicios (gasto necesario para la obtención de ingresos gravados), siempre que sean en condiciones normales e igualitarias como cualquier otro cliente de la entidad. Pero agregó que, no pasa desapercibido a este juzgador la postura casi automática irreflexiva y maquinal de la representación ejercida por la Adversa (Abogados del Tesoro, dependientes del Ministerio de Hacienda) quienes en el responde de los agravios ante esta máxima instancia judicial han experimentado una suerte de desconocimiento de la cuestión debatida –en cuanto menos–, ya que luce a fs. 95 de autos las conclusiones expuestas por su parte y que son incluso objeto de ratificación, donde una vez más declaran que la calificación de defraudación (realizada enteramente en instancia administrativa a su cargo) se adecua a la presunciones y tipificaciones establecidas en la ley. Nada más alejado a la realidad, ya que en autos fue objeto de discusión judicial la calificación de la conducta realizada por la entidad financiera subsumida como omisión de pago, por lo cual, las manifestaciones expuestas por el Ministerio de Hacienda y que guardan relación a la supuesta calificación de Defraudación no merecen una acogida favorable y deben ser enérgicamente rechazadas. Por ello mal puede esta Sala Penal fallar sobre aquel. Es mi voto.

C.S.J. Sala Penal 24/11/2014 “FINANCIERA EL COMERCIO SAECA C/ RES. N° 112/05 DE FECHA 4/NOV/05 DE LA DIRECCIÓN DE GRANDES CONTRIBUYENTES DEPENDIENTES DEL MINISTERIO DE HACIENDA. (Ac. y Sent. N° 1166).

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, SINDULFO BLANCO Y ALICIA PUCHETA DE CORREA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENÍTEZ RIERA dijo: El Abogado Fiscal del Ministerio de Hacienda Walter Canclini, desistió expresamente del Recurso de Nulidad planteado, por lo que se lo debe tener por abdicado del mismo. Por otro lado, no se observa en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia tener por desistido este Recurso. Es mi Voto:

A su turno los Dres. SILDULFO BLANCO Y ALICIA PUCHETA DE CORREA, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. Luis María Benítez Riera prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N° 443, de fecha 10 de julio del año 2012, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resuelve: “1) HACER LUGAR a la presente acción contencioso-administrativa promovida por la firma FINANCIERA EL COMERCIO S.A.E.C.A. contra la Dirección de Grandes Contribuyentes dependiente del Ministerio de Hacienda y en consecuencia 2) REVOCAR el acto administrativo atacado, Resolución N°.1.112/05 de fecha 4 de noviembre de 2005 “POR LA CUAL SE HACE LUGAR PARCIALMENTE A LAS NOTAS SB.SG. N°.01347/2.003 Y SB.SG. 1.183, AMBAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY, Y SE APLICA EL AJUSTE FISCAL COMPLEMENTARIO, EN CONCEPTO DE IMPUESTOS Y MULTAS, A LA FIRMA FINANCIERA EL COMERCIO S.A.E.C.A., CON IDENTIFICAR RUC FCSA – 028380P, CONFORME A LAS RESULTAS DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO”, dictada por la Subsecretaría de Estado de Tributación. 3) IMPONER las costas a la perdidosa. 4) NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.” (fs. 76/83).

Que el representante legal del Ministerio de Hacienda se agravió en contra de la precitada Sentencia, alegando que el a-quo aplica incorrectamente el art. 9° inc. a) de la Ley N° 125/91 a los intereses percibidos por los accionistas y

directores, porque la legalidad y razonabilidad de la inviabilidad de deducir el concepto precitado se encuentra debidamente relacionado en el considerando de la Resolución N° 1.112/2005, que en su parte pertinente dice: “...el art. 9° inc. a) de la Ley N° 125/91, que en su parte pertinente expresa: “...no se podrán deducir a) intereses que por concepto de capitales, préstamos o cualquier otra inversión del dueño, socio o accionista de la empresa. Que la claridad del precepto referido impone apegarse, para la resolución del tema debatido, al principio sostenido reiteradamente por las jurisprudencias de los tribunales, conforme al cual la primera fuente de interpretación de la Ley en su letra... Que a tal fin, resulta relevante traer a colación la respuesta que la Administración Tributaria otorga sobre el particular a la Superintendencia de Bancos, donde a través de la Nota SSET/C.C. N° 64 también considera que dichos intereses pagados constituyen conceptos no deducibles para determinar la renta gravada...”. Añadió que recién con la promulgación y publicación de la Ley N° 2.421/04 “De Reordenamiento Administrativo y Adecuación Fiscal”, se previó la posibilidad de autorizar la utilización como gasto deducible los conceptos abonados a los accionistas y directivos de los bancos y financieras, y que un análisis de la redacción actual del art. 9° inc. a) de la Ley 125/91, hace concluir que anteriormente ningún interés abonado a los dueños, socios o accionistas por las entidades bancarias estaba autorizado a deducirse en el Impuesto a la Renta de la Ley 125/91. Agregó que a su juicio resulta evidente la prohibición de deducir rentas por estipendios abonados a socios, directores, dueños o accionistas de entidades financieras toda vez que la Ley 125/91 estableció dicha medida profiláctica a fin de evitar que por simples mecanismos contables –factibles de ejecutar sin limitación alguna–, se distribuyan utilidades por el simple mecanismo de abonar interés por depósitos, sin la necesidad de de honrar el impuesto a la renta por la distribución realizada. Adujo que el Tribunal de Cuentas no ha considerado que esta anterior prohibición de la Ley 125/91, resultaba de importancia principal y estratégica, que ya como es sabido, durante su vigencia no se aplica el impuesto a la renta personal. Consignó que deviene de una potestad indelegable e innegable de la Administración Tributaria interpretar administrativamente las disposiciones relativas a tributos bajo su administración y fijar normas generales a tenor del art.186 última parte del Decreto N° 14.002/92, que acuerda facultades para establecer otros criterios que sean representativos de la actividad realizada, a los efectos de establecer este tipo de deducciones de

carácter indirecto. Resaltó que la diferencia de la Ley 125/91 respecto a la legislación actual (Ley 2.421/04) es que esta última permite deducciones hasta un límite expresamente preestablecido solo porque la renta generada abonará tributo bajo el sistema de Impuesto a la Renta Personal, pero que en la Ley N° 125/91, la única manera de percibir la renta por pago de intereses a los dueños de los financieras es no permitiendo su deducibilidad, toda vez que se tratan de operaciones gravadas en la hipótesis de distribución de utilidades; punto no considerado por el a-quo al tiempo de dictar el fallo apelado. Concluyó peticionando la reforma con costas del Acuerdo y Sentencia recurrido.

Que, pasando a auscultar el fondo de la cuestión planteada, observo que el ad-quem se basó para hacer lugar a la presente demanda en que a diferencia de las empresas comerciales, industriales y de servicios, no dedicadas a la intermediación financiera, cuya actividad requiere el dinero como medio de cambio para la compra de sus materias primas e insumos; las empresas financieras utilizan al propio dinero, no como medio de cambio, sino como insumo para la generación de rentas. Siguieron diciendo que de seguir el criterio de la Administración, el interés percibido por la financiera se encontrará gravado, no así el costo para la generación del ingreso gravado. Arguyeron que a los efectos de la interpretación del art.9° inc.a) de la Ley 125/91, es preciso remitirse a la diferenciación de la actividad específica de las entidades financieras con respecto a las demás no dedicadas a la intermediación financiera, esto debido a que si se toma en su sentido literal, como lo hace la administración, el socio o accionista de la financiera se encontrará inhabilitado de operar con su propia firma. Invocaron que para efectuar una interpretación acorde a la realidad económica de la actividad financiera se debe partir de la base que la misma legislación especial, la Ley 861/96 en su art. 70 inc. f) habilita los directores, administradores y síndicos a operar con las entidades vinculadas a los mismos, con la única condición de no hacerlo en condiciones más favorables a los demás clientes en general, siendo dable destacar, que si la norma habilita a un director o administrador, que puede o no ser socio de la entidad, a operar con ella, con más razón, a un socio que no ostente cargos de decisión le será admitido hacerlo. Razonaron que en el caso de los depósitos de los socios, dueños o accionistas, este dinero tendrá la misma finalidad que el depositado por cualquier otra persona que no lo sea; razón por la cual no corresponde distinguir estos depósitos, los cuales, de ser admitidos en las mismas condiciones que el público en general, deberán ser

considerado un gasto necesario para la obtención de ingresos gravados; y por tanto, deducibles por serle aplicable igual tratamiento tributario a tener del art.8° inc. e). Basados en todos estos argumentos consideraron que los intereses pagados a dueños, socios, accionistas y directores de la entidad financiera accionante, durante la vigencia de la Ley N°.125/91, y con anterioridad a la modificación de la ley tributaria dada con la Ley N°.2.124/04, deben ser consideradas como deducibles del Impuesto a la Renta para actividades comerciales industriales y de servicios, siempre que sean en condiciones normales e igualitarias como cualquier otro cliente de la entidad.

Que en ese orden de cosas, visualizo que después del desistimiento parcial de la demanda formulada por la parte accionante (fs.38), la presente controversia queda centrada en la parte de la Resolución N° 1.112/05 de fecha 04 de noviembre de 2005, dictada por la Dirección General de Grandes Contribuyentes, dependiente del Ministerio de Hacienda, específicamente si los intereses pagados a los accionistas de esa entidad por sus depósitos, deben ser o no considerados como gastos necesarios para obtener y mantener la fuente productora. Asimismo, si este hecho puede ser tipificado como infracción tributaria, lo cual acarrearía en caso de interpretar esta cuestión a favor de la Administración Tributaria, que entre a auscultar ulteriormente si la determinación del impuesto reclamado por esta institución ha sido correctamente formulada.

Que, en ese orden de cosas, coincido con el Tribunal Inferior en que el tipo de actividad desplegado por las empresas financieras es de índole muy diferente al de las empresas comerciales, industriales o de servicios, pues mientras este tipo de empresas utilizan su dinero como un medio para generar rentas; no como un medio de cambio para compra de los elementos necesario para el desarrollo de sus actividades como lo hacen otros tipos de empresas. Teniendo en cuenta esta circunstancia, estimo que el art. 9° inc. a) de la Ley N° 125/91, que disponía lo siguiente: “Conceptos no deducibles. No se podrán deducir: a) Intereses por concepto de capitales, préstamos o cualquier otro inversión del dueño, socio o accionista de la empresa...”, era aplicable a los demás tipo de sociedades, no a las firmas dedicadas a la intermediación financiera. Digo esto, porque en el caso de que interpretemos esta norma en el sentido que quiere la Administración Tributaria, cualquier socio o accionista de la financiera se encontraría con el impedimento de no poder operar con su propia compañía. Es por ello, que vuelvo a concordar con el ad-quem en que para dilucidar la presente controver-

sia, debemos necesariamente tomar como punto de partida el contexto económico en el que se desenvuelve la actividad financiera. Para ello, debemos recurrir a la legislación especial, la Ley N° 861/96, la cual en su art. 70 inc. f) habilita a los directores, administradores y síndicos a operar con las entidades vinculadas a los mismos, con la empresa salvedad que estas operaciones deben ser en igualdad de condiciones con los demás clientes en general. Si este articulado claramente faculta a los directores o administradores de este tipo de entidades, sea o no socio a operar con la misma, porque a un socio que no detenta ningún cargo directivo se le impediría hacerlo. Si no elucidáramos en esta manera, se crearía una especie de diversidad funcional jurídica en contra de estas personas.

Que los accionistas de la Financiera El Comercio, al depositar sus acreencias en esa entidad, dichos depósitos constituye un recurso que posteriormente será colocado en forma de préstamos u otras operaciones autorizadas. Esto significa que los fondos monetarios captados a los efectos del otorgamiento de créditos a terceros constituyen el insumo primordial para la puesta en marcha de ese tipo de negocios emprendidos con la finalidad de obtener rentas, las que a su vez estarán gravados por tributos. Teniendo en consideración todo este cúmulo de circunstancias, es mi parecer que los depósitos realizados por los accionistas en igualdad de condiciones con los otros depositantes particulares, habiendo los mismos generado renta para la empresa demandante, se justifica plenamente que los intereses pagados a los accionistas, sean considerados como un gasto necesario para obtener y mantener la fuente productora, coincidiendo en ese sentido con el Tribunal de Cuentas, en el presente caso resulta aplicable el inc.e) de la Ley N° 125/91, que dispone lo siguiente: “La renta neta de determinará deduciendo de la renta bruta gravada los gastos que sean necesarios para obtenerla y mantener la fuente productora, siempre que representen una erogación real y estén debidamente documentados. Asimismo se admitirá deducir inc. e) Las erogaciones por conceptos de intereses, alquileres o cesión de usos o derechos...”. Consecuentemente, todas las demás cuestiones concomitantes derivadas de la determinación adoptada, como ser la “tipificación de la infracción” y “los errores encontrados en el proceso de determinación tributaria” han quedado sin efecto.

Que ante las consideraciones que expresara en los párrafos anteriores, no me resta otra opción que confirmar parcialmente el Acuerdo y Sentencia N°

443 de fecha 10 de julio de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas 1ª Sala. Como lógica consecuencia, debe ratificarse la abrogación de la Resolución N° 1.112/05 de fecha 04 de noviembre de 2005 “Por la cual se hace lugar parcialmente a las Notas SB. SG N°.01347/2.003 y SB. SG 1.183, ambas de la Superintendencia del Banco Central del Paraguay, y se aplica el ajuste fiscal complementario, en concepto de Impuestos y Multas, a la firma Financiera El Comercio S.A.E.C.A., con Identificador RUC FCSA – 023880p, conforme a las Resultas del Sumario Administrativo, dictado por la Subsecretaría de Estado de Tributación. En cuanto a las costas, impuestas en la instancia inferior a la perdedora conforme a lo dispuesto en el apartado tercero de la parte resolutive de la Sentencia de marras, considero que este acápite debe revocarse, por haber requerido el presente caso de interpretación doctrinaria y de normas jurídicas para su dilucidación, por lo que corresponde establecerlas en el orden causado en ambas instancias de conformidad a lo establecido en el art.193 del C.P.C. ES MI VOTO.

Que a su turno, la Dra. ALICIA PUCHETA DE CORREA, manifiesta que se adhiere al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

A su turno, el MINISTRO SINDULFO BLANCO dijo: Coincido con el voto del distinguido Ministro preopinante, en cuanto a la procedencia de acción solicitada por la parte actora, concerniente a que los intereses pagados a dueños, accionistas, socios y directores de la entidad financiera deben ser considerados deducibles del impuesto a la renta para actividades comerciales, industriales y de servicios (gasto necesario para la obtención de ingresos gravados), siempre que sean en condiciones normales e igualitarias como cualquier otro cliente de la entidad. Pero agrego que, no pasa desapercibido a este juzgador la postura casi automática irreflexiva y maquinal de la representación ejercida por la Adversa (Abogados del Tesoro, dependientes del Ministerio de Hacienda) quienes en el responde de los agravios ante esta máxima instancia judicial han experimentado una suerte de desconocimiento de la cuestión debatida –en cuanto menos– ya que luce a fs. 95 de autos las conclusiones expuestas por su parte y que son incluso objeto de ratificación, donde una vez más declaran que la calificación de defraudación (realizada enteramente en instancia administrativa a su cargo) se adecua a la presunciones y tipificaciones establecidas en la ley. Nada más alejado a la realidad, ya que en autos fue objeto de discusión judicial la calificación de la conducta realizada por la entidad financiera subsumida

JURISPRUDENCIA

como OMISIÓN DE PAGO, por lo cual, las manifestaciones expuestas por el Ministerio de Hacienda y que guardan relación a la supuesta calificación de DEFRAUDACIÓN no merecen una acogida favorable y deben ser enérgicamente rechazadas. Por ello mal puede esta SALA PENAL fallar sobre aquel. ES MI VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E. todo por ante mí que lo certifico quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Corte Suprema De Justicia Sala Penal,

RESUELVE:

1) TENER por desistido el Recurso de Nulidad.

2) CONFIRMAR PARCIALMENTE el Acuerdo y Sentencia N° 443 de fecha 10 de julio de 2.013, emitido por Tribunal de Cuentas 1ª Sala, ESPECÍFICAMENTE LOS APARTADOS PRIMERO Y SEGUNDO DE SU PARTE RESOLUTIVA de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente Resolución, y EN CONSECUENCIA RATIFICAR LA ABROGACIÓN de la Resolución N° 112/05 de fecha 04 de noviembre de 2.005 “POR LA CUAL SE HACE LUGAR PARCIALMENTE A LAS NOTAS SB. SG. N° 01347/2003 Y SB. SG. 1183, AMBAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY, Y SE APLICA AL JUSTE FISCAL COMPLEMENTARIO, EN CONCEPTO DE IMPUESTOS Y MULTAS, A LA FINANCIERA EL COMERCIO S.A.E.C.A., CON IDENTIFICADOR RUC FCSA -028380P, CONFORME A LAS RESULTAS DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO, dictado por la Subsecretaría de Estado de Tributación”.

3) REVOCAR EL ACÁPITE TERCERO DE LA PARTE RESOLUTIVA del Acuerdo y Sentencia N° 443 de fecha 10 de julio de 2.012, emitido por el Tribunal de Cuentas 1ª Sala, DISPONIENDO LA IMPOSICIÓN de las costas en ambas instancias en el orden causado.

4) ANOTAR, y notificar.

Magistrados: Luis María Benítez Riera, Alicia Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1202

Cuestión debatida: *El presente fallo se aboca a resolver si efectivamente como expresa el apelante el Tribunal obvió estudiar el vocablo “DEX”, el cual es un signo original creado por su mandante que no puede ser calificado como genérico en la Clase 36, que el ad-quem olvidó por completo lo dispuesto por el Artículo 16 de la citada Ley de Marcas.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LEY DE MARCAS.

Signos genéricos.

Al respecto, me permito traer a colación el comentario del doctrinario Andrés Sánchez Herrero sobre los signos genéricos: “La prohibición solo rige si se pretende registrar el signo genérico como único signo marcario. Nada impide, en cambio, que éste integre un conjunto que, considerado en su totalidad, no sea genérico o descriptivo y tenga capacidad distintiva... Sin embargo, el agregado debe tener capacidad distintiva, ya que, de lo contrario, no paliará el defecto derivado de la parte genérica de la marca...”.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LEY DE MARCAS.

Elementos de Distintividad.

Tenemos entonces como elemento de distintividad al vocablo “DEX” junto con la etiqueta, de lo cual podemos concluir sin lugar a dudas que la marca solicitada goza de suficiente novedad y distintividad como para ser registrada.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LEY DE MARCAS.

Marcas con designación evocativos. Signos registrales.

Al respecto cabe mencionar que las cuestiones marcarias no se limitan a reglas preestablecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad, por cierto razonable. Ahora bien, tratándose de signos descriptivos, la cuestión de confundibilidad no es de solución fácil. Existe una línea tenue entre los signos evocativos registrables y los descriptivos que no lo son. Los signos evocativos dan una idea de cuál es el producto o servicio en cuestión sobre sus componentes o características. A veces más que una idea se trata de una certeza, y esto es lógico puesto que, de lo contrario, la marca sería engañosa. El signo descriptivo también posee estas mismas características, funciones, destino, origen, calidad, componentes, etcétera. La diferencia está, en que la designación descriptiva es la necesaria o usual para aquello que se describe, mientras que la designación

evocativa siempre tendrá en su conformación, en menor o mayor grado de fantasía.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LEY DE MARCAS. Marca con Designaciones descriptivas.

En cuanto al Artículo 2 inc. e) de la Ley 1294/98, la doctrina enseña sobre las denominadas designaciones descriptivas como aquellas que puedan servir para calificar o describir alguna característica del producto “tal como la ley lo expresa” son irregistrables; y esto resulta que en caso de otorgar el registro de una marca de este tipo significa quitar del dominio público una palabra que se usa para describir características o modalidades usuales o genéricas de productos o servicios. (Vide: OTAMENDI, Jorge, obra cit., pág. 68 y sgtes.)

C.S.J. Sala Penal. 02/12/2014. “BANCO AZTECA S.A. INST DE BANCAS MÚLTIPLES C/ Res N.º 476 DEL 11/OCT/ DIC POR LA DIRECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL”. (Ac. y Sent. N.º 1202).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de la votación, dio el siguiente resultado: Blanco, Benítez Riera y Pucheta de Correa.

A la Primera Cuestión planteada, el Doctor Sindulfo Blanco dijo: Que el recurrente no ha expresado agravios con relación al recurso de nulidad. Así mismo, no se observan vicios o defectos en la sentencia que ameriten su tratamiento de oficio, en los términos de los artículos 15, 113 y 404 del Código Procesal Civil, por lo que el Recurso de Nulidad se debe desestimar. Es mi voto.

A sus turnos los Ministros Benítez Riera y Pucheta de Correa, manifiestan que se adhieren al voto del distinguido Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

A la Segunda Cuestión planteada, el señor Ministro Blanco prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N.º 25 de fecha 18 de marzo de 2013 el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió: “1. No Hacer Lugar a la presente Demanda Contencioso-Administrativa, deducida por el Abog. Wilfrido Fernández, en representación de la firma, Banco Azteca S.A. Inst. de Bancas Múltiples c/ Res. N.º 476 del 11 de octubre del 2011, Dict. Por la Dirección de la Propiedad Industrial,

de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución; 2. Confirmar, la resolución recurrida N° 476 del 11 de octubre del 2011, Dict. Por la Dirección de la Propiedad Industrial, conforme a los términos expuestos en el considerando de la presente resolución; 3. IMPONER, las costas de la instancia a la perdedora; 4. Anotar, registrar, notificar y remitir ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.”

ARGUMENTO DE LAS PARTES: Agravios de la Parte Actora – Banco Azteca S.A. Inst. de Bancas Múltiples:

Que, conforme a las constancias de autos, a fs. 232-235 vlto. de autos se encuentra la expresión de agravios de la parte actora, quien a través de su representante en estos autos manifiesta que el Tribunal limitó sus consideraciones sobre el presente caso a un párrafo, procediendo luego a transcribir conceptos doctrinarios con relación al concepto de marca genérica.

Expresa que el Tribunal obvió estudiar el vocablo “DEX”, el cual es un signo original creado por su mandante que no puede ser calificado como genérico en la Clase 36, y por tanto la marca solicitada no cae dentro de los presupuestos dados por el inciso e) del Artículo 2 de la Ley 1294/98. Prosigue argumentando además que el ad-quem olvidó por completo lo dispuesto por el Artículo 16 de la citada Ley de Marcas.

Respaldando sus argumentos, prosigue recalando que la frase “dinero Express y etiqueta” ya se encuentra registrada a nombre de su mandante, por un lado, al igual que el vocablo “DEX”, conforme registros de marca N° 289290 y 350683 respectivamente.

El recurrente pone de relieve además la existencia de registros extranjeros donde evidencia que la marca aquí solicitada ya ha sido registrada en varios países, con lo cual queda avalada la registrabilidad de la marca en cuestión. Enfatiza también la falta de oposición al registro de la solicitud, por lo que la Dirección de la Propiedad Industrial debería atenerse a un criterio restrictivo, en el sentido de interpretar que no existe confusión ni menoscabo para los derechos de titulares de otras marcas.

Continúa el recurrente con sus agravios resaltando el renombre de su mandante, así como el uso continuo y pacífico de la marca cuyo registro se solicita.

Por todo cuanto lo referido en el citado escrito (aquí expuesto a modo de síntesis), la parte actora concluye solicitando se haga lugar al presente Recurso

de Apelación, revocándose en consecuencia el Acuerdo y Sentencia impugnado y disponiendo la prosecución de los trámites de registro de la marca “Dex Dinero Express Envíos De Dinero Y etiqueta”, con costas.

Contestación De La Parte Demandada – Ministerio de Industria y Comercio:

Corrido el traslado en cumplimiento de la providencia de fecha 5 de septiembre de 2013 obrante a fs. 236 de autos, en fecha 19 de noviembre de 2013 la Actuaría informa que el representante convencional de la parte demandada fue debidamente notificado, sin haber presentado contestación hasta la fecha. En consecuencia, esta Sala Penal ha dictado el Auto Interlocutorio N° 588 de fecha 08 de abril de 2014 por el cual se dio por decaído el derecho de la parte demandada para contestar los agravios, y se llamó “Autos para resolver” el presente Recurso de Apelación.

Análisis Jurídico:

Procedemos entonces a efectuar un análisis razonado de la resolución apelada, junto con lo actuado en autos y los agravios del apelante, de todo lo cual se constata que en fecha 25 de febrero de 2010 la firma Banco Azteca S.A. Institución De Banca Múltiple solicitó ante la Dirección de la Propiedad Industrial el registro de la marca “Dex Dinero Express Envíos De Dinero y etiqueta” en la Clase 36 para “servicios de seguros, negocios financieros, negocios monetarios, negocios inmobiliarios”.

Luego, en fecha 17 de noviembre de 2010 el Jefe de la Secretaría de Marcas emite su Dictamen N° 09602 por el cual informa que la marca solicitada se encuentra en condiciones de ser registrada, tras haberse efectuado la publicación correspondiente, el pago de la tasa y los exámenes de fondo y forma respectivos, expresando que el registro debe ser concedido por no existir impedimento legal contra la prosecución de los trámites.

No obstante, en fecha 11 de octubre de 2011 el Director de la Propiedad Industrial dictó la Resolución N° 476, por medio de la cual revocó el dictamen emitido por la Secretaría de Marcas, y ordenó el archivo de la solicitud en cuestión.

Tal es así que considerándose agraviada en sus derechos, la firma Banco Azteca S.A. Institución de Banca Múltiple ante los estrados de lo contencioso-administrativo, a fin de plantear la presente acción con el fin de obtener la revocación del citado acto administrativo, y encontrar expedita la vía para el registro de la marca solicitada.

Dirimido el proceso ante el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, este derivó en el dictamamiento del Acuerdo y Sentencia N° 25 de fecha 18 de marzo de 2013, por el cual se resolvió no hacer lugar a la presente demanda, confirmándose el acto administrativo impugnado.

Resultando entonces perdidosa, contra ésta resolución la firma Banco Azteca S.A. Institución de Banca Múltiple se alzó en apelación, recurso el cual motiva el presente análisis

En este estado, debemos entonces responder a la interrogante: ¿Se encuentra ajustado a derecho el Acuerdo y Sentencia N° 25 de fecha 18 de marzo de 2013 dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, o debe el mismo ser revocado?

A fin de contestar la cuestión, resulta pues necesario remitirnos primeramente al Artículo 2° de la Ley N° 1.294/98, el cual en su inciso e) establece: “No podrán registrarse como marcas: ... e) Los que consistan enteramente en un signo que sea el nombre genérico o designación del producto o servicio de que se trate, o que pueda servir en el comercio para calificar o describir alguna característica el producto o servicio;...

Observamos también que el recurrente sostiene la aplicabilidad del Artículo 16 de la Ley de Marcas: “Cuando la marca consista en una etiqueta u otro signo compuesto por un conjunto de elementos, la protección de exclusividad no se extenderá a los elementos contenidos en ella que fuesen de uso común o necesario en el comercio”.

Por otro lado, se aprecia que el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, sostiene su fallo en el Artículo 6° de la Ley 1.294/98, así como en el Artículo 2° de la Ley N° 300/93 por la cual se ratifica el Convenio de París.

Pasando a examinar el fondo de la cuestión, observamos que la Dirección de la Propiedad Industrial rechazó la solicitud del registro de marca, por interpretar que la marca solicitada cae dentro de la prohibición dada por el inciso e) del Artículo 2 de la Ley de Marcas arriba transcripto.

Procedemos, en consecuencia, a examinar la marca cuyo registro se solicita: “Dex Dinero Express Envíos de Dinero y Etiqueta” para la Clase 36; de lo cual preliminarmente debo señalar cuanto sigue: se encuentra obrante en autos el Informe de Fondo (fs. 29 de autos), en el cual se informa que no se encontraron antecedentes ni prohibiciones que impidan el registro de la solicitud presentada.

Por otro lado, cabe mencionar también que a fs. 12 y 14 de autos respectivamente se encuentran los Títulos de Marca N° 289290 y N° 350683, el primero para la denominación “Dinero Express y Etiqueta” y el segundo para “Dex Dinero Express Money Transfer”, siendo el titular de ambos el solicitante y actor en estos autos.

Siendo que no existe ninguna constancia de oposición alguna por parte de terceros, y que las únicas marcas registradas que podrían causar algún tipo de confusión pertenecen a la propia firma Banco Azteca S.A. Institución de Banca Múltiple, no se observa ningún impedimento para proseguir con los trámites de registro de la marca solicitada.

No obstante, si bien la Autoridad Administrativa alega haber procedido conforme a la facultad conferida por la Ley de Marcas, en el sentido de denegar el registro de una marca cuando ésta estuviere en contravención del Artículo 2, tras analizar la marca solicitada en su conjunto, se observan en la misma suficientes elementos de distintividad que le permiten a este preopinante concluir que ella no cae bajo el presupuesto dado por el inciso e) del citado Artículo 2 de la Ley 1294/98; dicho en otros términos, no corresponde calificar a la marca solicitada como signo, nombre o designación genérica.

Al respecto, me permito traer a colación el comentario del doctrinario Andrés Sánchez Herrero sobre los signos genéricos: “La prohibición solo rige si se pretende registrar el signo genérico como único signo marcario. Nada impide, en cambio, que éste integre un conjunto que, considerado en su totalidad, no sea genérico o descriptivo y tenga capacidad distintiva... Sin embargo, el agregado debe tener capacidad distintiva, ya que, de lo contrario, no paliará el defecto derivado de la parte genérica de la marca...”

Tenemos entonces como elemento de distintividad al vocablo “DEX” junto con la etiqueta, de lo cual podemos concluir sin lugar a dudas que la marca solicitada goza de suficiente novedad y distintividad como para ser registrada.

En síntesis, me permito concluir que el Acuerdo y Sentencia apelado no se encuentra ajustado a derecho, debiendo el mismo ser revocado.

Por tanto, es mi criterio que corresponde Hacer Lugar al Recurso de Apelación interpuesto por la parte actora, debiéndose en consecuencia Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 25 de fecha 18 de marzo de 2013, dictada por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala en estos autos, y Revocar el acto administrativo impugnado y Confirmar el Dictamen N° 9602 de la Secretaría de Marcas. Como

lógico corolario, Ordenar la prosecución de los trámites de registro de la marca solicitada. En cuanto a las costas, las mismas deben imponerse a la perdidosa, en virtud al Artículo 203 inciso b). Es mi Voto.

A su turno, el Ministro Luis María Benítez Riera manifiesta que se adhiere al voto del distinguido Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

A su turno, la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa manifiesta que:

El Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 25 de fecha 18 de marzo de 2.013, resolvió: “1. No Hacer Lugar A La Presente Demanda Contenciosa Administrativa, deducida por el Abog. Wilfrido Fernández, en representación de la firma Banco Azteca S.A. Inst. de Bancas Múltiples c/ Res. N° 476 del 11 de octubre de 2011, dict. por la Dirección de la Propiedad Industrial, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución. 2. CONFIRMAR, la resolución recurrida N° 476 del 11 de octubre de 2011 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial, conforme a los términos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3. IMPONER, las costas a la instancia perdidosa. 4. ANOTAR...”.

Contra la citada resolución se alza en apelación, la firma accionante Banco Azteca S.A. Institución de Banca Múltiple, mediante su representante, el Abogado, Wilfrido Fernández, los agravios expuestos por el apelante ya han sido transcriptos, por el distinguido Preopinante, por lo que me remito a los mismos, ya que una nueva transcripción de los mismos deviene innecesaria.

Por Auto Interlocutorio N° 588 de fecha 8 de abril de 2014, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió: “DAR por decaído el Derecho que ha dejado de utilizar el Abogado Ramón Rodríguez para presentar su escrito de contestación del traslado que se le corriera por parte del Apelante. AUTOS para resolver los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos por el Abogado Wilfrido Fernández contra el Acuerdo y Sentencia N° 25 de fecha 18 de marzo de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala. ANOTAR...”

Entrando a analizar la cuestión de fondo, tenemos que el Tribunal de A-quo confirmó la resolución administrativa por la cual el Director de la Propiedad Industrial resolvió: “2° Ordenar la remisión al archivo de la solicitud de la marcas “Dex Dinero Express Envío de Dinero y Etiqueta”, Clase 36, Expdte. N° 06861/10, Solicitada Por Banco Azteca, S.A. Institución de Banca Múltiple...”. Rechazando de esta manera el órgano administrativo, la solicitud de la marca Dex Dinero Express Envío De Dinero y etiqueta”, clase 36.

Al respecto cabe mencionar que las cuestiones marcarias no se limitan a reglas preestablecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad, por cierto razonable. Ahora bien, tratándose de signos descriptivos, la cuestión de confundibilidad no es de solución fácil. Existe una línea tenue entre los signos evocativos registrables y los descriptivos que no lo son. Los signos evocativos dan una idea de cuál es el producto o servicio en cuestión sobre sus componentes o características. A veces más que una idea se trata de una certeza, y esto es lógico puesto que, de lo contrario, la marca sería engañosa. El signo descriptivo también posee estas mismas características, funciones, destino, origen, calidad, componentes, etcétera. La diferencia está, en que la designación descriptiva es la necesaria o usual para aquello que se describe, mientras que la designación evocativa siempre tendrá en su conformación, en menor o mayor grado de fantasía.

Al concederse una marca evocativa no se quita del dominio público ninguna palabra que se use para describir característica alguna de productos o servicios. No sucede lo mismo si se registra una designación descriptiva. (Vide: OTAMEN- DI, Jorge, “Derecho de Marcas”, Segunda Edición, Abeledo-Perrot. Pág. 68 y sgtes.).

Que sentadas las premisas descriptivas en el párrafo anterior, en el caso de marras el quid de la cuestión, corresponde en determinar si la locución “Dex Dinero Express Envío de Dinero” consiste en un nombre genérico o designación del producto, o si la misma se relaciona con la naturaleza del producto o pueda servir para calificar alguna característica del mismo.

Al respecto debo señalar que coincido plenamente con la valoración formulada por el inferior, y el órgano administrativo, ya que en el caso del que nos ocupa, se advierte que el lema pretendido por la actora “Dex Dinero Express Envío de Dinero” no goza de las características necesarias para poseer distintividad marcaria, especialidad y novedad en su conjunto, y por otro lado, es contrario a las normas legales en materia marcaria.

En igual sentido el Artículo 2 inc. e) de la Ley 1.294/98, dispone: “No podrán registrarse como marcas: ...e) los que consistan enteramente en un signo que sea el nombre genérico o designación del producto o servicio de que se trate o que pueda servir en el comercio para calificar o describir alguna característica del producto o servicio...”

El inciso a) dispone: “...No podrán registrarse como marcas: Los signos o medios distintivos contrarios a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres y aquellos que puedan inducir a engaño o confusión al respecto a la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud y finalidad del empleo de los productos o servicios de que se trate”.

En cuanto al Artículo 2 inc. e) de la Ley 1.294/98, la doctrina enseña sobre las denominadas designaciones descriptivas como aquellas que puedan servir para calificar o describir alguna característica del producto “tal como la ley lo expresa” son irregistrables; y esto resulta que en caso de otorgar el registro de una marca de este tipo significa quitar del dominio público una palabra que se usa para describir características o modalidades usuales o genéricas de productos o servicios. (Vide: OTAMENDI, Jorge, obra cit. Pág. 68 y sgtes.).

En ese mismo orden de ideas el Art. 2º inc. a) de la Ley 1.298/98, expone que no podrán ser registrados las marcas que puedan inducir a engaño o confusión con respecto a las características o aptitud de los productos o servicios. La doctrina enseña que estas marcas que inducen o provocan error doctrinariamente son las llamadas marcas engañosas y por tal la Ley prohíbe su registro. (Vide: OTAMENDI, Jorge, “Derecho de Marcas” obra cit., pág. 68 y ss.).

De la reseña ut supra efectuado se advierte que “Dex Dinero Express Envío de Dinero” se encuadra perfectamente en las prohibiciones antes relatadas. En efecto, si bien no se trata de una designación necesaria o habitual de producto alguno, la misma es claramente alusiva a las cualidades, modalidades o características de los productos para lo cual han sido solicitados. En este orden de ideas se resalta que la marca pretende proteger servicios de la clase 36, que protegen: “Seguros; asuntos financieros; asuntos monetarios; asuntos inmobiliarios”. Cuando se habla de servicios de envío de dinero, la locución “Dinero Express Envío De Dinero” hace referencia a la naturaleza del servicio, es decir, a las cualidades intrínsecas del servicio, y por dicha locución, ha pasado al uso generalizado entre el público consumidor.

Ahora bien en el supuesto caso de aceptar el registro solicitado por la firma accionante, la misma implicaría por un lado sacar del uso general dichas palabras y permitir el monopolio de ellas a quien sea el titular de la misma, violando así la libre competencia en el mercado dispuesto en la Constitución Nacional, Artículo 107, y por otro lado la grave consecuencia que pudiera acarrear en el mercado el riesgo de que el consumidor crea que con dicha designación se está

ofreciendo una mercadería o servicio de mejor calidad, (porque la marca alude a ello), aun cuando el mismo no sea así.

De esta manera se advierte que es correcto el criterio empleado por el Organismo administrativo; –luego confirmado por el Tribunal de Cuentas–, para fundamentar la denegatoria del registro, cuando se manifestó que la denominación peticionada carecía de originalidad y distintividad.

Como antecedente jurisprudencial esta Magistratura, concluyo que es irregistrable el Slogan que pueda inducir a engaño o confusión sobre la calidad del producto, o la naturaleza del mismo. (Vide: Acuerdo y Sentencia N° 1.157 de fecha 4 de octubre de 2.006, expediente: “Johnson & Johnson c/ Res. N° 455 De fecha 6 de noviembre de 2003, dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial”.

Agrego lo establecido por la Ley de Marcas que expresa, que las marcas son territoriales en nuestro sistema jurídico conforme lo prescribe la Ley N° 1294/98, que en su artículo 18 expresa: “El propietario de una marca de productos o servicios inscrita en el extranjero, gozará de las garantías que esta ley le otorga, una vez registrada en el país. El propietario o sus agentes debidamente autorizados son los únicos que pueden solicitar el registro”.

Por las consideraciones señaladas, y vertidas voto por la confirmación del Acuerdo y Sentencia N° 25 de fecha 18 de marzo de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala. Costas a la vencida, por el criterio objetivo de la derrota, Artículo 192, 203 inc. A) y 205 del C.P.C. Es Mi Voto.

Con lo que se dio por terminado el acto firmado SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordado la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE:

- 1) Desestimar el Recurso de Nulidad.
- 2) Hacer Lugar al Recurso de Apelación interpuesto por el Abogado Wilfrido Fernández en representación de la firma Banco Azteca S.A. Institución de Banca Múltiple y, en consecuencia;
- 3) Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 25 de fecha 18 de marzo de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala en estos autos;
- 4) Revocar la Resolución N° 476 de fecha 11 de octubre de 2011 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial y Confirmar el Dictamen N° 9.602 de fecha 17 de noviembre de 2010 de la Secretaría de Marcas, y como lógico corolario;

5) Ordenar la prosecución de los trámites de registro de la marca “dex Dinero Express Envíos de Dinero y etiqueta” – todo ello por los fundamentos esgrimidos en el exordio de la presente resolución.

6) Imponer las costas a la perdidosa.

7) Anotar, registrar y notificar

Magistrados: Sindulfo Blanco, Luís María Benítez Riera y Alicia Beatriz Pucheta de Correa.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1204

Cuestión debatida: *El presente fallo se aboca al estudio de la Resolución por la cual se confirma la resolución de la Dirección General de Defensa del Consumidor del MIC, es decir la cuestión se circunscribe a determinar si la Dirección General de Defensa del Consumidor del MIC era o no la instancia competente para entender el reclamo deducido contra el Sr. Vierci Casaccia.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LOCACIÓN. Locación. Interpretación.

Que, lo siguiente a definir es si el Sr. Vierci Casaccia, en su carácter de propietario del inmueble locado por el Sr. Timothy Hogan, es o no un proveedor de dicho servicio y si la locación de inmuebles es su actividad comercial constante y sostenida en el tiempo. De la lectura de las instrumentales agregadas a autos, surge que el Sr. Vierci Casaccia no se dedica a dar o recibir en locación inmuebles, ya sean suyos o ajenos, no siendo dicho rubro su actividad comercial o laboral. Además, este hecho no fue negado por el demandado, ni en sede administrativa ni en la jurisdiccional. Quedó probado que el inmueble locado por el Sr. Hogan y su familia pertenece al Sr. Vierci Casaccia en propiedad y que la locación del mismo pertenece a la esfera privada y no comercial de la vida del actor de esta demanda.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. PRINCIPIOS DE LA AUTONOMÍA.

Que, en base a lo precedentemente expuesto, nos encontramos ante una relación de carácter privado entre dos personas físicas reglada por un contrato.

Y, a este respecto tenemos que el derecho privado es el conjunto de normas que regulan la conducta entre los particulares y se basa en la autonomía de la voluntad y en la igualdad de las partes. Así, una de las ramas del derecho privado es el derecho civil, que es el derecho que rige la conducta del individuo en su carácter de persona, como titular de un patrimonio, regulando los principales hechos y relaciones de la vida humana, entre ellos los contratos, que son los pactos o convenios entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. (Manuel Ossorio, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Heliasta, págs. 232/233).

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. Competencia en lo Contencioso-Administrativo.

Bien, enmarcada la cuestión de la forma antes descripta, resulta a estas alturas obvio que, para entender el supuesto incumplimiento de contrato (clausulas 5ª y 6ª del contrato de locación de fecha 17/07/2010) denunciado por el Sr. Timothy Hogan por parte del Sr. Vierci Casaccia, resulta competente el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del lugar en donde se haya celebrado el contrato. Y esto resulta de tal manera en virtud a lo que establecen tanto el Código Civil (Libro III – Título I – Capítulos I y III) como el Código de Organización Judicial (artículos 11 y 38).

Que, lo siguiente a definir es si el Sr. Vierci Casaccia, en su carácter de propietario del inmueble locado por el Sr. Timothy Hogan, es o no un proveedor de dicho servicio y si la locación de inmuebles es su actividad comercial constante y sostenida en el tiempo. De la lectura de las instrumentales agregadas a autos, surge que el Sr. Vierci Casaccia no se dedica a dar o recibir en locación inmuebles, ya sean suyos o ajenos, no siendo dicho rubro su actividad comercial o laboral. Además, este hecho no fue negado por el demandado, ni en sede administrativa ni en la jurisdiccional. Quedó probado que el inmueble locado por el Sr. Hogan y su familia pertenece al Sr. Vierci Casaccia en propiedad y que la locación del mismo pertenece a la esfera privada y no comercial de la vida del actor de esta demanda.

C.S.J. Sala Penal. 02/12/2014. “DANIEL PEDRO VIERCI CASSACCIA c/ RES. N° 372 DEL 6/JUN/11 DICT. POR LA DIRECCIÓN GRAL. DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR”. (Ac. y Sent. N° 1204).

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, SINDULFO BLANCO Y ALICIA PUCHETA DE CORREA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENÍTEZ RIERA dijo: la abogada Sandra Bustamante, en representación del Sr. Daniel Pedro Vierci Casaccia, si bien interpuso el recurso de nulidad (fs. 109), por escrito de fs. 114/116, desiste expresamente de dicho recurso, por lo que se la debe tener por desistida del recurso nulidad. Por otro lado, no se observan en la resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizado por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Es mi Voto.

A su turno los Dres. BLANCO y PUCHETA DE CORREA, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENÍTEZ RIERA dijo: Que, el Tribunal de Cuentas Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 934 de fecha 17 de setiembre de 2012, resolvió: 1) No hacer lugar a la acción contencioso-administrativa planteada por el Sr. Daniel Vierci Casaccia; 2) Confirmar la Resolución N° 372 del 6/06/2011 dictada por la Dirección General de Defensa del Consumidor del Ministerio de Industria y Comercio; 3) Imponer las costas a la perdedora, la parte actora; 4) Notificar, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Que, antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión debemos realizar una síntesis de las cuestiones que sirvieron de base para la demanda contencioso administrativa. Así tenemos que el Sr. Daniel Vierci Casaccia fue denunciado ante la Dirección General de Defensa del Consumidor dependiente del Ministerio de Industria y Comercio por el Sr. Timothy Hogan por supuesta infracción a la Ley 1.334/98, formándose en base a dicha denuncia el Expediente N° 2080810. Luego de los trámites de rigor en sede administrativa, el Director General de Defensa del Consumidor dictó la Resolución N° 372 del 6/06/2011 (demandada), por la cual resolvió: 1) Declarar que el Sr. Daniel Vierci Casaccia ha incurrido en infracciones tipificadas en la Ley 1.334/98, De Defensa del Consumidor y Usuario, 2) Multar al Sr. Daniel Vierci Casaccia con 70 (setenta) jornales mínimos diarios consistentes en Gs. 4.058.600; 3) Publicar en un diario de gran circulación nacional lo resuelto; 4) Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar. Que, ya en sede jurisdiccional, al apelar la decisión del Tribunal de Cuentas

(Acuerdo y Sentencia N° 934 del 17/09/2012), la Abog. Sandra Bustamente, en representación del Sr. Daniel Vierci Casaccia, argumentó que el Tribunal ha aplicado en forma errónea las normas que rigen la materia, pues la Dirección General de Defensa del Consumidor del MIC no tiene competencia para intervenir en la relación jurídica surgida entre las partes del contrato de locación y que por esa incompetencia no puede decirse que la autoridad administrativa actuó dentro de sus atribuciones, pues la misma no posee atribuciones para intervenir en relaciones jurídicas de derecho privado como lo es una relación contractual de derecho civil. Agregó ha quedado demostrado que su poderdante no puede ser considerado un proveedor de servicio y que entre las partes no existe relación de consumo por lo que la Ley 1334/98 no puede ser aplicada. Sigue diciendo que el Tribunal falta a la verdad cuando argumenta que existen pruebas dentro del sumario administrativo, cuando que no se ha probado absolutamente nada, no se ha producido prueba alguna que justifique el perjuicio sufrido por la familia que se encontraba viviendo en el inmueble de su poderdante. Termina solicitando se dicte sentencia revocando la resolución recurrida con costas.

Bien, el meollo de la cuestión se circunscribe a determinar si la Dirección General de Defensa del Consumidor del MIC era o no la instancia competente para entender el reclamo deducido contra el Sr. Vierci Casaccia.

Que, lo primero es determinar a qué se refiere el mencionado reclamo deducido contra el actor de esta demanda y enmarcar el mismo en la legislación vigente aplicable. Según surge de la lectura del formulario de denuncia de fecha 4/08/10 radicado ante el Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor por el Sr. Timothy Hogan contra el Sr. Vierci Casaccia (cabeza del sumario administrativo) y de la nota dirigida por el Sr. Timothy Hogan al Sr. Vierci Casaccia en fecha 30/08/2010; ambas instrumentales agregadas en los antecedentes administrativos traídos a autos; el Sr. Hogan requería el cumplimiento de dos cláusulas del contrato de locación de un inmueble, propiedad del Sr. Vierci Casaccia, celebrado entre ambos en fecha 18/07/2010 (fs. 38/41). Entonces, resulta obvio que el objeto del reclamo es el supuesto incumplimiento de contrato por parte del propietario de un inmueble.

Que, lo siguiente a definir es si el Sr. Vierci Casaccia, en su carácter de propietario del inmueble locado por el Sr. Timothy Hogan, es o no un proveedor de dicho servicio y si la locación de inmuebles es su actividad comercial constan-

te y sostenida en el tiempo. De la lectura de las instrumentales agregadas a autos, surge que el Sr. Vierci Casaccia no se dedica a dar o recibir en locación inmuebles, ya sean suyos o ajenos, no siendo dicho rubro su actividad comercial o laboral. Además, este hecho no fue negado por el demandado, ni en sede administrativa ni en la jurisdiccional. Quedó probado que el inmueble locado por el Sr. Hogan y su familia pertenece al Sr. Vierci Casaccia en propiedad y que la locación del mismo pertenece a la esfera privada y no comercial de la vida del actor de esta demanda.

Que, en base a lo precedentemente expuesto, nos encontramos ante una relación de carácter privado entre dos personas físicas reglada por un contrato. Y, a este respecto tenemos que el derecho privado es el conjunto de normas que regulan la conducta entre los particulares y se basa en la autonomía de la voluntad y en la igualdad de las partes. Así, una de las ramas del derecho privado es el derecho civil, que es el derecho que rige la conducta del individuo en su carácter de persona, como titular de un patrimonio, regulando los principales hechos y relaciones de la vida humana, entre ellos los contratos, que son los pactos o convenios entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. (Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, pag. 232/233).

Bien, enmarcada la cuestión de la forma antes descripta, resulta a estas alturas obvio que, para entender el supuesto incumplimiento de contrato (cláusulas 5ta. y 6ta. del contrato de locación de fecha 17/07/2010) denunciado por el Sr. Timothy Hogan por parte del Sr. Vierci Casaccia, resulta competente el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del lugar en donde se haya celebrado el contrato. Y esto resulta de tal manera en virtud a lo que establecen tanto el Código Civil (Libro III – Título I – Capítulos I y III) como el Código de Organización Judicial (artículos 11 y 38).

Que, en base al análisis realizado y a la normativa legal citada, corresponde hacer lugar a la apelación deducida por la Abog. Sandra Bustamente, en representación del Sr. Daniel Vierci Casaccia, revocar el Acuerdo y Sentencia N° 934 de fecha 17 de setiembre de 2012 dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda contencioso administrativa deducida por el Sr. Daniel Pedro Vierci Casaccia y revocar la Resolución No 372 de fecha 6 de junio de 2011 dictada por el Ministerio de Industria y Comercio. En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas, en ambas instancias, a la

perdidos, el Ministerio de Industria y Comercio (art. 192 del CPC). ES MI VOTO.

Que a su turno, los Dres. BLANCO y PUCHETA DE CORREA, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E. todo por ante mí que lo certifica quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS los méritos del Acuerdo que antecede, la Corte Suprema De Justicia, Sala Penal,

RESUELVE:

1) TENER POR DESISTIDO a la recurrente del recurso nulidad interpuesto.

2) HACER LUGAR a la apelación deducida por la Abog. Sandra Bustamante, en representación del Sr. Daniel Vierci Casaccia.

3) REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 934 de fecha 17 de setiembre de 2012 dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala, y en consecuencia,

4) HACER LUGAR a la demanda contencioso administrativa deducida por el Sr. Daniel Pedro Vierci Casaccia y revocar la Resolución N° 372 de fecha 6 de junio de 2011 dictada por el Ministerio de Industria y Comercio.

5) COSTAS en ambas instancias a la perdedora.

6) ANOTAR, registrar y notificar.

Magistrados: Luis María Benítez Riera, Sindulfo Blanco y Alicia Pucheta de Correa.

Abog. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1209

Cuestión debatida: La cuestión medular refiere al Agravio del apelante contra la resolución del Tribunal de Cuentas que acogió favorablemente el pedido de la recurrente; ya que conforme alegan la actora tuvo conocimiento efectivo de la resolución de jubilación y no la atacó en su oportunidad ante el mismo Ministerio de Hacienda y posteriormente lo hizo de manera extemporánea ante el Tribunal de Cuentas.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PLAZOS PROCESALES. Plazos para recurrir ante Instancia Administrativa.

Que, efectivamente se puede observar y corroborar que la resolución impugnada en autos aparte de no haber sido recurrida en reconsideración, fue presentada 2 años y 7 meses luego de su dictamento, y si bien no consta en el expediente la notificación personal a la afectada, hubieron varias resoluciones posteriores dictadas por el mismo órgano que emitió la resolución que agravió a la demandante, otorgando haberes atrasados (Gs. 48.124.862, en fecha 22/12/10; Gs. 50.000.000, en fecha 10/06/11; y finalmente Gs. 33.213.071 del 10/12/12), todos ellos cobrados efectivamente, dejando en evidencia que la actora tuvo conocimiento efectivo de la resolución de jubilación y no la atacó en su oportunidad ante el mismo Ministerio de Hacienda y posteriormente lo hizo de manera extemporánea ante el Tribunal de Cuentas. La demanda se presentó mucho tiempo después del plazo fijado la Ley 4046/10 que otorga un plazo de diez y ocho días. Como ya se mencionó, la presentación se dio casi 3 años después de que salga la resolución ahora impugnada. Al ser evidente que la actora presentó la demanda en forma extemporánea, no deja más opción que hacer lugar a lo pretendido por los apelantes.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.COSTAS. Costas en el orden Causado.

Que, de acuerdo a las consideraciones realizadas precedentemente y las normas legales citadas, corresponde REVOCAR el fallo recurrido. En cuanto a las costas, deben ser impuestas por su orden en ambas instancias, atendiendo que la actora actuó con razonable convicción del derecho que le asistía, conforme lo faculta el Art. 193 del Código de Procedimientos Civil. Es mi voto.

C.S.J. Sala Penal. 02/12/2014. “ELVIA OLIVA ZAYAS BENÍTEZ C/ RES. DGJP N° 2815 DEL 28/OCT/10 DICT. POR LA DIR. GRAL JUB. Y PENSIONES DEL M. DE HACIENDA”. (Ac. y Sent. N° 1209).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, se halla ella ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BENITEZ RIERA, PUCHETA DE CORREA Y BLANCO.

AL PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENÍTEZ RIERA DIJO: Dado que los agravios vertidos como causantes de nulidad pueden ser subsanados por vía del recurso de apelación también interpuesto, y que en el fallo recurrido no se encuentran vicios o defectos que justifiquen la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizado por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar estos recursos. Es mi voto.

A su turno los Dres. PUCHETA DE CORREA Y BLANCO manifiestan que se adhieren al voto del Dr. BENÍTEZ RIERA por los mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENÍTEZ RIERA prosiguió diciendo: El litigio tuvo su origen en la Resolución N° 2815 de fecha 28 de octubre de 2010 dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones. Mediante el citado acto administrativo, la entidad demandada resolvió: “Acordear la jubilación ordinaria a la Señora ELVIA OLIVAZAYAS BENÍTEZ, con C.I. N° 316610, la suma mensual de GUARANÍES DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO TREINTA Y OCHO (Gs. 2.145.138), en mérito a los veintiséis años y un mes de servicios prestados...”.

El Tribunal de Cuentas Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 213/13, hizo lugar a lo solicitado por la actora, sosteniendo que: “...el argumento utilizado por la Dirección de Pensiones y Jubilaciones de equiparar los haberes jubilatorios de la recurrente a la renta vitalicia o los intereses dictados por el Código Civil, es totalmente improcedente e ilegítimo, según informe N° 522 de fecha 14 de abril de 2011 (fs.16) especialmente, teniendo en cuenta que el derecho a acogerse a la jubilación, es un derecho imprescriptible e irrenunciable, desde el momento en que se han cumplido los requisitos para la misma y se encuentra amparado por lo dispuesto en el Art. 109 de la Constitución Nacional que dice: se garantiza la propiedad privada, cuyo límite y contenidos serán establecidos por ley. La jubilación constituye un patrimonio del jubilado con carácter vitalicio y ninguna autoridad puede privarle de ese beneficio salvo excepción expresa en la mencionada norma constitucional, cumplido los requisitos formales establecidos en la ley pertinente, se adquiere el derecho, el cual puede ser reclamado al momento que su titular lo considere oportuno. Por ello debe hacerse lugar a la presente demanda...”.

El Abogado Fiscal Cesar Mongelós apeló dicho fallo y expresó sus agravios en los términos del escrito que glosa a fs. 251/260. Señalando que: “...causa agravio a esta representación ministerial el hecho de que el Tribunal de Cuen-

tas Primera Sala, al dictar el Acuerdo y Sentencia recurrido, omitió su pronunciamiento sobre la extemporaneidad de la demanda sostenida y reclamada ya al contestar la demanda y dicha argumentación afecta directamente al desarrollo del proceso. Como se podrá observar, la demanda se presenta con posterioridad, casi 3 (tres) años después de haberse dictado el acto administrativo impugnado ya que la resolución administrativa es de la N° 2815 de fecha 28 de octubre de 2010 y la demanda de fecha 2 de mayo de 2013. Así también el Tribunal confunde el derecho a la pensión con el pago de haberes atrasado, considerando que la parte actora pretende el pago de haberes atrasados que se hallan prescriptos. Por lo expresado, consideramos injusta la resolución recurrida.

Para resolver el presente recurso, y con ello dar claridad a la cuestión debatida es necesario hacer algunas observaciones: estamos ante el caso de una Señora jubilada como Docente del Ministerio de Educación y Cultura, quien solicita la reliquidación de su jubilación. Por resolución N° 2815 de fecha 28 de octubre de 2010 el Director General de Jubilaciones y Pensiones resolvió acordar la jubilación a la actora, posteriormente el Tribunal de Cuentas Primera Sala, hizo lugar a la demanda instaurada, pero sin referirse ni fundar respecto a una cuestión puntual que, primeramente al contestar la demanda opuso el Ministerio de Hacienda y que también, posteriormente al fundar el recurso interpuesto lo mencionó oportunamente. En ambos casos, el órgano demandado refirió que la demanda instaurada fue presentada en forma extemporánea, ya que la resolución que agravió a la actora data de fecha 28 de octubre de 2010, mientras que la demanda fue presentada en fecha 2 de mayo de 2013.

Que, efectivamente se puede observar y corroborar que la resolución impugnada en autos aparte de no haber sido recurrida en reconsideración, fue presentada 2 años y 7 meses luego de su dictamento, y si bien no consta en el expediente la notificación personal a la afectada, hubieron varias resoluciones posteriores dictadas por el mismo órgano que emitió la resolución que agravió a la demandante, otorgando haberes atrasados (Gs. 48.124.862, en fecha 22/12/10; Gs. 50.000.000, en fecha 10/06/11; y finalmente Gs. 33.213.071 del 10/12/12), todos ellos cobrados efectivamente, dejando en evidencia que la actora tuvo conocimiento efectivo de la resolución de jubilación y no la atacó en su oportunidad ante el mismo Ministerio de Hacienda y posteriormente lo hizo de manera extemporánea ante el Tribunal de Cuentas. La demanda se presentó mucho tiempo después del plazo fijado la Ley 4046/10 que otorga un plazo de diez y ocho

JURISPRUDENCIA

días. Como ya se mencionó, la presentación se dio casi 3 años después de que salga la resolución ahora impugnada. Al ser evidente que la actora presentó la demanda en forma extemporánea, no deja más opción que hacer lugar a lo pretendido por los apelantes.

Que, de acuerdo a las consideraciones realizadas precedentemente y las normas legales citadas, corresponde Revocar el fallo recurrido. En cuanto a las costas, deben ser impuestas por su orden en ambas instancias, atendiendo que la actora actuó con razonable convicción del derecho que le asistía, conforme lo faculta el Art. 193 del Código de Procedimientos Civil. Es mi voto.

A su turno los Dres. PUCHETA DE CORREA Y BLANCO manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mí de que lo certifico quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del acuerdo que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal,

RESUELVE:

- 1) DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.
- 2) REVOCAR, el Acuerdo y Sentencia N° 213 del 24 de diciembre de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.
- 3) COSTAS por su orden.-
- 4) ANOTESE, regístrese y notifíquese.

Magistrados: Luis María Benítez Riera, Sindulfo Blanco y Alicia Beatriz Pucheta de Correa.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1242

Cuestión debatida: *El presente fallo se aboca al estudio de la desvinculación del Sr. Jose Natividad Gomez Romero como funcionario Municipal que contaba con estabilidad y fue desvinculado por sumario.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE TRABAJO. PRINCIPIO “IN DUBIO PRO OPERARIO”.

Bien, ante tal disyuntiva, resulta imperioso dilucidar la clase de vinculación laboral que mantiene el actor con la Municipalidad para poder resolver la cuestión sometida a estudio. Entonces, no contando con ningún medio de prueba al respecto, debemos remitirnos al principio “in dubio pro operario” (ante la duda la cuestión debe definirse a favor del operario) y, en base a este principio, debemos suponer que el actor de esta demanda ingreso a la carrera de funcionario público nombrado como funcionario municipal.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. MUNICIPALIDAD. Personal Municipal. Contrato de Trabajo Estabilidad.

Que, en lo que respecta a los salarios caídos del funcionario municipal en cuestión, siguiendo la pacífica jurisprudencia de ésta Sala Penal, corresponde disponer en concepto de salarios caídos al Sr. José Natividad Gómez Romero el pago equivalente a doce meses de salario. Dicho monto es fijado de conformidad a lo dispuesto por el Art. 82 del Código del Trabajo, en razón al criterio de equidad para las partes, debido a que no pueden cargarse sobre las arcas del estado las consecuencias del largo proceso, pero tampoco puede dejarse sin respuesta a quien haya sido apartado de su cargo de manera irregular. Este criterio fue sostenido en reiterados fallos de esta sala, como ser el Acuerdo y Sentencia N° 261 de fecha 30 de mayo de 2011.

C.S.J. Sala Penal. 16/12/2014. “JOSÉ NATIVIDAD GÓMEZ ROMERO C/ MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN S/ REPOSICIÓN EN EL CARGO, COBRO DE SALARIOS CAÍDOS Y/O COBRO DE GUARANÍES EN DIVERSOS CONCEPTOS. (Ac. y Sent. N° 1242).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: LUIS MARIA BENITEZ RIERA, SINDULFO BLANCO Y ALICIA PUCHETA DE CORREA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA dijo: Que, si bien el Abogado Luis Galeano Cantero, en representación de la Municipalidad de Asunción, no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto; resulta que, luego de un análisis de estos autos, se constata que existen elementos que indican que la nulidad debe ser estudiada de oficio, en base a las consideraciones que se pasa a exponer.

Que, analizando cuidadosamente el Acuerdo y Sentencia N° 11 de fecha 11/07/2013, se puede observar que, efectivamente, el mismo se aparta de las previsiones establecidas en la legislación vigente que rigen la materia para el dictamiento válido de una resolución.

Que, al respecto el artículo 404 del CPC es claro cuando prescribe que “El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”. Y cuando la ley habla de forma o solemnidades, debemos remitirnos a lo establecido en los siguientes artículos del mismo cuerpo legal:

Artículo 15 Deberes: Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial:...b) fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia bajo pena de nulidad... La infracción de los deberes enunciados en los incisos b), c), d) y e) de este artículo, causará la nulidad de las resoluciones y actuaciones. Artículo 159. Sentencia definitiva de primera instancia: La sentencia definitiva de primera instancia, destinada a poner fin al litigio, deberá contener, además: ... d) los fundamentos de hecho y de derecho; e) la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por la ley, declarando el derecho de los litigantes...

Que, los efectos de la Ley 1626/2000, De la Función Pública, se encuentran suspendidos en relación a la Municipalidad de Asunción, en virtud al Auto Interlocutorio No 830 de fecha 11 de junio de 2002, emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el cual suspendió los efectos de los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 15, 27, 29, 35, 36, 46, 74 y 139 de la citada ley. Es criterio hartamente conocido de esta máxima instancia judicial que, decretada la inapli-

cabilidad del artículo 1 de la Ley de la Función Pública, la norma toda deviene privada de efectos en el mundo jurídico. Consecuentemente, de lo mencionado precedentemente, resulta que el Tribunal Electoral de la Capital, Primera Sala ha violado principios básicos del derecho al aplicar o basar su decisión en una ley que para la demandada y sus funcionarios resulta inaplicable por sentencia judicial. Así, el Tribunal Electoral al emitir su pronunciamiento basado en las disposiciones de una ley suspendida se apartó de las disposiciones legales vigentes, por lo que Acuerdo y Sentencia dictado para resolver la cuestión sometida de estudio resulta nulo e inválido.

Que, siendo así, y habiéndose constatado que el Tribunal Electoral Primera Sala incumplió lo establecido en la ley ritual y que el Acuerdo y Sentencia N° 11 de fecha 11/07/2013, dictado por el citado Tribunal, padece de vicios que hacen insalvable su nulidad, corresponde declarar nula dicha resolución y, en base a lo establecido en el artículo 406 del CPC, pasar a analizar el fondo de la cuestión.

Que, según el análisis de los antecedentes administrativos agregados a estos autos y las pruebas arrimadas por las partes, tenemos que al Sr. José Natividad Gómez Romero se le comunicó su desvinculación de la Municipalidad de Asunción por nota de fecha 23/11/2005, firmada por el Director Interino de la Dirección de Recursos Humanos de la entidad municipal, por supuesta causa justificada establecida en el artículo 81 inc. f) del Código Laboral.

Que, al promover la demanda por reposición en el cargo y el cobro de salarios caídos, el Sr. Gómez Romero sostuvo que al momento de ser destituido se desempeñaba como chofer jornalero en el Departamento de Recolección de la Municipalidad de Asunción y que como personal del servicio auxiliar tenía una relación de dependencia con la Municipalidad con estabilidad especial dentro de lo que establece el artículo 6 de la Ley 1626 de la Función Pública.

Que, al contestar la demanda la Municipalidad de Asunción sostuvo que su parte reconoce que el actor fue contratado para ocupar el cargo de chofer jornalero en el Departamento de Recolección pero que el despido con justa causa se hizo en base al artículo 94 del Código del Trabajo a los 9 años y 8 meses de antigüedad del funcionario. Que, en primer lugar, como ya lo sostuviera más arriba al fundamentar la nulidad de la resolución recurrida, los efectos de la Ley 1626/2000 De la Función Pública se encuentran suspendidos en relación a la Municipalidad de Asunción, en virtud al Auto Interlocutorio No 830 de fecha 11 de junio de 2002, emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de

Justicia, por lo que los agravios del actor plasmados en el escrito de demanda que se fundamentan en dicha ley no pueden ser atendidos desde dicha perspectiva. Que, en segundo lugar, si bien la vinculación laboral del Sr. José Natividad Gómez Romero con la Municipalidad de Asunción quedo debidamente probada tanto por los dichos del mismo como por las pruebas arrimadas y no fue negada por la entidad municipal, no existe en autos ninguna prueba que nos demuestre cual es la clase de vinculación laboral entre el funcionario y la entidad. No se pudo concluir forma fehaciente si dicha vinculación laboral fue en base a un contrato o a un nombramiento. Lo que si quedo claro en base a la lectura de los certificados de trabajo agregados es que el Sr. Gómez Romero se desempeñaba como jornalero y prestaba servicios en la Dirección de Aseo Urbano dependiente del Departamento de Recolección de la Municipalidad de Asunción. Pero calificar al funcionario como jornalero no vislumbra la clase de vinculación laboral que mantiene con la Municipalidad, pues se sigue sin saber si dicha vinculación era o no permanente, en base a un contrato o a un nombramiento por resolución, ya que ninguna de las partes probó en forma fehaciente dicha cuestión. Cuando se habla de que el actor de esta demanda era jornalero, se entiende que era un trabajador que cobraba su salario por jornada, por día, sin embargo el definirlo así no nos instruye sobre la forma en que estaba consolidado el vínculo laboral con la empleadora.

Bien, ante tal disyuntiva, resulta imperioso dilucidar la clase de vinculación laboral que mantiene el actor con la Municipalidad para poder resolver la cuestión sometida a estudio. Entonces, no contando con ningún medio de prueba al respecto, debemos remitirnos al principio “in dubio pro operario” (ante la duda la cuestión debe definirse a favor del operario) y, en base a este principio, debemos suponer que el actor de esta demanda ingreso a la carrera de funcionario público nombrado como funcionario municipal.

Que, una vez instaurada la suspensión de la Ley 1626 en relación a la Municipalidad de Asunción y establecida la calidad de funcionario público nombrado del actor de esta demanda, debemos dilucidar cuál es el marco legal aplicable al caso que nos ocupa. Nótese que la desvinculación del Sr. Gómez Romero data de noviembre de 2005. Entonces, la Ley No. 129/87 Orgánica Municipal vigente en aquella fecha, disponía en su artículo 62 inc. h): “En materia de administración general, es competencia de la Intendencia:... nombrar y remover al personal de la Intendencia, de conformidad a lo que establezca el

Estatuto del Funcionario Municipal o, a falta de éste, la Ley del Funcionario Público”. Así, estando suspendida la Ley 1626/2000, debemos remitirnos a la anterior ley del funcionariado público, la Ley N° 200/70. Esta ley establecía en el artículo 14 “...No podrán ser separados de sus cargos sino en la forma y por las causas previstas en esta Ley...”. Además en el artículo 49 decía “Son medidas disciplinarias de segundo grado:... destitución...”; y en el artículo 50 prescribía “...y las de segundo grado serán aplicadas por la autoridad que produjo el nombramiento previo sumario administrativo...”. Seguidamente el artículo 58 establecía “Los funcionarios podrán ser removidos de sus cargos solo por motivos establecidos en esta ley”. Entonces, queda claro que el funcionario municipal actor de esta demanda, luego de prestar servicios por 9 años y 8 meses (ingreso a la función en fecha 5/03/1996 y fue destituido el 23/11/2005) en la Municipalidad de Asunción, contaba con estabilidad. Por ende, su desvinculación debió estar precedida de un sumario administrativo, en el cual debió respetarse su derecho a la defensa.

Que, en base a lo precedentemente analizado, resulta que la Nota de fecha 23 de noviembre de 2005 que resuelve y comunica la destitución del actor de su cargo de funcionario de la Municipalidad de Asunción es arbitraria y fue dictada en contra las disposiciones establecidas en la Constitución Nacional y las leyes y no reúne los principios fundamentales que rigen el derecho administrativo.

Que, en lo que respecta a los salarios caídos del funcionario municipal en cuestión, siguiendo la pacífica jurisprudencia de ésta Sala Penal, corresponde disponer en concepto de salarios caídos al Sr. José Natividad Gómez Romero el pago equivalente a doce meses de salario. Dicho monto es fijado de conformidad a lo dispuesto por el Art. 82 del Código del Trabajo, en razón al criterio de equidad para las partes, debido a que no pueden cargarse sobre las arcas del estado las consecuencias del largo proceso, pero tampoco puede dejarse sin respuesta a quien haya sido apartado de su cargo de manera irregular. Este criterio fue sostenido en reiterados fallos de esta sala, como ser el Acuerdo y Sentencia N° 261 de fecha 30 de mayo de 2011.

Consecuentemente, por todo lo anteriormente expuesto y fundamentado, corresponde hacer lugar a la demanda contencioso administrativa promovida por el Sr. José Natividad Gómez Romero contra la Municipalidad de Asunción y, en consecuencia, disponer la reposición del citado funcionario en el mismo cargo que venía desempeñando en la Dirección de Aseo Urbano de la Municipa-

JURISPRUDENCIA

lidad de Asunción o en otro de similar categoría y remuneración en forma inmediata y ordenar el pago en concepto de salarios caídos al Sr. José Natividad Gómez Romero el equivalente a doce meses de salario. En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la parte demandada en ambas instancias, de acuerdo al artículo 192 del C.P.C. Es mi voto.

Que a su turno, los Dres. Sindulfo Blanco y Alicia Pucheta de Correa, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E. todo por ante mí que lo certifica quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS los méritos del Acuerdo que antecede, la Corte Suprema De Justicia, Sala Penal,

RESUELVE:

1. DECLARAR nulo el Acuerdo y Sentencia N° 11 de fecha 11 de julio de 2013, dictado por el Tribunal Electoral de la Capital, Primera Sala.

2. HACER LUGAR a la demanda contencioso administrativa promovida por el Sr. José Natividad Gómez Romero contra la Municipalidad de Asunción y, en consecuencia;

3. DISPONER la reposición del Sr. José Natividad Gómez Romero en el mismo cargo que venía desempeñando en la Dirección de Aseo Urbano de la Municipalidad de Asunción o en otro de similar categoría y remuneración en forma inmediata.

4. ORDENAR el pago en concepto de salarios caídos al Sr. José Natividad Gómez Romero el equivalente a doce meses de salario.

5. IMPONER las costas a la parte demandada, la Municipalidad de Asunción, en ambas instancias (artículo 192 del CPC).

6. ANOTAR, registrar y notificar.

Magistrados: Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Luis María Benítez Riera.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1245

Cuestión debatida: *El fallo se centra en el agravio por parte del apelante de la pertinencia del pedido de devolución de aportes jubilatorio requeridos por una persona que la fecha de la solicitud ante la Autoridad Administrativa aun se encuentra en relación de dependencia con el Estado.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PÚBLICO. Legislación Aplicable. LEY N° 1626/00

Que, pasando a examinar la cuestión planteada, advierto que el ad-quem hizo lugar a la presente demanda, alegando que la Señora María Beatriz Araujo Morínigo al tiempo de solicitar la devolución de sus aportes que el Art. 53 de la Ley 1626/00 resulta inaplicable al presente caso en estudio, en razón que dicha disposición legal se refiere a que tendrán derecho a la devolución de sus aportes jubilatorios los funcionarios cuya relación jurídica entre el Estado y el mismo hayan terminado, la cual queda desvirtuada por la Res. N° 257/08 del Rectorado de la Universidad Nacional del Este, que la desvincula de la Universidad y, por tanto se puede decir que ha terminado la relación jurídica existente entre el Estado y la Sra. María Beatriz Araujo Morínigo.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Devolución de Aportes Jubilatorios.

Que de los documentos obrantes en autos surge que por Resolución DGJP N° 2640 de fecha 23 de octubre de 2009, el Director General de Jubilaciones y Pensiones, denegó por improcedente la solicitud de devolución de aportes jubilatorios formulada por la administrada (fs. 40), teniendo como base para esta denegatoria el Art. 53 de la Ley N° 1626/00 y el Art. 189 del Anexo "A" de la Ley N° 1381 de fecha 28 de enero de 2009, por el cual se reglamenta la Ley N° 3692/2009, "QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE GASTOS DE LA NACION PARA EL EJERCICIO FISCAL 2009", que dispone en su última parte que en ningún caso se devolverán aportes jubilatorios al personal público en actividad.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACION. Legislación aplicable a la jubilación.

Que, al no haber cesado la actora su relación jurídica con el Estado al momento de haber formulado su petición de devolución de aportes jubilatorios, teniendo en consideración que la mismo continuaba cumpliendo funciones como

docente del Ministerio de Educación y Cultura, este hecho constituye un obstáculo insalvable para acceder a su requerimiento, en base a lo establecido por el Art. 189 del Anexo “A” del Decreto N° 1381 de fecha 28 de enero de 2009 “QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION PARA EL EJERCICIO FISCAL 2009” que se encontraba vigente en ese momento. A todo esto, hay que añadir que esta norma guarda concordancia con el Art. 53 de la Ley 1626/00, que estatuye lo siguiente: “Cuando termine la relación jurídica entre el Estado y sus funcionarios, sin que estos estén en condiciones de acogerse a la jubilación, tendrá derecho a la devolución de sus aportes jubilatorios en el plazo máximo de un año”. En conclusión, el ordenamiento legal mencionado más arriba, supeditaba la devolución de los aportes jubilatorios de los funcionarios públicos, al previo cese definitivo de su relación jurídica con el Estado, lo que en este caso no aconteció por parte del demandante, por tanto la solicitud formulada por la misma, devenía por este motivo en inviable e improcedente.

C.S.J. Sala Penal. 17/12/2014. “MARÍA BEATRIZ ARAUJO MORÍNIGO C/ RES. N° 2640 DEL 23/10/09 DICT. POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA (Ac. y Sent. N° 1245).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Benítez Riera, Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco.

A la primera cuestión planteada, el Dr. BENITEZ RIERA DIJO: Dado que los agravios vertidos como causantes de nulidad pueden ser subsanados por vía del recurso de apelación también interpuesto, y que en el fallo recurrido no se encuentran vicios o defectos que justifiquen la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizado por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar estos recursos. Es mi voto.

A su turno los Dres. Alicia Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Ministro Benítez Riera, prosiguió diciendo: por Acuerdo y Sentencia N° 595, del 28 de septiembre de

2012, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala resolvió: 1) HACER LUGAR a la presente demanda acción contencioso administrativa, promovida por MARÍA BEATRIZ ARAUJO MORÍNIGO C/ RESOLUCIÓN DGJP N° 2640 de fecha 23 de octubre de 2009, emanada de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, y en consecuencia, corresponde 2) REVOCAR la Resolución N°2640 de fecha 23 de octubre de 2009, dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, 3) DISPONER el pago de los aportes jubilatorios correspondientes a la Señora MARIA BEATRIZ ARAUJO MORINIGO, y que fueron efectuados desde el mes del año 1995 hasta el mes de enero del año 2008 y que asciende a la suma de GUARANIES CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO (Gs. 48.243.768) 4) IMPONER las costas a la perdedora. 5) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Que, Marcos Morínigo Abogado Fiscal del Ministerio de Hacienda, se agravió en contra del precitado fallo, y mencionó los siguientes términos; “en el presente caso, el Tribunal de Cuentas, no examinó lo manifestado por nuestra parte, puesto que lo que sostenemos con énfasis es que la citada norma legal expresa: “Cuando termine la relación jurídica entre el Estado y sus funcionarios, sin que éstos estén en condiciones de acogerse a la jubilación, tendrán derecho a la devolución de sus aportes jubilatorios en el plazo máximo de un año”. Según constancias de autos, el Departamento de Control Interno y Operacional de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, de conformidad al informe presentado por la Secretaría de la Función Pública, ha detectado que la recurrente figura aún en estado activo en la Administración Pública. Al respecto, el Art. 53 de la Ley N° 1626/00 De la Función Pública, establece taxativamente que el funcionario debe estar desvinculado laboralmente del Estado para la procedencia de la devolución de sus aportes jubilatorios. Por lo tanto es claro y categórico que existiendo aún una relación jurídica subsistente entre el recurrente y el Estado, por simple aplicación de la Ley N° 1626/00, no procede otorgar la devolución de los aportes solicitados por el hoy demandante”.

Que, por A.I. N° 1954 de fecha 26 de agosto de 2014 resolvió dar por decaído el derecho que ha dejado de utilizar la Señora María Beatriz Araujo Morínigo a los efectos de la presentación del escrito de contestación de traslado que se le corriera por parte del Apelante en virtud al transcurso del plazo a dicho efecto

por el período de nueve días sin que la misma haya ejercido derecho alguno acorde a lo reglado por el Art. 438 del Código Procesal Civil el cual establece: “...Si el recurrido no contestare el traslado dentro del plazo señalado, seguirá su curso la instancia...”.

Que, pasando a examinar la cuestión planteada, advierto que el ad-quem hizo lugar a la presente demanda, alegando que la Señora María Beatriz Araujo Morínigo al tiempo de solicitar la devolución de sus aportes que el Art. 53 de la Ley 1626/00 resulta inaplicable al presente caso en estudio, en razón que dicha disposición legal se refiere a que tendrán derecho a la devolución de sus aportes jubilatorios los funcionarios cuya relación jurídica entre el Estado y el mismo hayan terminado, la cual queda desvirtuada por la Res. N° 257/08 del Rectorado de la Universidad Nacional del Este, que la desvincula de la Universidad y, por tanto se puede decir que ha terminado la relación jurídica existente entre el Estado y la Sra. María Beatriz Araujo Morínigo.

Que de los documentos obrantes en autos surge que por Resolución DGJP N° 2640 de fecha 23 de octubre de 2009, el Director General de Jubilaciones y Pensiones, denegó por improcedente la solicitud de devolución de aportes jubilatorios formulada por la administrada (fs. 40), teniendo como base para esta denegatoria el Art. 53 de la Ley N° 1626/00 y el Art. 189 del Anexo “A” de la Ley N° 1381 de fecha 28 de enero de 2009, por el cual se reglamenta la Ley N° 3692/2009, “QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE GASTOS DE LA NACION PARA EL EJERCICIO FISCAL 2009”, que dispone en su última parte que en ningún caso se devolverán aportes jubilatorios al personal público en actividad.

Que, al no haber cesado la actora su relación jurídica con el Estado al momento de haber formulado su petición de devolución de aportes jubilatorios, teniendo en consideración que la mismo continuaba cumpliendo funciones como docente del Ministerio de Educación y Cultura, este hecho constituye un obstáculo insalvable para acceder a su requerimiento, en base a lo establecido por el Art. 189 del Anexo “A” del Decreto N° 1381 de fecha 28 de enero de 2009 “QUE APRUEBA EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION PARA EL EJERCICIO FISCAL 2009” que se encontraba vigente en ese momento. A todo esto, hay que añadir que esta norma guarda concordancia con el Art. 53 de la Ley 1626/00, que estatuye lo siguiente: “Cuando termine la relación jurídica entre el Estado y sus funcionarios, sin que estos estén en condiciones de acogerse a la

jubilación, tendrá derecho a la devolución de sus aportes jubilatorios en el plazo máximo de un año”. En conclusión, el ordenamiento legal mencionado más arriba, supeditaba la devolución de los aportes jubilatorios de los funcionarios públicos, al previo cese definitivo de su relación jurídica con el Estado, lo que en este caso no aconteció por parte del demandante, por tanto la solicitud formulada por la misma, devenía por este motivo en inviable e improcedente.

Que en base a los documentos y antecedentes expuestos precedentemente, y las normas aplicables al caso de autos citadas por el tribunal inferior en respaldo de la determinación que adoptó, no me resta otra alternativa, sino concluir que los fundamentos expresados por la Administración por medio de las Resoluciones Administrativas impugnadas se ajustan a las normas legales, por lo que no corresponde la devolución de los aportes jubilatorios solicitados. Por otro lado, tenemos que conforme se desprende de los antecedentes administrativos obrantes en esta causa, la actora, al momento de formular la petición de devolución de sus aportes jubilatorios, se encontraba en una efectiva relación de dependencia con el Estado.

Que teniendo en cuenta las afirmaciones que he realizado precedentemente, concluyo que los actos administrativos impugnados son regulares, por cuanto se adecuaron a las disposiciones legales que regían en ese lapso de tiempo, por lo que no me cabe otra alternativa que revocar el fallo apelado.

En cuanto a las costas, las mismas deben imponerse en el orden causado, en virtud a lo dispuesto en el Art. 193 del Código Procesal Civil, en atención a que el demandante actuó con razonable convicción acerca del derecho que le asistía. Es Mi Voto.

A su turno los Dres. PUCHETADE CORREA y BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto del Ministro BENITEZ RIERA por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mí de que lo certifico quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE:

1. DESESTIMAR el recurso de nulidad.
2. REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 595, de fecha 28 de septiembre de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente Resolución.
3. IMPONER las costas en el orden causado.
4. ANÓTESE, regístrese y notifíquese.

Magistrados: Luis María Benítez Riera, Alicia Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1269

Cuestión debatida: *Del estudio del caso, surge que la cuestión a determinar es, si corresponde o no, otorgar a la recurrente la pensión solicitada desde el fallecimiento del causante o desde que la fecha de la presentación del pedido con la agregación de todas los requisitos de su exigibilidad conforme a la Ley.*

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.

Lo cual concuerda con lo dispuesto en el Art. 95 de la Constitución Nacional, que dice: “Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos y estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio”. Por lo dicho, queda claro que resulta imposible proceder al pago de estos beneficios fuera de los alcances establecidos por Ley.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Base de Cálculo.

Del estudio del caso, surge que la cuestión a determinar es, si corresponde o no, otorgar a la Sra. Gloria Concepción Criscioni la pensión solicitada desde el fallecimiento del causante. Para resolver conforme a derecho, atendiendo que el beneficio solicitado corresponde a un afiliado de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios, debemos regirnos por las disposiciones de la Ley N° 2856/06, pues en esta legislación se encuentra prevista y regulada la situación planteada, en forma específica. Así, en el Capítulo referente a las Jubilaciones y Pensiones, Artículo 44, se lee: “El derecho a las jubilaciones y pensiones es imprescriptible e irrenunciable. Si éstas fueren solicitadas dentro de los ciento ochenta días, contados a partir de la fecha en que el afiliado deje el servicio o en que el mismo hubiere fallecido, los beneficios acumulados serán abonados a quien corresponda, conforme a la Ley.

**PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN.
Base de Cálculo.**

Aclarado el punto, que no corresponde el cobro de la pensión solicitada desde el momento del fallecimiento del causahabiente, ahora estudiaremos desde cuándo debe computarse dicho beneficio. En este sentido, la normativa transcrita precedentemente reglamenta que debe ser desde su petición, y aquí nos encontramos ante dos solicitudes: la primera fue presentada el 1 de octubre del 2003, que no prosperó al no cumplir con los recaudos legales exigidos. Por ende no puede tenerse en cuenta la fecha de este pedido para iniciar el cómputo de la pensión, al respecto, el mismo Tribunal en una parte del considerando del fallo recurrido dice...al ser rechazada la solicitud de pensión presentada por la actora en fecha 01 de octubre del 2003, consecuentemente dicha solicitud de pensión presentada sin los recaudos pertinentes deviene irrelevante y es como si no existiera para este caso (SIC).

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Legislación aplicable.

Por lo dicho, puedo concluir que la normativa aplicable al presente caso es la Ley 73/91 (con las modificaciones realizadas por la Ley 1802/01) y no la Ley 2856/05, pues la primera se hallaba vigente al momento en que la señora Gloria Concepción Criscioni Pineda realizó su primera presentación de solicitud de pensión a la Caja, y si bien el expediente concluyó bajo la vigencia de la Ley 2856/05, este hecho resulta irrelevante a la hora de hacer esta determinación, en vista de que el procedimiento ya fue iniciado en base a la Ley N° 73/91 y por ende necesariamente debía continuar y finalizar en base a lo establecido en dicha norma, conforme a lo dispuesto en el art. 2° del Código Civil Paraguayo, en concordación con el art. 14 de la Constitución Nacional.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Imprescriptibilidad del derecho a peticionar los haberes jubilatorios.

En el caso de autos, encontramos que el art. 45 de la Ley 73/91 dispone: “...Si la respectiva solicitud fuere presentada a la Caja con posterioridad al referido plazo, la jubilación o la pensión será concedida a partir de la fecha de la petición y no habrá lugar al pago de la referida acumulación”; el cual no ha variado en mucho con relación a la Ley 2856/05, en vista a que su art. 44, reza: “El derecho a las jubilaciones y pensiones es imprescriptible e irrenunciable. Si estas fueren solicitadas dentro de los ciento ochenta días, contados a partir de

la fecha en que el afiliado deje el servicio o en que el mismo hubiere fallecido, los beneficios acumulados serán abonados a quien corresponda, conforme a la Ley. Si la respectiva solicitud fuere presentada a la Caja con posterioridad al referido plazo, la jubilación o la pensión será concedida a partir de la fecha de la petición y no habrá lugar al pago de la referida acumulación”. En lo que sí se observa que ha variado, entre una norma y otra, es en el plazo con que cuenta el interesado para solicitar la pensión, lo cual, debemos decir, no fue objeto de cuestionamientos en autos. Al ser así, queda claro que nos encontramos vedado de proceder al estudio con relación a este punto.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Naturaleza de los aportes Jubilatorios.

Es importante aclarar que el beneficio de la pensión es reconocido a la persona que reúna los requisitos establecidos por la norma; es decir, no es una situación constituida por la declaración de reconocimiento que haga la Caja de Jubilaciones, sino por la misma Ley y la adecuación de los hechos o el supuesto fáctico a esta.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUBILACIÓN. Naturaleza de los aportes jubilatorios.

Por último, corresponde dejar en claro que la pensión no es un derecho hereditario, ya que este no se transmite de generación en generación, sino que es un derecho establecido por Ley, a favor de las personas individualizadas y que cumplan con los requisitos establecidos en ella, tal como se ha sostenido precedentemente.

C.S.J. Sala Penal. 29/12/2014. “GLORIA C. CRISCIONI PINEDA c/ Resolución N° 18 de fecha 08 de Agosto de 2012, dictada por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios (Ac. y Sent. N° 1269).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?.

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?.

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Blanco, Benítez Riera y Torres Kirmser.

A la primera cuestión planteada, el Ministro Sindulfo Blanco dijo: Dado que la recurrente ha desistido en forma expresa de este recurso, no advirtiéndose en

las resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar este recurso. Es mi Voto.

A Su Turno el Ministro Benitez Riera y Torres Kirmsers manifestaron su adhesión al voto que antecede.

A la Segunda Cuestión Planteada el Ministro Sindulfo Blanco prosiguió diciendo: La actora cuestionó en autos la Resolución N° 13/2012 y su confirmatoria la N° 18/2012, dictadas por el Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Empleados Bancarios, por la cual, resolvió: “Conceder la pensión a la Sra. Gloria Concepcion Criscioni Pineda de G. 3.055.034 mensuales, a partir del 16 de marzo de 2012, de conformidad a los arts. 37 inc. a) y 45 de la Ley N° 2856/06”. El agravio se circunscribe a la fecha desde la cual fue concedida la pensión, pues la misma alega que debe correr a partir de la fecha del fallecimiento del causante y no desde la fecha de la Sentencia que la declaró heredera.

El Tribunal, con voto en disidencia, hizo lugar a lo solicitado por la actora, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 2443, 2444, 2445 y 2446 del Código Civil, que en resumen, estipula que desde la muerte de una persona se transmiten la propiedad de los bienes y derechos efectivos y eventuales que constituyen la herencia, a sus herederos. Alegan que lo determinado en las citadas normativas no deja lugar a dudas que desde la muerte del causante se transmiten los derechos del causante independientemente de la fecha de homologación formal de la declaratoria de herederos, que de hecho siempre será posterior a la muerte del causante. Concluyen que la solicitud se encuentra incurso dentro los plazos establecidos en el artículo 44 de la Ley N° 2856/06 dado que la Sentencia Declaratoria de Herederos S.D N° 126 es de fecha 16 de marzo del 2.012 y la Resolución N° 13, Acta 30 de la Caja Bancaria que otorgó la pensión es de fecha 20 de junio del 2.012, o sea, presentó dentro del plazo de 180 días que dispone el citado articulado. En cuanto al rechazo de la solicitud de pensión presentada por la actora el 01 de octubre del 2.003, como fue presentada sin los recaudos pertinentes, la declaratoria de herederos, lo considera como irrelevante e inexistente para el caso, pues lo trascendente es la Sentencia por la cual fue declarada heredera, que reconoce los derechos sobre los bienes relictos y la posesión de las cosas desde el fallecimiento del causante.

El recurrente se agravia contra lo resuelto en el referido fallo, en los términos del escrito que glosa a f.116/7 de autos. Alega que el Tribunal no tuvo en

cuenta al resolver, las Disposiciones Especiales contenidas en el artículo 44 de la Ley N° 2856/06, legislación aplicable al caso particular, que dispone - si el pedido es presentado fuera de los 180 días del fallecimiento del afiliado, ocasiona la pérdida del derecho de acumulación en el pago de la pensión. Resalta que dicha disposición ha sido dejado de lado por el Miembro del Tribunal Ramón Rolando Ojeda, con el argumento de lo dispuesto en el Código Civil, artículos 2443, 444 y 2445, disposiciones legales no aplicables al caso, dejando de lado disposiciones Legales Y Especiales Que Estaban Vigente. Aclaran que la presentación extemporánea del pago del aludido beneficio, como cónyuge superviviente, no tiene la finalidad de negar derecho alguno a esta, sino de brindar precisión, seguridad y certeza en cuanto al ámbito temporal del goce del benéfico de referencia, como lo disponen las disposiciones legales aplicables. Para culminar, recalca que las resoluciones administrativas cuestionadas, reúnen todos los requisitos esenciales del acto administrativo y fueron dictados conforme al principio de legalidad, por lo que solicitan la revocación del Acuerdo y Sentencia apelado y la confirmación de los mismos.

Del estudio del caso, surge que la cuestión a determinar es, si corresponde o no, otorgar a la Sra. Gloria Concepción Criscioni la pensión solicitada desde el fallecimiento del causante. Para resolver conforme a derecho, atendiendo que el beneficio solicitado corresponde a un afiliado de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios, debemos regirnos por las disposiciones de la Ley N° 2856/06, pues en esta legislación se encuentra prevista y regulada la situación planteada, en forma específica. Así, en el Capítulo referente a las Jubilaciones y Pensiones, Artículo 44, se lee: “El derecho a las jubilaciones y pensiones es imprescriptible e irrenunciable. Si éstas fueren solicitadas dentro de los ciento ochenta días, contados a partir de la fecha en que el afiliado deje el servicio o en que el mismo hubiere fallecido, los beneficios acumulados serán abonados a quien corresponda, conforme a la Ley.

Si la respectiva solicitud fuere presentada a la Caja con posterioridad al referido plazo, la jubilación o la pensión será concedida a partir de la fecha de la petición y no habrá lugar al pago de la referida acumulación”. Pues bien, de los antecedentes administrativos constatamos que el causante, Sr. Nicolás Giménez, falleció el 10 de enero de 2003 y la Sra. Gloria Concepción Criscioni, solicita a la Caja de Jubilaciones y Pensiones, la pensión, luego que trascurrió los 180 días estipulados por la ley, el 01 de octubre de 2003, pero dicho pedido no pros-

peró porque la interesada no acreditó su vocación hereditaria conforme lo manda el artículo 37 de la citada normativa. En efecto, la S.D N° 308, de fecha 29 de abril de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial declaró como herederos del fallecido afiliado, solamente a sus hijos María Teresa Giménez Criscioni y Rodrigo Manuel Giménez Criscioni (f. 19), además, en el certificado de defunción presentado en ese entonces, en la casilla que corresponde al estado civil del Sr. Nicolas Gaona, decía Divorciado. Transcurrido casi nueve años, en fecha 30 de abril de 2012, la actora vuelve a solicitar el cobro de la pensión en cuestión y adjunta copia de la S.D. N° 126 del 16 de marzo del 2012, emanada de un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, en donde se la declaró heredera del causante en calidad de cónyuge supérstite (f. 18), y a pesar de que en el Certificado de Defunción presentado en esta oportunidad, la casilla correspondiente al Estado Civil Y Nombre Y Apellido Del Ultimo Conyuge (f. 8), estaban vacíos, dando preeminencia a la Sentencia Judicial, por Resolución N° 13/2012, le otorgaron la pensión a partir de la fecha del dictado de la resolución judicial por la cual fue declarada heredera. Conforme a lo brevemente expuesto y a lo estipulado en la Ley de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios, resulta claro que la petición de la actora, desde todo punto de vista, fue presentada fuera del plazo legal (luego de que haya transcurrido 180 días del fallecimiento del causante), por lo que no corresponde el cobro de la pensión desde su fallecimiento, sino desde el momento en que fue solicitado por ante la autoridad administrativa, conforme a lo regulado en la ley, concordante al importante repertorio jurisprudencial de Sala.

Aclarado el punto, que no corresponde el cobro de la pensión solicitada desde el momento del fallecimiento del causahabiente, ahora estudiaremos desde cuándo debe computarse dicho beneficio. En este sentido, la normativa transcrita precedentemente, reglamenta que debe ser desde su petición, y aquí nos encontramos ante dos solicitudes: la primera fue presentada el 1 de octubre del 2003, que no prosperó al no cumplir con los recaudos legales exigidos. Por ende no puede tenerse en cuenta la fecha de este pedido para iniciar el cómputo de la pensión, al respecto, el mismo Tribunal en una parte del considerando del fallo recurrido dice... al ser rechazada la solicitud de pensión presentada por la actora en fecha 01 de octubre del 2003, consecuentemente dicha solicitud de pensión presentada sin los recaudos pertinentes deviene irrelevante y es como si no existiera para este caso (SIC). En fecha 30 de abril del 2012, la Sra. Gloria C.

Criscioni, solicita nuevamente la pensión, acompañando la SD N° 126 de fecha 16 de marzo de 2012, dictada por un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, en donde se la declara heredera del Sr. Nicolás Giménez en calidad de cónyuge supérstite, y la entidad demandada, como esta vez sí cumplió con los recaudos exigidos por el artículo 37 de la citada ley (reconocimiento judicial), le otorga dicho beneficio a partir de la fecha en que fue dictada la Sentencia Declaratoria de Herederos. Si bien, lo que correspondía de acuerdo a la legislación aplicable era otorgar la pensión a partir del 30 de abril del 2012, y la Caja de Jubilaciones la otorgó desde la fecha de la Sentencia de Declaratoria, que es de una fecha anterior, 16 de marzo del 2012, como la determinación adoptada por la entidad demandada redundante en beneficio de la administrada, no corresponde su modificación, por aplicación de la Regla de la Condición más beneficiosa, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida, y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable.

En base a los antecedentes expuestos y las normas aplicables al caso de autos, concluimos que los actos administrativos impugnados son regulares en cuanto se adecua a las disposiciones legales que rigen la materia, por lo que no cabe otra que hacer lugar al recurso de apelación y revocar el fallo apelado, con la confirmación de lo resuelto por la Administración. En cuanto a las costas, conforme a lo dispuesto en el Art. 203 inc. b) del Código Procesal Civil corresponde imponerla a la perdedora en ambas instancias.

A su turno el Ministro Torres Kirmser dijo: Corresponde decir, previamente, que de la verificación de los antecedentes administrativos agregados, surge que estos no fueron remitidos en forma íntegra por la Caja de Jubilaciones, lo cual no fue cuestionado por la Actora; a quien incumbía dicha carga a tenor de lo dispuesto en el art. 249 del Código Procesal Civil. Ante tal situación, queda claro que el presente caso deberá ser resuelto en base a las constancias de autos.

Conforme a los antecedentes administrativos agregados, se observa que por Resolución N° 13 de fecha 20 de junio de 2012, el Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines, resolvió: “1° Conceder la pensión a la señora Gloria Concepción Criscioni Pineda, de G. 3.055.034 (Guaraníes tres millones cincuenta y cinco mil treinta y cuatro) mensuales, a partir del 16/03/2012, de conformidad a los arts. 37, inc. a) y 45 de la Ley N° 2856/06. 2°.- Encargar a la Gerencia de Jubilaciones los trámites pertinentes. 3°. Comunicar...”(sic).

Disconforme con la resolución recaída, la señora Gloria C. Criscioni interpuso un recurso de reconsideración parcial en Sede Administrativa- en lo que respecta a la fecha en que comienza a correr su derecho a percibir la pensión. Sostuvo que este beneficio le corresponde desde el 1 de octubre de 2003, fecha en que realizó su primera presentación ante la Caja. Siendo este rechazado por el Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines, por Resolución N° 18 de fecha 8 de agosto de 2012, bajo el argumento de que la Peticionante, recién en el año 2012, acreditó con documentos- los requisitos exigidos por Ley, para el otorgamiento de dicho beneficio.

A efecto de dilucidar la cuestión, corresponde, como primera medida determinar si la norma aplicable al caso es la Ley N° 73/91 (con las modificaciones realizadas por la Ley 1802/01) o la 2856/05

De la constancia de autos, encontramos que la señora Gloria Concepción Criscioni Pineda realizó su primera presentación en Sede Administrativa- en fecha 1 de octubre de 2003, bajo el expediente N° 9051/03, y conforme a los antecedentes, surge que la misma no acreditó –con los documentos presentados- su derecho a lo petitionado. Por lo que el expediente administrativo iniciado estuvo paralizado por varios años a la espera de que la solicitante arrime los requisitos exigidos y necesarios para acreditar tal beneficio.

Posteriormente, la Peticionante realizó otras presentaciones en Sede Administrativa, siendo la última(f.12), en fecha 30 de abril de 2012, bajo el expediente N° 2910, en el cual formuló ciertas aclaraciones sobre su pedido de pensión y adjuntó varias documentaciones, a fin de acreditar su derecho a lo solicitado. Finalmente, es acogida su solicitud, por la Caja de Jubilación, en base a las nuevas documentaciones presentadas, que sirvieron para acreditar el derecho que le asistía a percibir tal beneficio.

Por lo dicho, puedo concluir que la normativa aplicable al presente caso es la Ley 73/91 (con las modificaciones realizadas por la Ley 1802/01) y no la Ley 2856/05, pues la primera se hallaba vigente al momento en que la señora Gloria Concepción Criscioni Pineda realizó su primera presentación de solicitud de pensión a la Caja, y si bien el expediente concluyó bajo la vigencia de la Ley 2856/05, este hecho resulta irrelevante a la hora de hacer esta determinación, en vista de que el procedimiento ya fue iniciado en base a la Ley N° 73/91 y por ende necesariamente debía continuar y finalizar en base a lo establecido en dicha norma, conforme a lo dispuesto en el art. 2° del Código Civil Paraguayo, en concordación con el art. 14 de la Constitución Nacional.

Al respecto el Art. 103 de la Constitución Nacional establece: “Dentro del sistema nacional de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y los empleados públicos, atendiendo a que los organismos autárquicos creados con ese propósito acuerden a los aportantes y jubilados la administración de dichos entes bajo control estatal. Participarán del mismo régimen todos los que, bajo cualquier título, presten servicios al Estado”.

En el caso de autos, encontramos que el art. 45 de la Ley 73/91 dispone: “...Si la respectiva solicitud fuere presentada a la Caja con posterioridad al referido plazo, la jubilación o la pensión será concedida a partir de la fecha de la petición y no habrá lugar al pago de la referida acumulación”; el cual no ha variado en mucho con relación a la Ley 2856/05, en vista a que su art. 44, reza: “El derecho a las jubilaciones y pensiones es imprescriptible e irrenunciable. Si estas fueren solicitadas dentro de los ciento ochenta días, contados a partir de la fecha en que el afiliado deje el servicio o en que el mismo hubiere fallecido, los beneficios acumulados serán abonados a quien corresponda, conforme a la Ley. Si la respectiva solicitud fuere presentada a la Caja con posterioridad al referido plazo, la jubilación o la pensión será concedida a partir de la fecha de la petición y no habrá lugar al pago de la referida acumulación”. En lo que sí se observa que ha variado, entre una norma y otra, es en el plazo con que cuenta el interesado para solicitar la pensión, lo cual, debemos decir, no fue objeto de cuestionamientos en autos. Al ser así, queda claro que nos encontramos vedado de proceder al estudio con relación a este punto.

Es importante aclarar que el beneficio de la pensión es reconocido a la persona que reúna los requisitos establecidos por la norma; es decir, no es una situación constituida por la declaración de reconocimiento que haga la Caja de Jubilaciones, sino por la misma Ley y la adecuación de los hechos o el supuesto fáctico a esta.

De la constancia de autos tenemos que el primer realizado por la señora Gloria Concepción Criscioni Pineda, en el año 2003, resulto incompleto y por ende, ineficaz para demostrar –con los documentos presentados– su derecho a ser merecedora de este beneficio, y recién con una nueva presentación complementaria en el año 2012 la solicitante pudo perfeccionar su pedido inicial y acreditar, con instrumentos idóneos, el derecho que le asistía para ser beneficiada con dicha pensión.

Al respecto Francisco González Navarro y José Alenza García (Derecho de Petición, Editorial Civitas, Madrid 2002, págs. 118 y ss.), dicen: “En doctrina se

admite que el derecho de petición es de dos clases: el derecho de petición simple y el derecho de petición calificado. El primero, bien como instrumento de participación ciudadana y muy cerca de la libertad de expresión u opinión, se refiere a la formulación de denuncias sobre irregularidades administrativas, alguna iniciativa, quejas, súplicas u otras manifestaciones en las que no se encuentre en juego un derecho subjetivo o interés legítimo directo del peticionante, y en las que, en todo caso, la decisión de la autoridad tenga un amplísimo margen de discrecionalidad o sea graciable. En cambio, el llamado derecho de petición calificado implica la adopción de un acto o decisión concretos por parte de la autoridad, basado en la solicitud o reclamo planteados por el peticionante. Contrariamente a lo que ocurre con el anterior, lo que resuelva la autoridad tendrá consecuencias sobre algún derecho subjetivo o interés legítimo del actor”.

En el caso en estudio, encontramos que la presentación realizada en Sede Administrativa- por la señora Gloria Concepción Criscioni Pineda no fue una simple petición, en vista a que ella contaba con un interés legítimo directo, que era el de obtener los beneficios de una pensión. Al ser así, queda claro que sobre ella recaía la carga de acreditar el derecho a lo solicitado, a fin de que la Administración –basado en su solicitud– se advoque al estudio de la correspondencia o no de su pedido.

Debemos decir que a los efectos de que una petición sea considerada completa y eficaz, esta debe bastarse por sí sola, o sea, deben ir reunidos de todos los requisitos que hacen o acreditan el derecho reclamado, desconocidos por la Administración, a los efectos de que esta última pueda, como ya lo dijimos más arriba, avocarse a su estudio y finalmente expedirse sobre lo solicitado.

En el caso de autos, encontramos que el expediente N° 2910/2003, estuvo paralizado por casi nueve años, al no poder la señora Gloria Concepción Criscioni Pineda acreditar su derecho al beneficio solicitado; recién en el año 2012, y en base a una nueva presentación, en el cual acompañó documentos, pudo completar su pedido inicial. Hecho que se evidencia, en su nota presentada a la Caja (f. 13), en fecha 19 de marzo de 2012, bajo el expediente N° 1816, en el cual manifestó lo siguiente: “...desde ya solicito la prosecución de los trámites de la pensión solicitada por la beneficiaria en fecha 1 de octubre de 2003, debido a que no ha corrido desde aquella fecha por la falta de la referida sentencia”.

Corresponde decir que el hecho de haber demorado varios años –la Solicitante– en acreditar su derecho a lo peticionado, no puede ser imputable a la

Administración, en vista de que nada podía o correspondía hacer a dichos efectos, ya que era la Sra. Gloria Concepción Criscioni Pineda quien tenía la carga de acreditar los requisitos establecidos, para ser merecedora de tal beneficio.

Distinto hubiera sido el caso si la Peticionante hubiera presentado todas las documentaciones, conjuntamente con su petición, y la Administración era la que hubiera demorado en expedirse sobre el tema. En dicho supuesto, no cabrían dudas de que el derecho a percibir tal beneficio, le correspondería desde la fecha de su presentación inicial. En vista de que la mora sería imputable a la Administración.

Al ser así, considero que el beneficio debe ser correspondido desde la fecha de la última presentación, pues fue allí donde recién se perfeccionó su pedido inicial y acreditó -ante la Administración- haber reunidos los requisitos exigidos por la norma.

Esto es así, pues de haber resuelto la Caja de Jubilaciones, en base a los documentos presentados en el año 2003, hubiera obtenido la Interesada una respuesta negativa por parte de la Institución, ante la ausencia de varios requisitos que acrediten ser merecedora de este beneficio.

Al respecto, me parece oportuno mencionar un estudio realizado por el Dr. Fernando Castillo Cadena, referente a “Los Principios de Progresividad en la cobertura y sostenibilidad financiera de la seguridad social en el Derecho Constitucional: Una Perspectiva desde el Análisis Económico” (Revista Universitas, julio-diciembre, número 112, pag.125, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia), donde nos ilustra; “...Un recurso puede ser utilizado de manera ineficiente, o incluso ser extinguido, cuando se abusa de su explotación. Los recursos de la seguridad social llevan a un mejor resultado, en términos de bienestar, cuando son explotados adecuadamente y en forma ordenada, que cuando se utilizan en forma indiscriminada para solucionar situaciones individuales. Los recursos, que sirven para “adquirir” nuestros factores, utilizados adecuadamente producen economía de escala; pero si los factores son indebidamente utilizados el nivel de producción no llegará a su óptimo. Ello sucede cuando los jueces ordenan el gasto en derechos no reconocidos legalmente, sobre los cuales no existe una provisión presupuestaria suficiente no solo para crearlos sino para hacerlos viable en el largo plazo”(sic).

Lo cual concuerda con lo dispuesto en el Art. 95 de la Constitución Nacional, que dice: “Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de

sus fines específicos y estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio”. Por lo dicho, queda claro que resulta imposible proceder al pago de estos beneficios fuera de los alcances establecidos por Ley.

Por último, corresponde dejar en claro que la pensión no es un derecho hereditario, ya que este no se transmite de generación en generación, sino que es un derecho establecido por Ley, a favor de las personas individualizadas y que cumplan con los requisitos establecidos en ella, tal como se ha sostenido precedentemente.

Por todo lo expuesto, corresponde revocar el Acuerdo y Sentencia N° 24 de fecha 21 de febrero de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala, y en consecuencia confirmar el acto administrativo impugnado. Con imposición de costas a la parte perdedora, de conformidad con lo dispuesto por los Arts. 205, 203 inc. b) y 192 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno el Ministro Benítez Riera manifiesta su adhesión a los votos que anteceden por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mí de que lo certifico quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE:

1. Desestimar el recurso de nulidad, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

2. Hacer Lugar al recurso de apelación y en consecuencia Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 24, del 21 de febrero del 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por los fundamentos expuestos en el exordio; Confirmando las Resoluciones N° 13, Acta 30, del 20 de junio del 2012 y la N° 18, Acta 38, del 08 de agosto del 2012, dictadas por el Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios.

3. Costas a la perdedora en ambas instancias.

4. Anotar registrar y notificar.

Magistrados: Sindulfo Blanco, Luis María Benítez Riera y José Raúl Torres Kirmser.

Abog. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1294

Cuestión debatida: *El recurrente se agravia de la Resolución emanada del Tribunal de Cuentas por la que se le denegara la exoneración aduanera para la adquisición de un vehículo tomando en consideración que el mismo fue nombrado Agregado Aeronáutico en la Embajada Paraguaya en la República Argentina.*

PODER EJECUTIVO. Franquicias diplomáticas.

Por las disposiciones de la presente Ley las franquicias fiscales y facilidades que se otorgan a las representaciones diplomáticas y consulares extranjeras, a los Organismos Internacionales y de Asistencia Técnica acreditados en el país y a los funcionarios paraguayos que regresan al término de su misión.” Refiriéndose así a lo también establecido en el Artículo 11°.- Los funcionarios diplomáticos y consulares paraguayos, los funcionarios técnicos al servicio de Organismos Internacionales y demás agentes del servicio exterior que regresen al país después de concluida su misión, siempre que hubiesen permanecido en el servicio exterior por el término mínimo de dos años, gozarán de los beneficios establecidos en esta Ley y el Artículo 12°. Las misiones mencionadas en el Art. 5° de esta Ley podrán importar con exención de gravámenes los siguientes bienes: a) Artículos de consumo, sin sujeción a cupo alguno. b) Bienes durables, de uso restringido para la misión, sin límite de valor ; y, c) Un vehículo automóvil, cada cuatro años. Si la misión necesita más de un vehículo, podrá solicitar autorización, previa justificación al Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo, están exentos del pago de tributos internos los pasajes que las misiones adquieran.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PODER EJECUTIVO. Funcionario del servicio exterior.

En este razonamiento, el recurrente al realizar la compra de un vehículo de Alemania en fecha 28 de diciembre de 2010, según factura obrante a fs. 71, estando aún en misión en la República Argentina, se encontraba efectivamente gozando de las exoneraciones diplomáticas en lo referido a franquicias aduaneras, todo teniendo en cuenta que su misión diplomática culminaba en fecha 01 de enero de 2011, todo de acuerdo al Artículo 23° de la presente ley que determina cuanto sigue: “Franquicias para paraguayos que regresan al país por término de misión” Artículo 23. Es de aplicación lo dispuesto en el Art. 13 a los

funcionarios diplomáticos y consulares y demás funcionarios del servicio exterior que regresen al país después concluida su misión, siempre que hubiesen permanecido en el servicio exterior por el término mínimo de 2 (dos) años. El plazo improrrogable para el uso de dicho derecho es de 6 (seis) meses, contados a partir de la fecha formal de comunicación del término de la misión. Entre los efectos a que se refiere el presente Artículo podrá computarse un solo automóvil por funcionario, siempre que se acredite que el rodado es de su propiedad y se justifique de igual modo que el valor del mismo fue abonado con anterioridad a su ingreso. No se aplicará ninguna de las disposiciones del presente Artículo si la misión en el extranjero hubiese concluido antes del plazo de un año. El tiempo de permanencia de los funcionarios en destino se computará desde el día de la toma de posesión efectiva del cargo hasta el término de la misión, el cual será comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores por la Embajada o Consulado en el país de destino. Todo funcionario que fuere declarado cesante por graves irregularidades cometidas en el desempeño de su cargo no gozará de los privilegios mencionados en el párrafo anterior. Los familiares (cónyuge y/o hijos) de un funcionario fallecido en el ejercicio de sus funciones hubiese adquirido un automóvil, quedan exceptuados del requisito de haberse cumplido un año de permanencia en el exterior.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. COSTAS. Razón probable o fundada para litigar.

Considerando que nuestra doctrina es específica en cuanto a la imposición de costas en el orden causado por el motivo de utilizar una “razón probable o fundada para litigar” aplicable a este caso, es importante mencionar que Hugo Alsina en su obra “Derecho Procesal” Tomo IV, p. 548-549 manifiesta. “...e) Razón fundada para litigar. La jurisprudencia considera que el vencido tuvo justa causa para litigar, cuando hubiere incertidumbre del hecho, ignorancia de la verdad, o cuando las circunstancias particulares de la causa evidencian que podía fundadamente creerse con derecho a deducir la demanda u oponerse a ella; pero es de advertir, que en estos supuestos lo que en realidad se toma en consideración es la buena fe del vencido, apartándose del criterio objetivo de la derrota...”, Por lo tanto, habiéndose utilizado la aplicación de dicho razonamiento, recurriendo a la interpretación judicial de las normas legales, es oportuno aplicar las costas en el orden causado, por lo que respecto a dicho apartado corresponde hacer lugar al recurso de Apelación interpuesto por el Abogado Fiscal.

C.S.J. Sala Penal. 30/12/2014. “CARLOS LEGUIZAMÓN MELGAREJO CONTRARES. DENEGATORIA TÁCITA DE LA SUB. SECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACION, DEPENDIENTE DEL MINISTERIO DE HACIENDA. (Ac. y Sent. N° 1294).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear y votar las siguientes.

CUESTIONES:

1ª: ¿Es nula la sentencia apelada?

2ª: En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Pucheta De Correa, Blanco y Benítez Riera.

A la primera cuestión planteada la doctora PUCHETA DE CORREA dijo: De la lectura del escrito de expresión de agravios se observa que el recurrente no ha fundado en forma expresa el Recurso de Nulidad. Por lo demás, como no se observan en el fallo recurrido vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar este recurso.

A sus turnos, los Doctores BLANCO y BENITEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la Doctora PUCHETA DE CORREA prosiguió diciendo: el Acuerdo y Sentencia recurrido resolvió: “1.-) HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa instaurada en estos autos por el Señor CARLOS LIDER LEGUIZAMON MELGAREJO, bajo patrocinio de FRANCISCO JULIAN VELAZQUEZ GASTO, abogado, contra Resolución Ficta de la Sub Secretaría de Estado de Tributación s/ Demanda Contenciosa Administrativa 2.-) REVOCAR, el citado acto administrativo, de conformidad y de acuerdo con los fundamentos expresados en el exordio de la presente Resolución. 3.) IMPONER, las costas a la perdedora en virtud a lo dispuesto en el Art. 192 del C.P.C. - 4.-) ANOTAR...”

Contra el fallo del Tribunal se agravia la parte demandada, el Abogado Fiscal del Ministerio de Hacienda, Marcos A. Morinigo en el escrito presentado a fs. 209/215 de autos en la parte pertinente dijo: “...Deviene sencillamente inocultable la omisión del Tribunal que no tuvo en cuenta en la tarea de verificación exhaustiva y la valoración de las pruebas en conjunto que ofrece la causa. Sobre el punto, es altamente significativo el gravísimo error cometido por el a

quo, al ignorar las pruebas aportadas por nuestra parte, en el sentido que no entra en discusión según la documentación existente, donde se evidencia que el vehículo fue importado de Alemania directamente al Paraguay, y no para uso personal tal como lo determina la Ley N° 110/92 en el artículo 13, que dispone: Los funcionarios citados en el Art. 9° y 10 tendrán derecho a la libre introducción de los efectos de carácter personal y de los de uso de casa o familia, para la primera instalación dentro de los límites de valor y volumen que apreciará el Ministerio de Relaciones Exteriores, en atención al rango del funcionario y al número de las personas que componen su familia. Artículo 16°.- Independientemente de las cuotas establecidas por el Artículo anterior, los beneficiarios mencionados en dicho Artículo podrán introducir con exención de gravámenes autos vehículos para uso personal y de su familia, con valores a ser determinados por el Ministerio de Relaciones Exteriores No es admisible que por vía de interpretación se extienda a otros casos la excepción contemplada para un caso determinado. De la lectura y análisis de la resolución cuestionada, podemos inferir que los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Cuentas, no cuentan con un sustento jurídico y lógico que permite considerar el Acuerdo y Sentencia recurrido no se ajusta a derecho. La resolución impugnada por nuestra representación, ha violado el deber constitucional que tienen los Magistrados de fundar sus decisiones en la Constitución y en estricto cumplimiento del Art 159 y concordantes del Código Procesal Civil. Evidentemente, al concluir con el acuerdo y sentencia recurrido, se puede advertir fácilmente que no tiene fundamentación suficiente, coherente y racional por tanto, presenta un “vicio in cogitando” que amerite, la revocación de la misma, por violación de las reglas de la lógica del razonamiento, en otras palabras no se respetaron las reglas del silogismo la fundamentación judicial será insuficiente o contradictoria cuando se trate de una motivación defectuosa... Todo ello nos lleva a coincidir con el razonamiento jurídico del Miembro del Tribunal de Cuentas, Rodrigo Escobar, quien opina en disidencia con los demás magistrados...”.

En cuanto a las costas siguió mencionando: “...Que aún en el caso que la resolución dictada por el inferior fuere correcta, situación que desacreditamos a lo largo del presente escrito, las costas debieron haber sido impuestas en el orden causado por cualquiera de las dos razones: Primera razón: conforme a los términos de nuestra contestación de demanda:... Que conforme a los términos del escrito de contestación de demanda, siguiendo a Casco Pagano , Lino Palacio

y Hugo Alsina, decimos que nos encontramos ante la causal de “Razón fundada para litigar”, porque nuestra parte actuó con buena fe, es decir, actuó con razonable convicción sobre el derecho que nos amparaba, o en términos de Fernández (citado por Casco Pagano), decimos que nuestra parte (la vencida) ha esgrimido un fundamento más o menos sólido y valedero. ..vemos que se configuró la citada causal de exoneración de costas (razón fundada para litigar), debido a la existencia de los citados elementos de convicción que avalan nuestra actuación procesal y en consecuencia, el inferior debió haber decretado la exoneración de costas (debió haber impuesto las costas en el orden causado). Segunda razón...Que tanto el Tribunal de Cuentas, Primera Sala como el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, han establecido que se deben imponer las costas en el orden causado cuando se ha producido una interpretación judicial de normas legales”.

En la contestación de agravios presentado, (fs. 217/222) el Abogado Guido Mateo Cardozo Ríos, con personería reconocida en autos dijo en la parte medular cuanto sigue: “...Que, en aras de la brevedad procesal, ya que la fundamentación del recurso resulta una burda alongera de la inevitable agonía procesal, ya que no resulta ni tímidamente ajustada a derecho la sustanciación del referido cuestionamiento al fallo dictado por el Tribunal de Cuentas, por resultar carente de cualquier razonamiento serio, como lo exige el artículo 419 del C.P.C. Que, en lo que puede ser considerada como fundamentación del recurso en cuestión, lo hace la respetada adversa cuestionando que el rodado adquirido y cuya liberación es disputada en autos, no fue para uso personal del mismo durante el ejercicio de sus funciones, al tiempo que nuestro representado cumplía funciones oficiales como Agregado Aeronáutico en el exterior, conforme insistentemente fuera referido. Que, resultó cuestionada la decisión mayoritaria, bajo el argumento que no fue tenida en cuenta la documentación que acreditó que el funcionario diplomático no adquirió el vehículo objeto de la liberación impositiva para usarlo durante su estadía como representante de la República del Paraguay, para posteriormente aseverar que no fue tenida en cuenta los argumentos fiscales expuestos. Que al respecto, aprovechando la disidencia de uno de los Miembros del Tribunal de Cuentas, que hizo minoría en el decisorio recurrido, cuyos fundamentos la adversa hizo propio al sustanciar su apelación, introduciendo al principio de legalidad al debate abierto ante esta instancia revisora. Que justamente en virtud a dicho principio -el de legalidad- el que marca la viabilidad de las situaciones normadas dentro del campo del derecho

público, ya que la cuestión impositiva propuesta en la presente demanda obedece nítidamente a dicha parte de la ciencia jurídica, sin que haya sido citada norma que exija la adquisición del bien y su uso durante el cumplimiento de la misión, sin embargo el voto que hizo minoría y posteriormente ante esta instancia recursiva, así fue sostenida, pero reitero, sin norma que lo disponga....queda claro que la cualidad de Diplomático que corresponde al Agregado por el demandante, que en cumplimiento del servicio oficial ante otro Estado, lo hace merecedor de la libre importación de un rodado, privilegio propio del rango que nuestro cliente está siendo arbitrariamente privado.”

Haciendo un análisis del fondo de la cuestión, se determina que el señor Carlos Líder Leguizamón Melgarejo fue nombrado Agregado Aeronáutico en la Embajada Paraguaya en la República Argentina por Decreto N° 483 del Poder Ejecutivo de fecha 15 de octubre de 2008 por el término de dos años (fs. 46) desde el 1 de enero de 2009 al 01 de enero de 2011. Es así, que en fecha 28 de diciembre de 2010, el recurrente adquiere un automóvil de marca Mercedes Benz, tipo C 220, año 2007, anexando las documentaciones de los trámites de importación a fs 23/34

Ahora bien, el recurrente mediante nota de fecha 15 de abril de 2011 (fs 41) dirigida al Sub Secretario de Estado de Tributación, solicitó la liberación de Gravámenes Aduaneros e IVA, de un (1) automóvil, que por ley 110/92 le es conferido a los diplomáticos en misión, así también lo solicita al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Dirección Aduanera (fs. 16) contando así con una orden de liberación anotada bajo el N° 103, de fecha 01 de abril de 2011.

LA LEY N° 110/92 “QUE DETERMINA EL REGIMEN DE LAS FRANQUICIAS DE CARÁCTER DIPLOMÁTICO Y CONSULAR”, en su artículo Artículo 1°.- Se regirán por las disposiciones de la presente Ley las franquicias fiscales y facilidades que se otorgan a las representaciones diplomáticas y consulares extranjeras, a los Organismos Internacionales y de Asistencia Técnica acreditados en el país y a los funcionarios paraguayos que regresan al término de su misión.” Refiriéndose así a lo también establecido en el Artículo 11°.- Los funcionarios diplomáticos y consulares paraguayos, los funcionarios técnicos al servicio de Organismos Internacionales y demás agentes del servicio exterior que regresen al país después de concluida su misión, siempre que hubiesen permanecido en el servicio exterior por el término mínimo de dos años, gozarán de los beneficios establecidos en esta Ley y el Artículo 12°.- Las misiones men-

cionadas en el Art. 5° de esta Ley podrán importar con exención de gravámenes los siguientes bienes: a) Artículos de consumo, sin sujeción a cupo alguno. b) Bienes durables, de uso restringido para la misión, sin límite de valor ; y, c) Un vehículo automóvil, cada cuatro años. Si la misión necesita más de un vehículo, podrá solicitar autorización, previa justificación al Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo, están exentos del pago de tributos internos los pasajes que las misiones adquieran.”

En éste razonamiento, el recurrente al realizar la compra de un vehículo de Alemania en fecha 28 de diciembre de 2010, según factura obrante a fs. 71, estando aún en misión en la República Argentina, se encontraba efectivamente gozando de las exoneraciones diplomáticas en lo referido a franquicias aduaneras, todo teniendo en cuenta que su misión diplomática culminaba en fecha 01 de enero de 2011, todo de acuerdo al Artículo 23 de la presente ley que determina cuanto sigue: “Franquicias para paraguayos que regresan al país por termino de misión” Artículo 23. Es de aplicación lo dispuesto en el Art. 13 a los funcionarios diplomáticos y consulares y demás funcionarios del servicio exterior que regresen al país después concluida su misión, siempre que hubiesen permanecido en el servicio exterior por el término mínimo de 2 (dos) años. El plazo improrrogable para el uso de dicho derecho es de 6 (seis) meses, contados a partir de la fecha formal de comunicación del término de la misión. Entre los efectos a que se refiere el presente Artículo podrá computarse un solo automóvil por funcionario, siempre que se acredite que el rodado es de su propiedad y se justifique de igual modo que el valor del mismo fue abonado con anterioridad a su ingreso. No se aplicará ninguna de las disposiciones del presente Artículo si la misión en el extranjero hubiese concluido antes del plazo de un año. El tiempo de permanencia de los funcionarios en destino se computará desde el día de la toma de posesión efectiva del cargo hasta el término de la misión, el cual será comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores por la Embajada o Consulado en el país de destino. Todo funcionario que fuere declarado cesante por graves irregularidades cometidas en el desempeño de su cargo no gozará de los privilegios mencionados en el párrafo anterior. Los familiares (cónyuge y/o hijos) de un funcionario fallecido en el ejercicio de sus funciones hubiese adquirido un automóvil, quedan exceptuados del requisito de haberse cumplido un año de permanencia en el exterior”.

Considerando que nuestra doctrina es específica en cuanto a la imposición de costas en el orden causado por el motivo de utilizar una “razón probable o

fundada para litigar” aplicable a este caso, es importante mencionar que Hugo Alsina en su obra “Derecho Procesal”, Tomo IV, p. 548-549 manifiesta. “...e) Razón fundada para litigar. La jurisprudencia considera que el vencido tuvo justa causa para litigar, cuando hubiere incertidumbre del hecho, ignorancia de la verdad, o cuando las circunstancias particulares de la causa evidencian que podía fundadamente creerse con derecho a deducir la demanda u oponerse a ella; pero es de advertir, que en estos supuestos lo que en realidad se toma en consideración es la buena fe del vencido, apartándose del criterio objetivo de la derrota...”, Por lo tanto, habiéndose utilizado la aplicación de dicho razonamiento, recurriendo a la interpretación judicial de las normas legales, es oportuno aplicar las costas en el orden causado, por lo que respecto a dicho apartado corresponde hacer lugar al recurso de Apelación interpuesto por el Abogado Fiscal.

En consecuencia, considero que el Acuerdo y Sentencia recurrido debe ser confirmado por los mismos fundamentos, que de acuerdo al marco legal mencionado y a las consideraciones formuladas en respaldo de la conclusión a la cual he arribado, no me resta otra opción que CONFIRMAR PARCIALMENTE el Acuerdo y Sentencia N° 214 de fecha 27 de diciembre de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. En cuanto a las costas, deben ser impuestas en el orden causado en virtud del principio contenido en el art. 193° del C.P.C, conforme a los mismos fundamentos expuestos en el párrafo precedente. Es mi Voto.

A sus turnos, los Doctores BLANCO y BENITEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

RESUELVE:

1. DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.
2. CONFIRMAR los puntos 1° y 2° del Acuerdo y Sentencia N° 214 del 27 de diciembre de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.
3. HACER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Abogado Marcos Morinigo, en representación de la Abogacía del Tesoro, en relación a las costas y en consecuencia, REVOCAR el punto 3° del Acuerdo y Sentencia N° 214 del 27 de diciembre de 2013, imponiendo las costas en el orden causado.

4. IMPONER las costas en el orden causado en esta instancia.

5. ANOTAR, notificar y registrar.

Magistrados: Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Luis María Benítez Riera.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 1301

Cuestión debatida: *El presente fallo se aboca al estudio de la correspondencia o no del pago de beneficios en virtud al Contrato Colectivo de trabajo suscripto por las partes, por haberse el recurrente acogido a la Jubilación.*

DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO. Normas aplicables.

Señala la doctrina que, en la interpretación de los Contratos Colectivos, rigen las mismas reglas que se aplican para la interpretación de los contratos; la intención y propósito de las partes al vincularse; la equidad; el principio “in dubio pro operario” que se conciertan durante su vigencia; preeminencia de la norma más favorable. (Altamirano, José V. Negociación Colectiva. 1995 p. 12).

DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. CONTRATO. Consentimiento.

Conforme surge de las normas citadas y transcriptas la intención de las partes (Art. 708 del Código Civil) fue celebrar un Contrato Colectivo por tiempo determinado (2 años), renovable tácitamente por un periodo igual. Las partes pactaron el procedimiento y plazo para la revisión o renovación del contrato, y acordaron igualmente su prórroga automática por un periodo igual. Vencido el segundo periodo (Art 68 inciso a) las partes debieron necesariamente negociar otro contrato, o, acordar por escrito y registrar ante el Vice Ministerio de Justicia y Trabajo, su decisión de renovar el contrato vencido, con iguales estipulaciones al contrato anterior.

DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. FUNCIONARIO PÚBLICO. Requisitos para beneficiarse del Contrato Colectivo de Condiciones de Trabajo.

Corresponde señalar al respecto, que dicha gratificación especial fue acordada en el Contrato Colectivo en el Artículo 15 en los siguientes términos: “El

trabajador que se acoja a los beneficios de la jubilación o pensión y que haya prestado servicios continuos al Instituto por lo menos durante (15) quince años, con excepción a lo establecido en la Ley 430, tendrá derecho a percibir al momento de su retiro, una gratificación especial consistente en (7) siete meses de salario por única vez. El pago se efectivizará dentro de los cinco días hábiles de producirse el retiro”.

DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. FUNCIONARIO PÚBLICO. Requisitos para beneficiarse del Contrato Colectivo de Condiciones de Trabajo. Pago de gratificación Especial.

Por lo tanto, la gratificación especial es un beneficio adicional acordado a los trabajadores que se acojan a la jubilación y prestaron servicios continuos al I.P.S por lo menos durante 15 años y constituye un derecho bilateralmente reconocido para los trabajadores que hayan cumplido con los requisitos para acceder al beneficio, con independencia al plazo de duración del Contrato Colectivo. Es decir que el I.P.S no puede dejar sin efecto unilateralmente el beneficio implementado. Conviene recordar que los beneficios provisionales ya acordados configuran un derecho adquirido por el trabajador y... ponen en juego la pertinente garantía constitucional, debiendo los derechos adquiridos de los trabajadores, en éste caso la actora, ser resguardados según lo dispone el Artículo 102 de la Constitución Nacional.

DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. FUNCIONARIO PÚBLICO. Requisitos para beneficiarse del Contrato Colectivo de Condiciones de Trabajo. Pago de gratificación Especial.

Los beneficios acordados a los trabajadores en virtud del contrato colectivo se incorporan al contrato individual, y mientras dure la relación laboral se mantienen esos beneficios aunque el contrato colectivo estuviere vencido. Es el efecto automático de los Contratos Colectivos establecido en el Artículo 337 del CT que dispone expresamente: “Las estipulaciones de los contratos colectivos se convierten en cláusulas obligatorias o en parte integrante de los contratos colectivos o individuales de trabajo vigentes en el momento de su homologación o que se concierten durante su vigencia” ídem Artículos 336 y 336 del C.T.

DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. FUNCIONARIO PÚBLICO. Requisitos para beneficiarse del Contrato Colectivo de Condiciones de Trabajo. Pago de gratificación Especial.

Por lo expuesto, concluyo que en virtud al Artículo 68 del Contrato Colectivo corresponde el pago de la gratificación especial de (7) siete meses de salario

por única vez a los trabajadores que se acogieron a la jubilación y prestaron servicios al I.P.S durante 15 años, beneficio que acordaron ambas partes, previa y expresamente, y con independencia de la vigencia o no del Contrato Colectivo y que deben ser ineludiblemente cumplidos. El cumplimiento de los requisitos legales (trabajador - jubilado - prestación de servicios continuos por 15 años) debe ser analizado y resuelto en sede administrativa, para cada trabajador, en los términos establecidos en las normas legales respectivas, difiriéndose el tratamiento de un eventual agravio en este sentido luego de la etapa de ejecución, previa presentación de todos los recaudos que fundan la liquidación a ser realizada.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear y votar las siguientes.

C.S.J. Sala Penal. 30/12/2014. “EUGENIO R. SALDÍVAR GONZÁLEZ C/ RESOLUCIÓN FICTA DICT POR EL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (I.P.S)” (Ac. y Sent. N° 1301).

CUESTIONES:

1ª: ¿Es nula la sentencia apelada?

2ª: En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Pucheta de Correa, Blanco y Benítez Riera.

A la primera cuestión planteada la Doctora Pucheta de Correa dijo: De la lectura del escrito de expresión de agravios se observa que el recurrente no ha fundado en forma expresa el Recurso de Nulidad. Por lo demás, como no se observan en el fallo recurrido vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar este recurso.

A sus turnos, los Doctores Blanco y Benítez Riera manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la Doctora Pucheta de Correa prosiguió diciendo: el acuerdo y sentencia recurrido resolvió: “1.-) Hacer lugar a la demanda contencioso administrativa planteada por el señor Eugenio Ramon Saldivar Gonzalez contra la resolución ficta del Instituto de Previsión Social (IPS), fundado en el exordio de la presente resolución, en consecuencia, corresponde; 2.-) Revocar la resolución ficta del Instituto de Previsión Social (IPS), debiendo la citada institución dar cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del contrato

colectivo de condiciones de trabajo celebrado entre I.P.S y el sindicato de profesionales de la salud del I.P.S. (SIPROSIPS) y disponer el pago de los 7 (siete) meses de salario por única vez al Sr. Eugenio Ramón Saldivar González, por los fundamentos expuestos en el considerando de esta resolución. 3.-) Imponer las costas, a la perdidosa. 4.-) Anotar,..."

Contra el fallo del Tribunal se agravia la parte demandada (fs.127/130), que en su nombre y representación del Instituto de Previsión Social (IPS) se presenta la Abogada Fátima María Portillo Ruiz en su parte pertinente dijo: "...Haciendo un análisis exhaustivo y razonado de la resolución surge que los argumentos del Acuerdo y Sentencia N° 174 son contrarios a derecho, en atención a que el Tribunal de Cuentas no tuvo en cuenta que en el I.P.S, es una Persona Jurídica de Derecho Público, entidad autónoma y autárquica, se encuentra regida en sus actos administrativos por el principio de legalidad, el cual establece que todo aquello que no está expresamente permitido, está terminantemente prohibido, por lo que el Instituto, en virtud de los mencionados principios, no puede, ni debe realizar o efectuar liberalidades no autorizadas en forma expresa, además de que si el Instituto, procediese a otorgar la gratificación especial reclamada por la demandante referente al pago de los siete salarios, el Instituto, realizaría actos administrativos, de naturaleza prohibida por la Ley N° 1535/99 de Administración Financiera, Ley Presupuestaria, 2689/05 y su decreto reglamentario N° 7070/06, como la actual Ley Presupuestaria, y Decreto Reglamentario, en atención a que no ha variado en lo atinente al rubro de afectación reclamado, y la Ley N° 508/94, de la Negociación Colectiva y dichos principios y mecanismos, se encuentran protegidos en la propia Constitución Nacional... Finalmente explicamos que le está prohibido al Estado, y a sus Organismos, incluir en sus presupuestos, recursos, que no guarden relación con sus metas y objetivos establecidos en la Constitución Nacional, la ley o su Carta Orgánica, ninguna disposición fuera del ejercicio fiscal, ni tampoco cláusulas que modifiquen o deroguen leyes de carácter permanente, por dicho motivo, la norma financiera y presupuestaria, obliga al Estado, a que todos sus ingresos o gastos, estén presupuestados, por lo cual VV.EE , podrá colegir eminentemente que lo dispuesto por la ley financiera 1535/99, se encuentra perfectamente protegido, en la Constitución Nacional, en los Artículos 178° y 217° ...Incluso mencionamos el hecho de que en el Art. 4° de la ley 427/73, se dispone que: "El Personal del Instituto, se halla sujeto al Estatuto del Funcionario Público. Sin

embargo , deberá regirse por la legislación laboral en lo referente a jornadas de trabajo, horas extraordinarias y nocturnas, descansos legales, salarios mínimos, aguinaldos, asignaciones familiares, estabilidad, preaviso, indemnizaciones... Como VV.EE podrán observar en dicho Artículo, no se hace referencia en ningún momento a las gratificaciones, (como en éste caso al Pago de siete salarios), por lo que en virtud del principio de legalidad, ya referido, de que aquello que no está expresamente permitido, está prohibido, y de conformidad, a las leyes financieras y presupuestarias, que menciona expresamente de que no podrán ser objeto de inclusión presupuestaria los recursos, que no guarden relación con las metas y objetivos, establecidos en la Constitución Nacional, en la ley, o en sus Cartas Orgánicas, solicitamos el rechazo de la presente acción, por su notoria improcedencia...”

A fs. 114/116 de autos se encuentra agregada la contestación se agravios presentada por el Abogado Eugenio Saldivar, en los siguientes términos: “...La demandada no ha desmentido en ningún momento que mi mandante fue funcionaria del IPS y como tal, hoy jubilada, tiene el derecho al cobro de la gratificación prevista en el Art 15 del Contrato Colectivo de Condiciones de Trabajo del SIPROSIS, vigente hasta la fecha y que fuera reclamada al Instituto de Previsión Social con respuesta negativa y que hoy se reclama en esta demanda. Al contrario, ha remitido todos los antecedentes administrativos relacionados al caso y solicitados por el Tribunal de Cuentas, entre ellos fotocopia autenticada de la Resolución N° 092-025/08, obrante de fs. 59/61, que constituye uno de los antecedentes de pago a unos 19 ex funcionarios del Instituto. Mi parte al promover esta demanda ha fundamentado plenamente los hechos alegados con las instrumentales que se acompañan de fs. 6 al 23 y ha probado suficientemente el derecho que hace a la misma, mientras que la demandada, a pesar del extenso escrito de contestación presentado, no ha logrado negar, los hechos alegados por mi parte en virtud del cual el Excmo Tribunal De Cuentas no tuvo otro camino que Votar por la negativa de la cuestión planteada y en consecuencia ha dictado el presente Acuerdo y Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contenciosa administrativa planteada por mi representada. El I.P.S sabe y conoce de la responsabilidad del pago a sus ex funcionarios jubilados de los 7 salarios previstos en el Contrato Colectivo de Condiciones de Trabajo, presumiéndose que la intensión del proceso es al solo efecto de dilatar y atrasar el pago en efectivo del derecho que le corresponde a mi representada, por lo que solicito se imponga costas a la perdidosa.

Examinando el fondo de la cuestión planteada, observo que el Señor Eugenio Saldivar se acogió al beneficio de la jubilación ordinaria, por haber cumplido 15 años de antigüedad en la Institución (fs. 8) y en base al Contrato Colectivo de Trabajo solicitó se le abone una bonificación extraordinaria consistente en 7 (siete) salarios, por única vez.

Que según el Contrato Colectivo de Trabajo suscripto entre la patronal y el Sindicato de Profesionales de la Salud del I.P.S (SIPROSIPS) (fs 28), la actora solicitó se le abone lo correspondiente a 7 salarios por única vez, que en su artículo 15°, “De Las Gratificaciones” dice: “ El trabajador que se acoja a los beneficios de la jubilación o pensión y que haya prestado servicios continuos al Instituto por lo menos durante (15) años, con excepción a lo establecido en la Ley 430, tendrá derecho a percibir al momento de su retiro, una gratificación especial consistente en (7) siete meses de salarios por única vez. El pago se efectivizará, dentro de los 5 días hábiles de producirse el retiro”.

El Instituto de Previsión Social y el Sindicato de Profesionales de la Salud (SIPROSIS) suscribieron el contrato colectivo de trabajo en el año 1997 y fue homologado por Resolución N° 4 de fecha 09 de enero de 1998 del Vice Ministerio de Estado del Trabajo y Seguridad Social, de la cual se constata que la Previsional no niega la actual vigencia, así como no se constata modificación alguna según lo establecido en el artículo 68° del contrato en cuestión, que dice: “ De La Revisión O Renovación Del Contrato” a) Deberán comenzar por lo menos (60) sesenta días antes de la fecha de terminación de la vigencia de Contrato. De no ser así, automáticamente quedará prorrogado por un periodo igual.

Es así, que autos se plantean básicamente las siguientes cuestiones: a) Vigencia del Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre las partes y b) Procedencia del pago de gratificación por jubilación dispuesta en el Contrato Colectivo solicitada por la actora y denegada por el I.P.S.

Señala la doctrina que, en la interpretación de los Contratos Colectivos, rigen las mismas reglas que se aplican para la interpretación de los contratos; la intención y propósito de las partes al vincularse; la equidad; el principio “in dubio pro operario” que se conciertan durante su vigencia; preeminencia de la norma más favorable. (Altamirano, José V. Negociación Colectiva. 1995, p. 12).

Dispone el Artículo 12° de la Ley 508 “De la Negociación Colectiva en el Sector Público” que: “La aplicación de la presente Ley sobre negociación colectiva en el sector público, se realizará combinando las normas de derecho admi-

nistrativo y laboral en cuanto fuesen aplicables”. El Artículo 341 del C.T dispone: “El contrato colectivo de trabajo terminará: a) Por mutuo consentimiento de las partes; b) Por las causas pactadas; y, c) Por caso fortuito o fuerza mayor”.

Sobre la revisión o renovación del contrato dispone el Artículo 68 del Contrato Colectivo de Trabajo en cuestión cuanto sigue: “Las negociaciones para la prórroga o la modificación del presente Contrato Colectivo, serán efectuadas conforme a las siguientes normas: a) Deberán comenzar por lo menos (60) sesenta días antes de la fecha de terminación de la vigencia del Contrato. De no ser así, automáticamente quedará prorrogado por un periodo igual b) Las partes deberán designar y comunicar previamente la nómina de la Comisión negociadora) El SIPROSIIS deberá entregar sus propuestas argumentadas a la Institución, con por lo menos (15) quince días de antelación a la primera sesión, sin perjuicio de presentar nuevas reivindicaciones durante el curso de las negociaciones ; d) En la primera sesión, serán analizados el procedimiento para estudiar las propuestas presentadas por los Sindicatos del Instituto ; e) Las partes o en su defecto cualquiera de las organizaciones firmantes de este convenio, podrán solicitar la renovación de este Contrato de Condiciones de Trabajo, en concordancia en el inciso a) del presente artículo”.

Ahora bien, si el Contrato Colectivo entró a regir el 1° de enero de 1998, el plazo de vigencia de 2 años establecido en el Artículo 4° se cumplió el 9 de enero del año 2000 y la prórroga automática por un periodo igual, (2° Período) dispuesta en el Artículo 68 inciso a) expiró el 9 de enero del año 2002, fecha a partir de la cual el Contrato Colectivo celebrado entre el Sindicato de Profesionales de la Salud (SIPROSIIS) y el Instituto de Previsión Social se extinguió automáticamente. Refuerza esta interpretación lo dispuesto en el inciso e) del Artículo 68 CCT, transcrito en el párrafo anterior cuando otorga a las partes la facultad de solicitar la renovación del contrato en concordancia con el inciso a) del mencionado artículo.

Conforme surge de las normas citadas y transcriptas la intención de las partes (Art. 708 del Código Civil) fue celebrar un Contrato Colectivo por tiempo determinado (2 años) , renovable tácitamente por un periodo igual. Las partes pactaron el procedimiento y plazo para la revisión o renovación del contrato, y acordaron igualmente su prórroga automática por un periodo igual. Vencido el segundo periodo (Art 68 inciso a) las partes debieron necesariamente negociar otro contrato, o, acordar por escrito y registrar ante el Vice Ministerio de Justi-

cia y Trabajo, su decisión de renovar el contrato vencido, con iguales estipulaciones al contrato anterior.

Las cláusulas del convenio colectivo rigen las relaciones entre las partes signatarias mientras dure su vigencia. Una interpretación que entienda que el contrato por tiempo definido suscripto entre las partes, se convierte en un contrato por tiempo indefinido en razón de sucesivas prórrogas, puede originar en cualquiera de las partes la postura de no finiquitar ninguna tratativa de revisión del contrato, lo que tendría la consecuencia de una obligada vigencia del contrato por plazo indefinido, que no fue la intención acordada por las partes.

Despejado el interrogante acerca de la vigencia del contrato, debe pasarse a examinar la segunda cuestión planteada, referente a la procedencia del pago de gratificación por jubilación solicitada por la actora, en virtud a lo establecido en el Artículo 15° del Contrato Colectivo de Trabajo, a fin de vislumbrar si se han lesionado derechos adquiridos.

Corresponde señalar al respecto, que dicha gratificación especial fue acordada en el Contrato Colectivo en el Artículo 15° en los siguientes términos: “El trabajador que se acoja a los beneficios de la jubilación o pensión y que haya prestado servicios continuos al Instituto por lo menos durante (15) quince años, con excepción a lo establecido en la Ley 430, tendrá derecho a percibir al momento de su retiro, una gratificación especial consistente en (7) siete meses de salario por única vez. El pago se efectivizará dentro de los cinco días hábiles de producirse el retiro”.

Por lo tanto, la gratificación especial es un beneficio adicional acordado a los trabajadores que se acojan a la jubilación y prestaron servicios continuos al I.P.S por lo menos durante 15 años y constituye un derecho bilateralmente reconocido para los trabajadores que hayan cumplido con los requisitos para acceder al beneficio, con independencia al plazo de duración del Contrato Colectivo. Es decir que el I.P.S no puede dejar sin efecto unilateralmente el beneficio implementado. Conviene recordar que los beneficios provisionales ya acordados configuran un derecho adquirido por el trabajador y ponen en juego la pertinente garantía constitucional, debiendo los derechos adquiridos de los trabajadores, en éste caso la actora, ser resguardados según lo dispone el Artículo 102 de la Constitución Nacional.

Los beneficios acordados a los trabajadores en virtud del contrato colectivo se incorporan al contrato individual, y mientras dure la relación laboral se

mantienen esos beneficios aunque el contrato colectivo estuviere vencido. Es el efecto automático de los Contratos Colectivos establecido en el Artículo 337 del CT que dispone expresamente: “Las estipulaciones de los contratos colectivos se convierten en cláusulas obligatorias o en parte integrante de los contratos colectivos o individuales de trabajo vigentes en el momento de su homologación o que se concierten durante su vigencia” ídem Artículos 336 y 336 del C.T.

Por lo expuesto, concluyo que en virtud al Artículo 68 del Contrato Colectivo corresponde el pago de la gratificación especial de (7) siete meses de salario por única vez a los trabajadores que se acogieron a la jubilación y prestaron servicios al I.P.S durante 15 años, beneficio que acordaron ambas partes, previa y expresamente, y con independencia de la vigencia o no del Contrato Colectivo y que deben ser ineludiblemente cumplidos. El cumplimiento de los requisitos legales (trabajador - jubilado - prestación de servicios continuos por 15 años) debe ser analizado y resuelto en sede administrativa, para cada trabajador, en los términos establecidos en las normas legales respectivas, difiriéndose el tratamiento de un eventual agravio en este sentido luego de la etapa de ejecución, previa presentación de todos los recaudos que fundan la liquidación a ser realizada.

Respecto al argumento que la demandada no abonó el rubro de gratificación especial al considerar que su pago dependía de que la ley de presupuestos lo permitiera, se debe señalar que si bien las tratativas económicas deberán sujetarse a la ley de Presupuesto, nada impide a que en base a la adecuación de la situación analizada sean reprogramadas las partidas presupuestarias necesarias para ser abonadas las gratificaciones debidas al actor.

Por tanto, corresponde No Hacer Lugar al recurso de apelación, en base a las consideraciones precedentes y concluyo que la revocatoria del acto administrativo decretado en la instancia inferior, se halla ajustado a derecho, por lo que el Acuerdo y Sentencia N° 174 de fecha 21 de noviembre de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, debe ser confirmado, a los efectos de efectuar de efectuar el pago correspondiente a los 7 (siete) salarios acordado en el Contrato Colectivo de Trabajo Suscripto entre el Sindicato de Profesionales de la Salud (SIPROSI) y el IPS.

En cuanto a las costas, deben ser impuestas a la parte perdedora en virtud del principio establecido en el art.192, en concordancia con el art. 203 inc. b) del C.P.C. ES MI VOTO.

A sus turnos, los doctores Blanco y Benítez Riera manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal,

RESUELVE:

1. DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.
2. CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 174 del 21 de noviembre de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.
3. IMPONER las costas a la perdedora, en ambas instancias.
4. ANOTAR, notificar y registrar.

Magistrados: Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Luis María Benítez Riera.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N°1320

Cuestión debatida: *El fondo de la cuestión planteada, radica en determinar si cabe o no, la posibilidad de confusión entre las marcas en pugna, “NEXLIM” Clase 05 – solicitada por la firma LABORATORIO CHILE S.A. – y la marca registrada “NEXIUM” Clase 05, propiedad de la firma ASTRAZENECA S.A.*

DERECHO DE MARCAS. Confusión de Marcas.

Vale mencionar que las cuestiones marcarias no se limitan a reglas preestablecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador, del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad razonable.

DERECHO DE MARCAS. Confusión de Marcas.

La cuestión de novedad y distintividad no es de solución fácil. Existe una línea tenue entre los signos registrables y los que no lo son. Lo que se busca es que el público consumidor, el comprador frecuente y el titular de la marca, no sean pasibles de confusión al adquirir un producto en el caso del público consumidor, y al comercializar el mismo en el caso del titular de la marca.

DERECHO DE MARCAS. Confusión de Marcas.

Los signos deben considerarse en su conjunto, en forma sucesiva y pre-reflexiva. El segundo es que el cotejo debe efectuarse en los tres campos en que la similitud puede manifestarse (gráfico, fonético e ideológico). El tercero es que debe atenderse más a las semejanzas que a las diferencias de detalle.

DERECHO DE MARCAS. Confusión de Marcas.

Determinada las diferencias existentes entre las marcas en pugna, tanto en el campo visual, como fonético, estimo que en este caso en particular, son capaces de coexistir.

Ambas marcas han sido solicitadas para una misma clase, es decir la clase 5 del nomenclátor internacional, pero la doctrina y jurisprudencia constante, reconocen la posibilidad de coexistencia de marcas, que no guarden similitud, y posean identidad marcaria propia, no siendo pasible de causar confusión en el consumidor.

DERECHO DE MARCAS. Confusión de Marcas.

En resumen, del análisis comparativo entre las marcas en pugna encontramos que existen deferencias visuales, gráficas y fonéticas, que las hace disímiles a toda confusión. Por lo que en este caso en particular la marca solicitada no es capaz de causar confusión directa o indirecta en el consumidor, con respecto a la marca que la ya se encuentra registrada, por lo que pueden coexistir en la misma clase.

CSJ. Sala Penal. 30/12/14. JUICIO: “ASTRAZENECAAB C/ RES. N° 649 DE FECHA 21-12-2011, DIC. POR EL MINISTERIO DE INDUSTRIA y COMERCIO. (Ac. y Sent. N° 1320).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de la votación, dio el siguiente resultado: BLANCO, BENÍTEZ RIERA y PUCHETA DE CORREA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Doctor SINDULFO BLANCO dijo: Que el recurrente no ha expresado agravios con relación al recurso de nulidad. Así mismo, no se observan vicios o defectos en la sentencia que ameriten su tratamiento de oficio, en los términos de los artículos 15, 113 y 404 del

Código Procesal Civil, por lo que el Recurso de Nulidad se debe desestimar. Es mi Voto.

A sus turnos los Ministros Luis María Benítez Riera y Pucheta de Correa, manifiestan que se adhieren al voto del distinguido Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Señor Ministro BLANCO prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N° 152 de fecha 27 de mayo de 2013 el Tribunal de Cuentas, Primera Sala resolvió: “1. HACER LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, deducida por la firma: “ASTRAZENECA AB c/ RESOLUCI^{ÓN} N° 579 DE FECHA 25 DE JUNIO DE 2008 DICTADA POR LA SECCI^{ÓN} DE ASUNTOS LITIGIOSOS Y LA RESOLUCI^{ÓN} N° 649 DE FECHA 21 DE DICIEMBRE DE 2011 DICTADA POR LA DIRECCI^{ÓN} DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL”, de conformidad al exordio de la presente resolución. 2. REVOCAR la Resolución N° 579 de fecha 25 de junio de 2008 dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos; y la Resolución N° 649 de fecha 21 de diciembre de 2011 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial. 3. IMPONER LAS COSTAS, a la perdidosa. 4. NOTIFÓQUESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.”

ARGUMENTO DE LAS PARTES:

AGRAVIOS DE COADYUVANTE DE LA DEMANDADA – Laboratorios Chile S.A.:

Que, conforme a las constancias de autos, se evidencia la expresión de agravios de la coadyuvante de la parte demandada, Laboratorios Chile S.A., a través de su representante legal, Abogada María Celia Villagra Marsal, quien manifiesta en su escrito presentado de fs. 228-233 (aquí expresado resumidamente) que su parte se agravia por la resolución dictada por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala en estos autos, expresando que en dicho fallo el Tribunal se limita a realizar un cotejo matemático de las marcas en litigio, sin considerar las circunstancias del caso. Señala que en efecto el propio Tribunal señaló que la cuestión de confundibilidad no se reduce a una cuestión matemática o reglas preestablecidas, y sin embargo lo que hizo fue contar el número de letras entre las denominaciones en pugna, señaló cuántas de ellas coinciden y el orden de ellas, actuando así de forma mecánica.

Prosigue argumentando que en el caso de autos las denominaciones en disputa tienen como prefijo un elemento de uso común, cual es la sílaba “NEX”,

con la única variación de las terminaciones “IUM” y “LIM” respectivamente, y al ser “NEX” una partícula de uso común, no se lo puede tener en cuenta al momento de efectuar el cotejo. Sustentando su postura, trae a colación criterios expresados por la doctrina, en las palabras del Dr. Jorge Otamendi.

Luego, procede a señalar que las marcas “NEXIUM” y “NEXLIM” coexisten pacíficamente en Chile, lo cual quedó probado en autos, no para atacar el principio de territorialidad que rige el Derecho Marcario, sino para probar que si las marcas en pugna coexisten pacíficamente en una jurisdicción, no hay razón por la cual no puedan coexistir en nuestro país. Por todo cuanto lo expresado en el escrito de referencia, concluye la apelante solicitando la revocación del Acuerdo y Sentencia recaído en autos, por así corresponder en derecho, ordenándose la prosecución de los trámites de registro para la marca “NEXLIM”.

CONTESTACIÓN DE LA PARTE ACTORA – Astrazeneca AB:

Corrido el traslado respectivo, a fs. 238-243 de autos se presentó el Abogado Hugo T. Berkemeyer en representación de la firma Astrazeneca AB, a fin de contestar los agravios vertidos por la apelante, señalando que el Tribunal ha resuelto con acertado criterio la presente causa, poniendo de relieve las consideraciones expresadas por el ad-quem respecto a que la confusión de las marcas no solo tienen consecuencias a nivel comercial, sino que por tratarse de la Clase 05 podría tener consecuencias en la salud de los consumidores.

Con relación al argumento de la apelante en lo que atañe a que el vocablo “NEX” es de uso común, señala que esto es una simple alegación de su contraparte, sin andamiaje jurídico alguno, pues este extremo no ha sido probado en autos. Señala también que en su escrito de agravios la parte apelante reconoce que una marca debe ser totalmente distinta y novedosa a las ya registradas, observándose en autos que la marca cuyo registro se solicita no es ni novedosa ni distinta a la marca ya registrada por la firma Astrazeneca AB.

Argumenta además que el solicitante pretende obtener provecho de la marca ya registrada por la firma Astrazeneca AB, la cual ya posee notoriedad; y con relación a la coexistencia de las marcas en otro país, expresa que la coexistencia de las marcas en otro país no constituye prueba alguna, ni tampoco se constituye en una pauta o directriz que deba influir en el fallo del juzgador nacional, alegando al respecto el Artículo 2 inciso f) de la Ley N° 1294/98. Citando igualmente al Dr. Jorge Otamendi, así como lo dispuesto por el Artículo 6 del Convenio de París, señala la posibilidad de confusión entre las marcas objeto del presente litigio.

Así, por todo lo sustentado en el escrito de referencia – aquí expresado a modo de síntesis – concluye la parte actora solicitando que el Acuerdo y Sentencia N° 152 de fecha 27 de mayo de 2013 del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala sea confirmado con costas.

PARTE DEMANDADA – Ministerio de Industria y Comercio:

En lo que respecta a la parte demandada – Ministerio de Industria y Comercio – es menester señalar que a fs. 245 y 245 vlto. se encuentra el Auto Interlocutorio N° 1953 de fecha 26 de agosto de 2014, por el cual esta Sala Penal resolvió declarar operada la caducidad de los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos por el Abogado Ramón Rodríguez, dándose igualmente por decaído el derecho que el mismo ha dejado de utilizar para contestar el traslado que le fuera corrido, de los agravios presentados por la representante de la firma Laboratorios Chile S.A.

ANÁLISIS JURÍDICO:

Procedemos entonces a efectuar un análisis razonado de la resolución apelada junto con los documentos obrantes en autos, de todo lo cual se constata que en fecha 15 de septiembre de 2004 la firma Laboratorios Chile S.A. se presentó ante la Dirección de la Propiedad Industrial, con el fin de solicitar el registro de la marca “NEXLIM” en la Clase 05, solicitud con número de expediente 25515 (véase fs. 60 de autos), solicitud contra la cual compareció el Abogado Hugo T. Berkemeyer, en representación de la firma Astrazeneca AB, a fin de presentar oposición en virtud a la Solicitud N° 18865 de su mandante para la marca “NEXIUM” en la misma Clase 05 (fs. 59 de autos).

Habiéndose tramitado el proceso de oposición ante la Dirección de la Propiedad Industrial, por Resolución N° 0579 de fecha 25 de junio de 2008, la Jefe de la Secretaría de Asuntos Litigiosos, Primera Sala, resolvió: “ART. 1°. DECLARAR IMPROCEDENTE y no hacer lugar a la acción deducida por la firma ASTRAZENECAAB, contra la firma LABORATORIO CHILE S.A. sobre oposición al registro de la marca denominada “NEXLIM”, clase 05. ART. 2°. DISPONER la prosecución de trámite de la solicitud de registro de la marca denominada “NEXLIM”, clase 05, Expte. N° 25515/04, solicitada por la firma LABORATORIO CHILE S.A. ART. 3°. NOTIFÍQUESE”.

Habiendo la perdidosa interpuesto recurso de apelación contra la citada Resolución, y efectuados los trámites de rigor, mediante Resolución N° 649 de fecha 21 de diciembre de 2011, la Dirección de la Propiedad Industrial resolvió

confirmar en todas sus partes la Resolución N° 0579 de fecha 25 de junio de 2008, y disponiendo igualmente la prosecución de los trámites de registro para la marca “NEXLIM” solicitada.

Es a consecuencia de estas Resoluciones que se presentó la firma ASTRA-ZENECA AB a promover demanda contencioso-administrativa, con el fin de revocarlas, y habiéndose tramitado el presente proceso, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala resolvió en el sentido de revocar los actos administrativos arriba individualizados, en virtud al fallo cual es hoy motivo de estudio.

En este estado, debemos entonces responder a la interrogante: ¿Se encuentra ajustado a derecho el Acuerdo y Sentencia N° 152 de fecha 27 de mayo de 2013? O por el contrario, ¿debe el mismo ser revocado?

Resulta, pues, necesario remitirnos primeramente al Artículo 2 de la Ley N° 1294/98, el cual en su inciso f) establece: “No podrán registrarse como marcas: ...f) Los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación con esa marca;”.

Antes de proseguir con el análisis, vale mencionar que las cuestiones marcarias no se limitan a reglas preestablecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador, del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad razonable.

La cuestión de novedad y distintividad no es de solución fácil. Existe una línea tenue entre los signos registrables y los que no lo son. Lo que se busca es que el público consumidor, el comprador frecuente y el titular de la marca, no sean pasibles de confusión al adquirir un producto en el caso del público consumidor, y al comercializar el mismo en el caso del titular de la marca.

El fondo de la cuestión planteada, radica en determinar si cabe o no, la posibilidad de confusión entre las marcas en pugna, “NEXLIM” Clase 05 – solicitada por la firma LABORATORIO CHILE S.A. – y la marca registrada “NEXIUM” Clase 05, propiedad de la firma ASTRAZENECA S.A.

Ahora bien, a través del tiempo, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado ciertos criterios generales que ayudan en la apreciación de la similitud. El primero de ellos, y acaso el más importante, es que los signos deben considerarse en su conjunto, en forma sucesiva y pre-reflexiva. El segundo es que el cotejo debe efectuarse en los tres campos en que la similitud puede manifestarse

(gráfico, fonético e ideológico). El tercero es que debe atenderse más a las semejanzas que a las diferencias de detalle. (Luis Eduardo Bertone – Guillermo Cabanellas de las Cuevas, “Derecho de Marcas”, Tomo II, 1.989 Editorial He- liasta S.R.L., Pág. 42).

Siguiendo la línea doctrinaria, al referirse a la similitud ortográfica, el autor Jorge Otamendi expresa: “Es quizás la más habitual en los casos de confusión. Se da por la coincidencia de letras en los conjuntos en pugna. Influyen para ello, desde luego, la misma secuencia de vocales, la misma longitud y cantidad de sílabas o radicales o terminaciones comunes”. (Jorge Otamendi, Derecho de Marcas, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pag. 162).

Pasamos, pues, a cotejar las marcas en pugna (tanto la solicitada como las ya registradas) desde el ámbito ortográfico, fonético, visual e ideológico, observándose como elemento común las primeras tres letras, a saber: “N”, “E”, “X”, de forma sucesiva en ambas denominaciones, siendo igualmente común a ambas las letras “I” y “M” aunque ya en distinta posición, con lo cual se conforman distintas terminaciones, a saber: NEXLIM (solicitada) versus NEXIUM (registrada).

Tomando entonces todos los elementos en su conjunto, a pesar de los rasgos similares arriba expuestos, fonética y visualmente se aprecian diferencias que permiten distinguir de manera suficiente a las marcas en pugna, no advirtiéndose ningún factor que pudiera dar lugar a confusión alguna. En efecto, se advierte suficiente diferenciación entre la pronunciación de dos consonantes seguidas, en el caso del vocablo “NEX/LIM”, lo cual denota una separación de sílabas y una pronunciación pausada, frente a la pronunciación de una consonante seguida de un diptongo, “NEX_IUM”, lo cual arroja una pronunciación fluida casi sin cortar la pronunciación.

Ahora bien, respecto a la confusión ideológica argumentada por la firma Astrazeneca AB, es menester que en dicho ámbito tampoco se genera una confusión ideológica, lo cual se pone de relieve con el Informe D.P.I. N° 162 de fecha 04 de diciembre de 2012, obrante a fs. 202 (bis) de autos, por medio del cual el Director de la D.P.I. informa al Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, de la existencia de diversas marcas que utilizan la partícula “NEX”.

Finalmente, respecto a la posibilidad de confusión, también alegado en el plano ideológico en razón de que ambas marcas se encuentran amparadas por la Clase 05, me resulta menester expresar cuanto sigue: siendo que la Clase 05

ampara productos farmacéuticos, que si bien están intencionados a ser vendidos de manera masiva, el público consumidor es no obstante un público selecto que recurre a la adquisición de tales productos en razón de alguna dolencia o tratamiento médico, bajo supervisión de un profesional de la salud. Tal es así que a la hora de prescribir algún medicamento o producto farmacéutico, los galenos se ciñen primeramente a la composición o principio activo. Así, en el caso de los productos amparados por la Clase 05 se da una situación particular, tal como lo apunta el tratadista Andrés Sánchez Herrero en su libro “Confusión de Marcas” (Editorial La Ley, Año 2013): “Puede suceder que el comprador de un producto haya sido asesorado por un experto o profesional. Supuesto frecuente, por ejemplo, en el caso de los medicamentos. En este caso, el riesgo de confusión se reduce, ya que es menos factible que el experto se equivoque en cuanto al origen del producto. El consumidor no es un experto, pero otro lo es por él, por así decirlo... Este criterio pone en evidencia que no siempre es la perspectiva del consumidor la que debe tomarse en cuenta, sino la del elector real del producto.”

En conclusión, y tras todo lo anteriormente expuesto, considero que existen suficientes fundamentos como para advertir que no cabe posibilidad de confusión entre las marcas en pugna – razón por la cual debe hacerse lugar al Recurso de Apelación interpuesto en estos autos, por así corresponder en derecho.

POR TANTO, es mi opinión que corresponde HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuesto por la Abogada María Celia Villagra Marsal en representación de la firma Laboratorio Chile S.A. contra el Acuerdo y Sentencia N° 152 de fecha 27 de mayo de 2013 dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, debiéndose en consecuencia REVOCAR dicho Acuerdo y Sentencia, y como lógico corolario CONFIRMAR la Resolución N° 579 de fecha 25 de junio de 2008 dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos de la D.P.I. y la Resolución N° 649 de fecha 21 de diciembre de 2011 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial. En cuanto a las costas, las mismas deben imponerse a la perdedora en virtud al Artículo 203 inciso b) del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A su turno, el Ministro Luis María Benítez Riera manifiesta que se adhiere al voto del distinguido Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

Seguidamente, la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa dijo: Me adhiero al voto del Ministro Sindulfo Blanco, por los siguientes fundamentos: Entrando a analizar la cuestión de fondo, tenemos que el Tribunal de Cuentas, “REVOCO” las resoluciones administrativas que dispusieron la prosecución del

trámite de registro de la marca “NEXLIM”, Clase 05, Expdte. N° 25515/04, solicitada por LABORATORIO CHILE S.A.

Al respecto, cabe mencionar que las cuestiones marcarias no se limitan a reglas preestablecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador, del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad razonable.

La cuestión de novedad y distintividad no es de solución fácil. Existe una línea tenue entre los signos denominativos registrables y los que no lo son. Lo que se busca es que el público consumidor, el comprador frecuente y el titular de la marca, no sea pasible de confusión al adquirir un producto en el caso del público consumidor, y al comercializar el mismo en el caso del titular de la marca.

Entrando a analizar el fondo de la cuestión planteada, debemos determinar si cabe o no, la posibilidad de confusión entre las marcas en pugna, “NEXIUM” clase 5 (registrada) y “NEXLIM” clase 5 (solicitada).

Ahora bien, a través del tiempo, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado ciertos criterios generales que ayudan en la apreciación de la similitud. El primero de ellos, y acaso el más importante, es que los signos deben considerarse en su conjunto, en forma sucesiva y pre-reflexiva. El segundo es que el cotejo debe efectuarse en los tres campos en que la similitud puede manifestarse (gráfico, fonético e ideológico). El tercero es que debe atenderse más a las semejanzas que a las diferencias de detalle. (Luis Eduardo Bertone – Guillermo Cabanellas de las Cuevas, “Derecho de Marcas”, Tomo II, 1.989 Editorial Heliasa S.R.L., pág. 42).

Así las cosas, analizadas en conjunto las marcas en pugna, “NEXIUM” (registrada) y la marca “NEXLIM” (solicitada), luego de haber realizado un cotejo sucesivo de las mismas, llegó a la conclusión que la marca solicitada “NEXLIM”, en su conjunto, no es susceptible de causar confusión con la marca registrada “NEXIUM”, dada las diferencias existente entre las mismas.

Al referirse a la similitud ortográfica, Otamendi expresa: “Es quizás la más habitual en los casos de confusión. Se da por la coincidencia de letras en los conjuntos en pugna. Influyen para ello, desde luego, la misma secuencia de vocales, la misma longitud y cantidad de sílabas o radicales o terminaciones comunes”. (Jorge Otamendi, Derecho de Marcas, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 162).

Ahora bien, entrando a analizar el aspecto ortográfico de las marcas en pugna, tenemos que la marca registrada “NEXIUM” esta compuesta por (6) siete letras y dos silabas, en tanto que la solicitada “NEXLIM” por (6) seis letras y dos silabas, del cotejo se desprende que los elementos variables entre la marca solicitada “NEXLIM” y la registrada “NEXIUM”, son la modificación de la desinencia “IUM” por la desinencia “LIM”, estimo que en este caso en particular las diferencias visuales, son suficientes, para otorgar distintividad marcaria.

En el campo fonético, partiendo del cotejo de las marcas “NEXIUM” y “NEXLIM”, surge que la desinencia posee una pronunciación totalmente distinta. Así también, las modificaciones realizadas en la marca solicitada, indicadas en el párrafo anterior, resultan suficientes desde el conjunto de ambas palabras, para otorgar una diferenciación fonética, teniendo en cuenta que las desinencias de ambas palabras poseen una diferente pronunciación, todo esto otorga una identidad marcaria propia, en la marca solicitada.

Determinada las diferencias existentes entre las marcas en pugna, tanto en el campo visual, como fonético, estimo que en este caso en particular, son capaces de coexistir.

Ambas marcas han sido solicitadas para una misma clase, es decir la clase 5 del nomenclátor internacional, pero la doctrina y jurisprudencia constante, reconocen la posibilidad de coexistencia de marcas, que no guarden similitud, y posean identidad marcaria propia, no siendo pasible de causar confusión en el consumidor.

En resumen, del análisis comparativo entre las marcas en pugna encontramos que existen deferencias visuales, gráficas y fonéticas, que las hace disímiles a toda confusión. Por lo que en este caso en particular la marca solicitada no es capaz de causar confusión directa o indirecta en el consumidor, con respecto a la marca que la ya se encuentra registrada, por lo que pueden coexistir en la misma clase.

Se trae a colación los siguientes fallos en los cuales la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, ya se ha expedido sobre la posibilidad de la coexistencia de marcas con suficientes diferencias visuales, ortográficas y visuales, que no causen confusión en el consumidor: “Acuerdo y Sentencia N° 444 de fecha 20 de junio de 2.005, Acuerdo y Sentencia N° 1.075 de fecha 18 de septiembre de 2.006, Excelentísima Corte Suprema de Justicia”.

De todo lo señalado esta Magistratura, concluye que la marca “NEXLIM”

solicitada para la clase 5, reúne los requisitos de novedad, especialidad y distintividad, necesarias para su registro.

En mérito a todo lo expuesto soy del criterio que el Acuerdo y Sentencia N° 152 de fecha 27 de mayo de 2.013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, debe ser revocado in tottum.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la perdidosa, en virtud a lo establecido en los artículos 192, 203, inc. b), y 205 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto firmado SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordado la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE:

1. DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.
2. HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuesto por la Abogada María Celia Villagra Marsal por la coadyuvante de la parte demandada en estos autos, contra el Acuerdo y Sentencia N° 152 de fecha 27 de mayo de 2013 dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.
3. REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 152 de fecha 27 de mayo de 2013 dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, y como lógico corolario,
4. CONFIRMAR la Resolución N° 579 de fecha 25 de junio de 2008 dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos de la D.P.I. y la Resolución N° 649 de fecha 21 de diciembre de 2011 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial, todo ello por los fundamentos esgrimidos en el exordio de la presente resolución.
5. IMPONER las costas a la perdidosa.
6. ANOTAR, registrar y notificar.

Magistrados: Sindulfo Blanco, Luis María Benítez Riera y Alicia Beatriz Pucheta de Correa.

Abg. Norma Domínguez. Secretaria.