ÍNDICE SALA PLENA
SENTENCIAS
1 - 38

Pág.

Bertha Vilma Ilse Kempff de Urioste c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 1

Gerencia Distrital Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 12

Fondo Financiero Privado FASSIL S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI). PROCESO: Contencioso Administrativo 27

Gerencia Grandes Contribuyentes Santa Cruz el Servicio de Impuestos Nacionales c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 36

Gerencia Regional Potosí de la Aduana Nacional de Bolivia c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Admistrativo 43

Asociación de Propietarios el Terreno del Ex Ferrocarril La Paz – Beni "SIPROCO" c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 54

Corporación Industrial DILLMANN S.A. – CORDRILL S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI). PROCESO: Contencioso Administrativo 67

Santa Cruz Securities Agencia e Bolsa Filial e FASSIL FP S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual. PROCESO: Contencioso Administrativo 79

Empresa Metalúrgica VINTO c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 89

PROCOM LA PAZ S.R.L. c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 97

Gerardo Tórrez Antezana c/ Consejeros del Consejo de la Judicatura. PROCESO: Contencioso Administrativo 107

Gerencia Sectorial de Hidrocarburos actual Gerencial Grandes Contribuyentes Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo..... 114

Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del SIN ahora Gerencia GRACO del SIN c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 121

Fundación Cinemateca Boliviana y Despachante de Aduana "Paceña" S.R.L. c/ Autoridad de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 129

Fondo Financiero Privado FASSIL S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. PROCESO: Contencioso Administrativo..... 138

Juan Calle Araya c/ Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones. PROCESO: Contencioso Administrativo 156

Cuba Libre Products INC. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI). PROCESO: Contencioso Administrativo..... 165

Fábrica Nacional de Cemento S.A. FANCESA c/ Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural. PROCESO: Contencioso Administrativo 172

Empresa Unipersonal "MUEBLETEKA" c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 183

Fondo Financiero Privado FASSIL S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI). PROCESO: Contencioso Administrativo 192

Gerencia Regional Cochabamba de la Aduana Nacional c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 203

Alfredo Enrique Mendoza Alcoreza c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 211

Empresa Nacional de Ferrocarriles "ENFE" c/ Asociación accidental Virgen de Urkupiña. PROCESO: Contencioso 221

Sociedad Productos FAMILIA S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI). PROCESO: Contencioso Administrativo 235

Frutacio Sanga Cachi c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT). PROCESO: Contencioso Administrativo 245

Organización Asistencia Médica Integral S.R.L. c/ Caja Nacional de Salud Regional Santa Cruz. PROCESO: Contencioso..... 261

Empresa PHARMA DEVELOPMENT S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI). PROCESO: Contencioso Administrativo 272

Consorcio TYPSA – SOINCO c/ Gobierno Autónomo Departamental de Tarija. PROCESO: Contencioso..... 281

Administración de Aduana Interior Oruro de la Gerencia regional Oruro de la Aduana Nacional de Bolivia c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo 285

Empresa Lavaseco Universal Limitada c/ Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural. PROCESO: Contencioso Administrativo 293

Refinería ORO NEGRO S.A. c/ Ministerio de Hidrocarburos y Energía. PROCESO: Contencioso Administrativo 301

Caja de Salud de la Banca Privada (CSBP) c/ Ministerio de Salud y Deportes. PROCESO: Contencioso Administrativo 311

Gerencia Distrital Oruro del Servicio de Impuestos Internos c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria. PROCESO: Contencioso Administrativo..... 321

Empresa “S y R” Internacional S.R.L. c/ Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional (COFADENA). PROCESO: Contencioso Administrativo 330

Aduana Nacional Regional Potosí c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria / Arminda Téllez de Cuba. PROCESO: Contencioso Administrativo 345

Compañía TKS c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI). PROCESO: Contencioso Administrativo 353

1

Bertha Vilma Ilse Kempff de Urioste c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs. 245 a 264, interpuesta por Vladimir Giovanni Arellano García, en calidad de apoderado de Bertha Vilma use Kempff de Urioste, en la que impugna la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0870/2014 pronunciada el 13 de junio, por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), la contestación de fs. 286 a 294; notificación del tercero interesado de fs.326; los antecedentes del proceso y de emisión de la Resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

La demanda señala como antecedentes que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0870/2014 de 13 de junio, que resolvió confirmar la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-LPZ/RA 0253/2014 de 24 de marzo de 2014 dictada por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria (ARIT) La Paz, dentro del Recurso de Alzada interpuesto por Bertha Vilma Ilse Kempff de Urioste, contra el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz (GAMLP), resolviéndose en Jerárquico confirmar la resolución de Alzada; en consecuencia se mantiene firme y subsistente la Resolución Determinativa N°36 de 31 de mayo de 2013, de conformidad al inc. b) Parágrafo I del artículo 212 del Código Tributario Boliviano (CTB).

I.2. Fundamentos de la demanda.

Argumentos de forma.

La demanda señala que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0870/2014 realiza una interpretación errada del Arts. 81 del CTB, ya que desecha la prueba presentada sin analizar adecuadamente la normativa, es así que rechaza la prueba presentada al momento de interponer el Recurso de Alzada por ser fotocopias simples; por otra parte la prueba presentada antes de la emisión de la Resolución de Alzada fue desechada sin ningún tipo de fundamentación o sustento legal, sin considerar que la misma cumple con los requisitos de prueba de reciente obtención por lo que no correspondía rechazarla.

Sobre la prueba presentada en instancia Jerárquica, el demandante manifiesta que la AGIT, para desechar la prueba, argumenta que el juramento de reciente obtención solo se realizó sobre la prueba cursante a fs. 328 a 341, por lo que no se tendría por cumplido lo dispuesto en el artículo 81 del CTB, extremos que ocasionaría gran perjuicio en el recurrente, puesto que manifiesta que esta prueba demostraría que los bienes inmuebles corresponden al Gobierno Autónomo Municipal de Paica (GAMP) y asimismo demostraría el cumplimiento

de las obligaciones tributarias realizadas en el señalado municipio, incumpliendo la AGIT con lo dispuesto en el inc. a) del artículo 217 de la CTB.

El demandante reclama la falta de pronunciamiento sobre la incompetencia del GAMLP para conocer el procedimiento de fiscalización de los inmuebles porque corresponderían al Municipio de Paica.

Argumentos de fondo.

El demandante manifiesta que la AGIT debió dar cumplimiento con la normativa legal vigente, debiendo considerar que el Municipio de La Paz inició un proceso de delimitación del Municipio en cumplimiento a la Ley N°2150 y el Decreto Reglamentario N°26520 que determina en el artículo 14 que el procedimiento únicamente se establece en caso que la delimitación del Municipio no esté definida y como resultado de esta la Prefectura de La Paz mediante Resolución Administrativa Prefectural N°121 de 4 de marzo de 2009 instruye a los Municipio de La Paz y Paica suspender toda medida de acción y ejecución de sanción administrativa, notificación, advertencias, prohibiciones, demoliciones, decomiso tributario y agrarias mientras se definan los límites territoriales, situación que sería de conocimiento del Municipio de La Paz y aun así se inicia el proceso de fiscalización P4-2012-05/2012, afirmando el demandante que la AGIT no se sujeta a los antecedentes y el derecho aplicable, siendo que no analiza la prueba presentada que desvirtúa la competencia que el Municipio de La Paz y que los pagos ya fueron realizados al Municipio de Paica, dejando en indefensión al no pronunciarse sobre todos los argumentos y medios probatorios planteados el recurso, restringiendo el acceso a la justicia pronta y oportuna.

La demanda expone que la prueba presentada el 20 de septiembre de 2013, dentro la tramitación del recurso Jerárquico dentro los plazos legales, demostrarían que los bienes inmuebles se encuentran dentro de la jurisdicción del Gobierno Autónomo Municipal de Paica, demostrando el cumplimiento de las obligaciones tributarias ya que la competencia de exigir el pago del IPBI de los predios seria del Municipio referido, lugar donde se efectuó el pago, extinguiéndose conforme a lo previsto en el art. 51 del CTB.

La AGIT no advirtió que dentro las liquidaciones realizadas no se identifica las direcciones de los inmuebles que están sujetos a revisión, manifestando de forma general la zona de Achumani, sin considerar la calle o el número de los mismos, teniendo además error en la consignación de la superficie, donde se establecen superficies mayores, no se consideran las transferencias realizadas a terceros, datos sin los cuales la liquidación tributaria no puede corresponder a la realidad, extremo que dejaría en indefensión a la demandante.

I.3. Petitorio. El demandante solicita se deje sin efecto la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0870/2014 de 13 de junio y en merito a la prueba presentada se declare la nulidad de todo el proceso de fiscalización P-4-2012-05/2012, iniciado por la Administración Tributaria Municipal de La Paz, por carecer de competencia para la misma.

II. De la contestación a la demanda.

Apersonado al proceso Daney David Valdivia Coria, en representación legal de la Autoridad General de Impugnación Tributaria, respondió negativamente a la demanda con memorial presentado el 24 de agosto de 2016, que cursa de fs. 286 a 294, y señala lo siguiente:

Se dio estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 211 del CTB y el principio de verdad material, entendiendo este como aquel acontecimiento o conjunto de situaciones fácticas puesto que es el contribuyente, quien no ofreció toda la documentación requerida por la Administración Tributaria; asimismo la documentación presentada en instancia recursiva no cumple con lo dispuesto en el artículo 81 del CTB; en consecuencia para evitar se manipule la verdad material de los hechos se rechaza la prueba, al efecto cita la Resolución Jerárquica 0870/2014, y concluye que se habría cumplido con el artículo 211 parágrafo II del CTB y que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 4 y 81 del mismo cuerpo legal, más cuando la Ley no establece excepciones para la presentación de prueba fuera de término legal, situación que bajo ningún concepto podría ser atribuible a la Autoridad General de Impugnación Tributaria; entendiéndose que el ofrecimiento de prueba no es una simple formalidad, sino que precautela el derecho a un juicio breve y contradictorio, sustentando su posición en la Sentencia N°322/2014 de 7 de octubre.

Con relación al certificado de 28 de octubre de 2013, la AGIT manifiesta que no omitió realizar una fundamentación porque habría expresado que los inmuebles fiscalizados están registrados a nombre del contribuyente, pero no se desvirtuaron los cargos relativos a la omisión de pago.

Respecto al no pronunciamiento de la AGIT sobre la competencia del Gobierno Autónomo Municipal de Palca, sobre los inmuebles fiscalizados, manifiesta que el demandante no puede alegar nuevos aspectos que no fueron observados en su oportunidad, lo contrario sería vulnerar el principio de congruencia y el principio de igualdad de las partes, pues lo reclamado no habría sido valorado ni por instancia de alzada; sustenta su afirmación en la Sentencia N°0228/2013 de 2 de julio y la Sentencia Constitucional Plurinacional N°532/2014 de 10 de marzo.

El demandado hace referencia a la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0139/2009, que se encontraría dentro el Sistema de Doctrina Tributaria SIDOT que versaría sobre la aplicación de los artículos 217 y 219 del CTB; asimismo, señala como jurisprudencia la Sentencia N°510/2013 de 27 de noviembre, que refiere la obligación del recurrente a sustentar el recurso; además cita la Sentencia Constitucional N°0287/2003, referida a la indefensión la que no se produce cuando es el afectado quien se pone en la misma situación; ratificándose en los fundamentos de la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0870/2014 de 13 de junio, pidiendo se declare improbada la demanda manteniendo firme y subsistente la Resolución Jerárquica impugnada.

II.1. Petitorio.

El demandado solicita declarar improbada la demanda interpuesta por Bertha Vilma Ilse Kempff de Urioste, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0870/2014 de 13 de junio emitida por la AGIT.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

A efecto de resolver la problemática planteada, corresponde señalar que los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso informan lo siguiente:

1. Que, el 28 de diciembre de 2012, la Administración Tributaria notificó a Bertha use Vilma Kempff de Urioste con la Orden de Fiscalización N°5, proceso N°P4-2012-5/2012 de 14 de diciembre de 2012, para controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias que el

sujeto pasivo ha dado del Impuesto a la Propiedad de Bienes Inmuebles (IPBI) de las gestiones 2007, 2008, 2009, 2010 sobre los inmuebles con registro N°121671, 43371, 145908, 141018, 121593, 121606, 143488, 145904, 43369, 168217, 145958, 121636, 145948, 13361, 141027, 121589, 121645, 143490, 121644, 121592, 145910, 121647, 145933, 121607, 121652, 121638, 141042, 121651, 121653, 121605, 121656, 121667, 121590, 121648. (fs. 28 a fs. 30 de antecedentes administrativos, anexo 1).

El 18 de abril de 2013, la Administración Tributaria Municipal notificó a Bertha use Vilma Kempff de Urioste con la Vista de Cargo N°67 proceso N°P4-2012-5/2012 de 04 de abril (fs. 133 a fs. 157 de antecedentes administrativos, anexo 1).

El 24 de junio de 2013, la Administración Tributaria notificó a Bertha use

Vilma Kempff de Urioste con la Resolución Determinativa N°36 proceso N°P4-2012-05/2012 de 31 de mayo de 2013, que determina una deuda tributaria en la suma de Bs.300.469 (fs. 220 a fs. 248 de antecedentes administrativos, anexo 2).

Contra la Resolución Determinativa, Bertha use Vilma Kempff de Urioste, interpuso Recurso de Alzada (fs. 151 a 155, del anexo 1 de antecedentes de impugnación administrativa), resuelto a través de la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-LPZ/RA 1044/2013 de 14 de octubre (fs. 229 a 236, del Anexo 2 de antecedentes de impugnación administrativa), que anula obrados hasta la orden de Fiscalización; es decir, hasta el estado que la Administración Tributaria Municipal de La Paz delimite sus alcances hasta los inmuebles que corresponden a su jurisdicción.

Contra la Resolución de Alzada el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz (GAMLP), interpuso recurso Jerárquico cursante a fs. 241 a 244, del anexo 2 de antecedentes de impugnación, la cual una vez tramitada se emitió la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 2275/ 2013 de 30 de diciembre, que resolvió anular la Resolución de Alzada ARIT-LPZ/RA 1044/2013 de 14 de octubre, disponiendo se pronuncien sobre todos los argumentos planteados por las partes.

En cumplimiento a la indicada Resolución Jerárquica, se emitió la resolución de Alzada ARIT-LPZ/RA 0253/2014 de 24 de marzo (fs. 298 a 308 vta, cursante en el anexo 2 de antecedentes de impugnación), que resuelve confirmar la Resolución Determinativa N° 36 proceso N° P4-2012-05/2012 de 31 de mayo de 2013.

Contra la Resolución de Alzada emitida, Bertha use Vilma Kempff de Urioste por intermedio de su apoderado Vladimir Giovanni Arellano García interpuso recurso Jerárquico que previo los tramites, tuvo como Resultado la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0870/2014 de 13 de junio (fs. 367 a 379 de antecedentes de impugnación) que confirma la Alzada; en consecuencia, se mantiene firme y subsistente la Resolución Determinativa N°36 proceso N° P4-2012-05/2012 de conformidad a lo previsto al art. 212.1. b) del CTB, por consiguiente, Bertha use Vilma Kempff de Urioste interpuso la demanda contenciosa administrativa, que ahora se resuelve.

2. En el curso del proceso Contencioso Administrativo, se dio cumplimiento al procedimiento de puro derecho, señalado en los arts. 781 y 354.11 y III del Código de Procedimiento Civil (CPC-1975).

3. Cursa también el apersonamiento de Ronald Hernán Cortez Castillo en representación del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz como tercero interesado, por memorial cursante de fs. 360 a 363, poniendo en conocimiento que la prueba presentada por

la ahora demandante durante el desarrollo del procedimiento administrativo, así como en el procedimiento de impugnación administrativa, no cumple lo establecido en el artículo 81 del CTB., por lo que estaría correctamente rechazada; asimismo la Autoridad de impugnación administrativa habría realizado una correcta valoración de los antecedentes del proceso.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

En el caso de autos, el objeto de la presente controversia se desarrolla tanto en aspectos de forma (aplicación del artículo 81 del CTB y verdad material; congruencia de las resoluciones por no haberse emitido valoración sobre la incompetencia del GAMLP); como en aspectos de fondo (correcta determinación tributaria Municipal sobre el IPBI), por lo que debe darse respuesta primero a los aspectos de forma y en caso de no ser evidente los vicios denunciados corresponderá el ingreso al fondo de la problemática.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

V.1 ANÁLISIS DE ASPECTOS DE FORMA.

V.1.1 CONSIDERACIONES PREVIAS DEL ARTÍCULO 81 DEL CTB Y LA APLICACIÓN DE LA VERDAD MATERIAL.

Dentro el desarrollo del derecho tributario con relación a la aplicación del discutido artículo 81 del CTB, previamente es necesario realizar un análisis que permita llegar al orden de lo justo, para ello se debe hacer referencia a la verdad material que se encuentra dentro de lo previsto en el inc. d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), aplicable a la materia por disposición del Num. 1) del artículo 74 del CTB, entendiéndose que: "Dentro de los principios que rigen los procedimientos administrativos, el art. 4 inc. d) de la LPA, reconoce el de verdad material como uno de los pilares sobre el que debe sustentarse su desarrollo, tomando en cuenta la situación de desventaja en la que se encuentra el administrado frente al aparato estatal, es así que la jurisprudencia constitucional determina: "...la decisión de la Administración debe ceñirse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido literal del expediente, incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo obligación de la administración la averiguación total de los hechos, no restringiendo su actuar a simplemente algunas actuaciones de carácter administrativo formal que no son suficientes para asumir decisiones." (Sentencia Constitucional 1724/2010 de 25 de octubre) (Negrilla y subrayado añadido).

La búsqueda de la verdad material debe ser uno de los pilares fundamentales dentro el procedimiento administrativo tributario, el cual no solo corresponde a la etapa administrativa propiamente dicha, sino también a la etapa de impugnación de las resoluciones de carácter definitivo, constituyendo una obligación de las autoridades administrativas buscar la verdad de los hechos, es en ese entendido: "se establece que no son conducentes con el contenido del principio de verdad material la pasividad de la administración que pretenda encontrar justificativo en la inactividad o negligencia de la parte; pues el principio de verdad material obliga: 1) A no limitarse únicamente a las alegaciones y demostraciones o probanzas del administrado; 2) A no descartar elementos probatorios con justificaciones formales, cuando se trata de hechos o pruebas que sean de público conocimiento, cuyo mínimo de diligencia obliga a la administración pública a adquirirlas o tomarlas en cuenta; 3) A no desconocer elementos probatorios aduciendo incumplimiento de exigencias formales como la presentación en fotocopias simples, sobre documentos que estén en poder de la administración o que por diferentes circunstancias éstos se encuentren en otros trámites de

los que puede rescatarse y que la administración pueda verificarlos por conocer de su existencia o porque se le anoticie de ella. " (Sentencia Constitucional Plurinacional N°873/2014 de 12 de mayo); encontrando que la verdad material abre la posibilidad de eliminar requisitos meramente formalistas y que restringen el conocimiento de los hechos verdaderamente acontecidos, permitiendo la obtención de los medios probatorios que creen convicción en la Autoridad administrativa para que así dentro el marco de sus competencias dicten una resolución, extremo que coadyuva a generar convencimiento en los administrados de que no existía otra forma de resolver la problemática que la establecida, sin dejar lugar a duda que se ha actuado en total apego al orden legal y lo justo.

Lo expuesto también corresponde al giro realizado en la aplicación de la justicia con la inclusión de la verdad material, establecida en el parágrafo I del artículo 180 de la Constitución Política del Estado (CPE), por medio de la cual se revaloriza la importancia de la aplicación de este principio dentro la justicia boliviana, que establece la imperiosa necesidad que los procesos administrativos tengan un alto grado de credibilidad.

Lo expuesto cobra mayor relevancia cuando la prueba presentada se trata de documentación obtenida de registros públicos, los cuales pueden ser de acceso de la Autoridad de Impugnación Tributaria (AIT), quien en aplicación a lo dispuesto en el parágrafo I del artículo 210 del CTB y el artículo 88 de la LPA., debe realizar las diligencias para la obtención de elementos que coadyuven en el conocimiento de los hechos acontecidos, extremo que tiene íntima relación con el principio de impulso de oficio contenido en el inc. n) del artículo 4 de la LPA, que es entendida como desarrollo de actuaciones necesarias que toda Autoridad administrativa está obligada a realizar con la finalidad de fundamentar y motivar las resoluciones de las cuestiones planteadas, sin la necesidad de esperar que las actuaciones sean realizadas únicamente a instancia de los administrados.

Asimismo, debemos considerar la aplicación establecida de la verdad material no contradice lo dispuesto en el artículo 81 del CTB., por el contrario refuerza la sana critica (Libertad del juzgador para apreciar y valorar la prueba - Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Ossorio editorial Heliasta-2003), permitiendo que el juzgador se apoye en proposiciones lógicas y correctas que llevan a una fundamentación adecuada creando convicción de lo analizado, permitiendo además la libertar probatoria establecida por el artículo 77 y 215 ambos del CTB, llegando nuevamente a la conclusión que esto permita un fallo debidamente motivado y fundamentado que corresponda a lo discutido por las partes y resuelto en la verdad de los hechos efectivamente acontecidos.

V.1.2. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA EN EL CASO.

Con los expuesto precedentemente es necesario considerar que el denunciante manifiesta que la AGIT no habría aplicado de forma correcta lo dispuesto en el artículo 81 del CTB; por su parte el demandado expone, que lo resuelto en Jerárquico corresponde a la aplicación del ya referido artículo 81, y aduce que estaría sometido a la verdad material por lo que la prueba no podría ser valorada por impedimento a las disposiciones legales.

Al respecto, se debe considerar que la Sra. Bertha use Vilma Kempff de Urioste apersonándose a la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria (ARIT) interpone recurso de Alzada por memorial presentado el 12 de junio de 2013, adjuntando pruebas que cursan de fs. 1 a 25 de antecedentes de impugnación administrativa, que consisten en fotocopias cotejadas con los originales por la AGIT y de fs. 26 a 149 de antecedentes de impugnación administrativa, cursantes en fotocopias simples.

Al respecto y realizando una revisión de la Resolución de Alzada ARITLPZ/RA 0253/2014 de 24 de marzo de 2017, se tiene que la ARTI-LPZ, manifiesta "Corresponde también mencionar que Bertha Ese Vilma Kempff de Urioste, al momento de la presentación de su Recurso de Alzada adjunta al mismo en copias simples (fojas -149 de obrados), documentación constante entre otros en Escrituras Públicas, Folio Reales y Formulario 1980 de pago de Impuesto a la Propiedad de Bines Inmuebles (IPBI) efectuados ante el Gobierno Autónomo Municipal de Palca, los mismos que conforme dispone el inciso a), artículo 217 de la Ley 3092, tampoco pueden ser admitidos en respaldo de su posición al no tratarse de originales o copias legalizadas por autoridad competente, razón por la que no amerita su consideración y consiguiente valoración" (Página 18 vta. y 19 de la Resolución de Alzada ARIT-LPZ/RA 0253/2014), estableciendo la ARIT que la prueba presentada por la recurrente no sería valorada por ser simples fotocopias, cuando por el contrario debió analizar y valorarlas bajo la aplicación del principio de verdad material, más aun si consideramos que la prueba acompañada por la recurrente es prueba obtenida de registros públicos como son los obtenidos de Derechos Reales y del Gobierno Autónomo Municipal de Palca, es decir, si la ARIT dudaba de la prueba presentada por ser simples fotocopias, pudo emplear la facultad establecida en el parágrafo I del artículo 210 del CTB, y no limitar su actuar a la exigencia de formalismos y rigorismos que solo debilitan el procedimiento y no permiten llegar a la verdad material de los hechos, más aun si consideramos que el recurrente pretende demostrar el cumplimiento de la obligación tributaria por una parte y que el sujeto pasivo de la obligación es un tercero al encontrarse transferidos los inmuebles, motivo por el cual no corresponde la pasividad y la exigencia de formalismos que perjudican crear convicción en el juzgador en cuanto a la problemática planteada.

Sobre la valoración de la misma prueba adjuntada en fotocopias simples, la Resolución Jerárquica, en la página 19 (punto xiii), hace una escueta referencia los límites de su valoración por ser fotocopias simples, quedando acreditada la falta de valoración y fundamentación al respecto de la prueba acompañada, que conlleva en la instancia Jerárquica en el mismo vicio, vulnerando los derechos de la administrada.

La recurrente en instancia de Alzada adjuntó prueba al memorial presentado el 20 de septiembre de 2013, cursante en un folder con fs. 1 a 53, las que son fotocopias verificadas con el original por la Autoridad de Impugnación Tributaria; al respecto la Resolución de Alzada, rechazó la prueba en aplicación de los artículos 81 y 215 del CTB, por haberse presentado fuera del término probatorio y no haber justificado que la omisión de presentación anterior no fue por causa propia; manifestando que además no se cumplió con el artículo 215-11 de la Ley N°3092, teniendo el proveído de 23 de septiembre de 2013 redacción similar, hecho que fue confirmado en la Resolución Jerárquica.

Al respecto y como se tiene fundamentado en el punto V.1.1, las pruebas presentadas dentro la impugnación administrativa, no pueden ser rechazadas por simples formalismos y exigencias; cuando se debe priorizar la búsqueda de la verdad material y constatar la realidad de los hechos que se juzgan, precautelando el orden de lo justo, por lo que las simples formalidades dentro de un procedimiento de impugnación administrativa no pueden sobreponerse a la verdad material, más aun cuando se acredita de la revisión de obrados que la contribuyente acompañó documentación que justifica la no presentación anterior.

Cursa dentro de la prueba, una nota dirigida a Terrasur Ltda. (fs. 2 anexo 5), donde Bertha Vilma Ilse Kempff de Urioste solicitó a Santa Genoveva Gabriel Cabezas, la documentación original de las que tiene simples fotocopias, lo que da a entender que la documentación original que el contribuyente acompaña no se encontraba en su poder; sino que se encontraba en poder de un tercero, imposibilitando la presentación de la documentación dentro el plazo probatorio, asimismo la nota de 18 de septiembre de 2013, por el cual la representante legal de Consultores Ejecutivos CEA S.R.L. manifiesta que la documentación de los inmuebles fusionados por escrituras N°290/2001 y 713/2006 cursarían dentro el Recurso de Alzada N°698/2013, este aspecto acreditaría que la ahora demandante no contaba con la documentación original para su presentación, siendo que las notas referidas en cuanto a su presentación en Alzada no fueron valoradas por la AIT para establecer si lo fundamentado en el memorial presentado el 20 de septiembre de 2013, sobre la omisión de presentación anterior, es o no por causa propia, (pese que en la Resolución Jerárquica pág. 20 punto XV en revisión de las notas afirma que acreditan que la omisión de presentación anterior no es por causa propia), para determinar si puede ser considerada como de reciente obtención, omisión contenida en la Resolución de Alzada como en la Resolución Jerárquica, encontrándose que las observaciones realizadas para el rechazo de esta prueba no corresponden a la aplicación de la verdad material en cuanto a la búsqueda de la averiguación de lo efectivamente acontecido, predominando el rigorismo excesivo de la aplicación del art. 81 del CTB.

La demandante en instancia Jerárquica, presenta en calidad de reciente obtención la prueba acompañada al memorial presentado el 25 de abril de 2014, que cursa a fs. 328 a 341 y ratifica la prueba presentada ante la ARIT el 20 de septiembre de 2013, al respecto la AGIT manifiesta que la contribuyente acreditó que la no presentación anterior de la prueba no es por causa atribuible a la contribuyente, al ser una parte recién obtenida y la otra por no encontrarse anteriormente en su poder; sin embargo solo ingresa a valoración de la prueba presentada a fs. 328 a 341, ya que la prueba presentada por memorial de 20 de septiembre de 2013 no contaría con el juramento de reciente obtención, volviendo con ello a sobreponer un formalismo excesivo vulnerando la aplicación de la verdad material y vulnerando el derecho del administrado a la defensa, más aun si consideramos que la recurrente de jerárquico, en el Otrosí del memorial presentado el 25 de abril de 2014, solicitó señale día y hora para prestar el juramente de prueba de reciente obtención correspondiente; entendiéndose que solicita efectuar el juramento de toda la prueba presentada y ratificada; sin embargo, el acta de juramento realizado por la AGIT de 5 de mayo de 2014, solo se hace mención a la prueba cursante a fs. 328 a 341, omitiendo señalar la prueba adjunta al memorial presentado el 20 de septiembre de 2013, pese a que esta también es ofrecida, como de reciente obtención, esto sin que exista justificación alguna para no incorporar toda la prueba en esa acta de juramente de reciente obtención, que fue elaborada por la Autoridad administrativa; motivo por el cual la AGIT no podría basar su rechazo en la exigencia de formalismos y debió ingresar a valorar la prueba.

En el entendido de lo expuesto, se advierte que dentro el proceso de impugnación administrativa la decisión de desestimar la prueba documental presentada, tanto en instancia de Alzada, como Jerárquica, resulta totalmente contraria al precitado art. 81 del CTB y los principios que rigen el procedimiento administrativo tributario, más aun cuando la autoridad ante quien se la presenta, cuenta con todos los medios para verificar la veracidad de su contenido ya que estas son documentales que se encuentran en registros públicos, como son

Derechos Reales y el GAMP, información y/o documentación que pudo ser obtenida dentro la aplicación del parágrafo I del art. 210 del CTB que no solo es una facultad con la que cuenta la AIT, sino también una obligación de inexcusable cumplimiento; más cuando la documentación puede ser obtenida de las entidades públicas y podrían generar mayor convencimiento de la Autoridad al momento de emitir una resolución, permitiendo que lo resulto cree convicción en las partes, desechando formalismos innecesarios que entorpezcan la averiguación de la verdad material y limiten el cumplimiento del principio de impulso de oficio, encontrándose obligado a muñirse de todos los elementos de convicción.

Al respecto de lo expuesto y ante la falta de valoración de la prueba presentada por la recurrente, es necesario considerar que: "(...) con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: (...) d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado" (Sentencia Constitucional 1113/2013 de 17 de julio), al no haber actuado de esta forma la Resolución de Alzada y la Resolución Jerárquica han vulnerado el derecho al debido proceso que tiene Bertha Ilse Vilma Kempff de Urioste en calidad de administrada; asimismo se ha vulnerado el derecho a la defensa, porque la falta de valoración de la prueba genera incertidumbre sobre el resultado del recurso si hubiera primado la verdad material como principio consagrado en el parágrafo I del art. 180 de la Constitución Política del Estado y establecido en el inc. d) del art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por otra parte, la demandante reclama que la AGIT no se habría pronunciado sobre la falta de competencia del GAMLP para realizar la determinación tributaria; al respecto la institución demandada, manifiesta que dentro el recurso de Alzada no se habría reclamado ese extremo por lo que no se podría insertar hechos nuevos que recién en instancia Jerárquica fueron reclamados.

Para el análisis de lo referido, es necesario verificar el contenido del memorial de Recurso de Alzada encontrando que respecto a lo discutido señala: "Con referencia a estos lotes con N°121593, 121606, 143488 y 145904, corresponde a los lotes de terrenos fusionados, (...), tal como se demuestra de los formularios de pago de impuestos anuales adjunto, se encuentra cumpliendo con sus obligaciones tributarias al Municipio de Palca, adjunto también formularios catastrales de las mencionadas parcelas." (fs. 151 y 15 lvta.), continuando con la lectura del Recurso de Alzada tenemos: "Con respecto a estos 15 bienes inmuebles fiscalizados, como se evidencia de los formularios de pago de impuestos que en fotocopias adjunto al presente, mi padre ha tributado por estos lotes ante el Municipio de Palca, estando a la fecha al día en dichos pagos, desconociendo las razones de este cambio de jurisdicción; sin embargo y por información proporcionada por algunos tramitadores de ese entonces se debería a que los catastros obtenidos en la ciudad de La Paz consignaban «sin planimetría aprobada" a diferencia de los de paica, que mediante publicaciones constantes reclamaban la jurisdicción de las zonas donde se encontraban estos terrenos" (fs. 153 vta. y fs. 154).

Al respecto la Resolución de Alzada refiere: "El registro y pago de los referidos impuestos de inmuebles fiscalizados ante el Gobierno Autónomo Municipal de Palca manifestados por Bertha Ese Vilma Kempff de Urioste, conforme se extrae de los argumentos de su recurso de alzada, los efectuó considerando que esta era la jurisdicción correcta; sin embargo, este hecho no fue acreditado, mucho menos demostrado y desvirtuado documentalmente ante esta instancia recursiva, esto implica como se dijo anteriormente durante el proceso de fiscalización llevado a cabo por el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz (GAMLPZ) así como en dentro el Recurso de Alzada instaurado ante esta instancia recursiva, no acredito legal ni oportunamente la presentación de prueba documental pertinente e idónea (..)".

Conforme se puede advertir, la contribuyente reclamó que el cumplimiento de las obligaciones tributarias las tiene con el GAMP y no así con el GAMLP, extremo que al ser entendido por la instancia de Alzada es analizada y valorada; pero al ser desfavorable a sus pretensiones en uno de los puntos impugnados en Jerárquico, manifestando que el GAMLP no es la Autoridad que debe establecer el cumplimiento o no de las obligaciones tributarias; aspecto que fue mal entendido por la instancia Jerárquica y produce que el mismo decida apartarse de este punto, manifestando que no habría sido solicitado anteriormente; empero, se constata que parte esencial de la problemática planteada en instancia recursiva es determinar si el GAMLP puede establecer el cumplimiento de las obligaciones tributarias aspecto de dentro debe ser analizado con cautela por la AIT, verificando si este aspecto está dentro de su competencia y actuando en consecuencia.

Conforme a lo establecido precedentemente queda establecido que la Resolución de Alzada así como la Resolución Jerárquica no cumplen con lo establecido en el art. 211 del CTB, vulnerando de esta forma lo establecido en el inc. 5) y el inc. 6) del artículo 68 del CTB, violentando los derechos del sujeto pasivo, con lo que es pasible a lo dispuesto en el parágrafo I del art. 36 de la Ley N°2341, debiendo en consecuencia anularse obrados hasta el vicio más antiguo, esto es inclusive hasta la Resolución de Alzada ARIT-LPZ/RA 0253/2014 de 24 de marzo, en consideración a la normativa legal establecida, encontrándose lo expuesto dentro la presente Sentencia conforme a la línea establecida por las Sentencias N°517/ 2017 de 12 de julio; N°584/2018 de 12 de julio; 34/2018 de 31 de enero, por lo cual corresponde que en instancia de impugnación administrativa se debe revisar la prueba documental presentada por el sujeto pasivo eliminando formalismos excesivos y aplicando de forma amplia la sana critica establecido en el art. 81 del CTB, esto permitiendo la amplitud probatoria señalada en el art. 215 del mismo cuerpo legal, aplicando en caso de ser necesario las facultades establecidas en el art. 210 CTB con la finalidad de comprobar la verdad material.

VI. DE LOS ASPECTOS DE FONDO.

Conforme a lo establecido anteriormente y al existir vicios de nulidad identificados dentro el procedimiento de impugnación administrativa ya no corresponde ingresar a verificar los aspectos de fondo referidos.

VII. Conclusiones.

Consiguientemente en el marco de la fundamentación jurídica precedente considerado, de las pretensiones deducidas en la demanda y la contestación, se establece que:

La Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0870/2014 de 13 de junio, fue emitida desconociendo la aplicación normativa legal citada, puesto que la AGIT no efectuó una correcta y precisa aplicación del artículo 81 del CTB y de los principios establecidos en el inc. d) y n) de la LPA, al limitarse a una interpretación superficial de las normas jurídicas; por lo tanto existe fundamento legal que motivan anular la Resolución Jerárquica inclusive la Resolución de Alzada ARIT-LPZ/RA 0253/2014, debiendo valorarse la prueba presentada por el recurrente y pronunciarse sobre todos los puntos impugnados.

Asimismo, se advirtió la ausencia de pronunciamiento sobre el límite de jurisdicción del Gobierno Municipal de La Paz reclamada por el contribuyente, aspecto que también debe ser resuelto de forma oportuna por la Autoridad de Impugnación Tributaria.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución conferida en los arts. 778 y 781 del CPC-1975, falla en única instancia declarando PROBADA en parte la demanda de fs. 245 a 264, interpuesta por Vladimir Giovanni Arellano García en calidad de apoderado de Bertha Vilma use Kempff de Urioste, en consecuencia se deja sin efecto la Resolución Jerárquica AGITRJ 0870/2014 de 13 de junio así como la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-LPZ/RA 0253/2014 de 24 de marzo, debiendo emitirse nueva resolución de Alzada conforme los fundamentos expuestos en el presente fallo.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Edwin Aguayo Arando

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez.

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

2

Gerencia Distrital Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fojas 56 a 60, interpuesta por Mayra Ninoshka Mercado Michel, en su calidad de representante legal de Servicio de Impuestos Nacionales impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1751/2013 de 23 de septiembre de (fojas 34 a 45 y vuelta) interpuesta por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), el memorial de contestación de fojas 79 a 83, la réplica de fojas 87 a 88 (repetido a fojas 89 a 90), la dúplica de fs. 93 y vta, apersonamiento del tercero interesado de fs. 159 a 161 y vta., los antecedentes procesales y de emisión de la resolución impugnada.

I: CONTENIDO DE LA DEMANDA.

Que, Mayra Ninoshka Mercado Michel, en su calidad de representante legal del Servicio de Impuestos Nacionales, en virtud a la Resolución Administrativa N°03-0466-12 de 10 de octubre de 2012 (fojas 54 a 55), se apersonó por memorial de fojas 56 a 60, manifestando que al amparo de los artículos 70 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, 778 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aplicables supletoriamente en materia tributaria por disposición del art. 74 numeral 2 de la Ley 2492 y en mérito a la Sentencia Constitucional N°0090/2006 de 17 de febrero de 2012, interpone Demanda Contenciosa Administrativa a objeto de que se emita Sentencia, revocando totalmente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1751/2013 de 23 de septiembre de 2013 y se declare firme y subsistente en su totalidad la Resolución Determinativa N°17-0001809-12 de 28 de diciembre de 2012. Mencionados los antecedentes desarrollados en sede administrativa, expresa los siguientes fundamentos:

1.- Errónea admisión del Recurso de Alzada y Jerárquico por parte de la Autoridad de Impugnación Tributaria. Aduce, que la Autoridad de Impugnación Tributaria, al sustanciar su Resolución de Alzada y Jerárquica, basada en el art. 198 de la Ley 3092, establece los requisitos esenciales de presentación de un Recurso de Alzada y Jerárquico, en razón del principio de informalismo contemplado en el art. 4 inc. l) de la Ley 2341 (LPA), aplicable en virtud del art. 201 de la Ley 3092, misma que debe interpretarse siempre a favor del interesado o administrado. Asimismo, refiere que el art. 35 de la Ley 2492 (CTB), señala que los derechos y obligaciones del sujeto pasivo fallecido serán ejercidos por el heredero universal. Argumentando, además, que los arts. 1287 y 1289 del Código Civil, establecen que los documentos públicos extendidos por funcionario público, respecto a la convención que

contiene y a los hechos de los cuales deja constancia, hace plena fe, tanto entre las partes otorgantes como entre los herederos; por lo cual admitió a Cerafina Moho Moscoso, en su calidad de viuda, como recurrente.

Al respecto, la Administración Tributaria señala que, en ningún momento se puso en tela de juicio el certificado de defunción; sino la representación de la Sra. Cerafina Moho Moscoso, al no presentar el documento idóneo para interponer el Recurso de Alzada, conforme el art. 198 de la Ley 3092, derecho que solo puede ser reconocido públicamente mediante la Declaratoria de Herederos. Sin embargo, la AIT Regional Santa Cruz, considera su presentación, como un mero requisito de forma que puede ser obviado.

Señala que en este caso y si bien conforme el art. 1025 del Código Civil una aceptación tácita sería realizar uno o más actos en su condición de herederos, el mismo cuerpo legal en el art. 1028 establece cuales son aquellos actos que no importan una aceptación expresa; entre los cuales no encuadra el acto realizado por la Sra. Cerafina Moho Moscoso, al interponer Recurso de Alzada y Jerárquico. Sin embargo, la AGIT admitió los recursos interpuestos no solo vulnerando requisitos fundamentales de forma, para la presentación del recurso, sino también fundamentando su posición en el supuesto interés legítimo de la heredera de asumir las obligaciones tributarias. En ese sentido, arribó a la firme conclusión de que la Sra. Cerafina Mollo Moscoso, no está legitimada para interponer el Recurso de Alzada y el Recurso Jerárquico, toda vez que no acreditó la declaración de heredera del contribuyente fallecido PAULINO FLORES FLORES.

2.- De las multas impuestas en el procedimiento de determinación.

La AGIT señaló que las multas impuestas en el procedimiento de determinación, no corresponden que sean trasladadas a los sucesores, en aplicación a lo dispuesto en el art. 35 num. II de la Ley 2492. Al respecto, manifiesta que el Código Tributario Boliviano a través de su art. 35 (Sucesores de las Personas Naturales a Título Universal), en su parágrafo I, establece que los derechos y obligaciones del sujeto pasivo y el tercero responsable fallecido serán ejercitados o en su caso, cumplidos por el heredero universal sin perjuicio de que éste pueda acogerse al beneficio de inventario.

Considera que realizando una interpretación extensiva y sistemática de la norma tributaria, es evidente que el CTB, estableció una serie de obligaciones que deben ser cumplidas tanto por el contribuyente y en su caso por los causa-habientes del mismo, obviamente cuando este ha fallecido; es así que en obrados se observa claramente la mala fe en la que incurrieron los causahabientes, en razón a que estos a pesar de que la Administración Tributaria, procedió con las notificaciones de Ley, que se fueron produciendo durante el procedimiento de determinación, en ningún momento comunicaron formalmente a la Administración Tributaria, el fallecimiento del contribuyente.

Al respecto, resalta que toda persona que actúe en representación de un sujeto pasivo responde no solo por derechos que le asisten, sino también por las obligaciones, que son inherentes al contribuyente y por ende para sus representantes, entre las cuales se encuentra el comunicar cualquier modificación en la situación tributaria del contribuyente, por tanto, no es correcto eximir del pago de la sanción a los herederos de PAULINO FLORES FLORES, cuando estos no han cumplido con las obligaciones tributarias que tienen desde el fallecimiento del contribuyente.

3.- Aplicación del art. 35 numeral I de la Ley 2492 y de lo establecido en el Decreto Supremo 21789. La AGIT al fundamentar su Resolución de Recurso Jerárquico, manifestó que la Administración Tributaria no cumplió con lo establecido por el art. 35 num. I de la Ley 2492, toda vez que la administración Tributaria debió dirigir el procedimiento de determinación, contra los herederos del contribuyente PAULINO FLORES FLORES.

Señala, que para realizar un análisis profundo de la decisión adoptada por la AGIT, se debe considerar lo dispuesto por el art. 35 num. I del CTB, el cual dispone: "Artículo 35 (Sucesores de las Personas Naturales a Título Universal) I. Los derechos y obligaciones del sujeto pasivo y el tercero responsable fallecido serán ejercitados o en su caso, cumplidos por el heredero universal sin perjuicio de que éste pueda acogerse al beneficio de inventario." Puesto en consideración el artículo en el cual se funda la AGIT para dictar su Resolución de Recurso Jerárquico; refiere que la norma en ningún momento establece que cuando fallezca el sujeto pasivo, la Administración Tributaria deberá dirigir sus actos contra los herederos del mismo, a su vez se debe entender por qué la normativa no ha dispuesto que los actos de la Administración Tributaria sean dirigidos a los herederos, esto se debe a lo establecido claramente en el citado art. 35 num. I de la Ley 2492, en este entendido no existe un argumento válido para que la AGIT manifieste que se debe anular el procedimiento y dirigir el mismo contra los herederos, y prueba de que no existe un fundamento legal válido para ello, es que la AGIT simplemente menciona un artículo y por otra parte no se cita ningún otro artículo que establezca lo señalado; en resumen manifiesta que ni en la Ley 2492, 843 u otra norma de directorio vigente establece que se debe re-direccionar el procedimiento determinativo contra los sucesores.

Asimismo, señala que de acuerdo a lo establecido por el art. 26 (Deudores Solidarios) de la Ley 2492: "I. Están solidariamente obligados aquellos sujetos pasivos respecto de los cuales se verifique un mismo hecho generador, salvo que la Ley especial dispusiere lo contrario. En los demás casos la solidaridad debe ser establecida expresamente por Ley". Que de acuerdo a la normativa tributaria referida, la obligación tributaria en este caso tiene un carácter solidario, por lo que considera que están solidariamente obligados a cumplir con las obligaciones tributarias todos los herederos del fallecido contribuyente PAULINO FLORES FLORES, en este sentido, no solo no existe una norma que regule lo establecido por la AGIT sino que la obligación debe ser cumplida por todos los herederos, bajo esta razón no hay sentido a dirigir el procedimiento de determinación contra los herederos, si de todas maneras la ley les obliga a todos a cumplir con la obligación tributaria.

4.- De lo establecido en el Decreto supremo 21789. La AGIT sostiene que la Administración Tributaria el día viernes 19 de agosto de 2011, tomó conocimiento del fallecimiento del contribuyente Paulino Flores Flores, ya que el juez que conoció el proceso de declaratoria de herederos, dispuso la notificación al SIN, en aplicación del Decreto Supremo 21789.

Al respecto, manifiesta que el hecho de que la Administración Tributaria conozca del fallecimiento de un contribuyente no hace que la misma deba dirigir sus procedimientos de determinación o sancionatorios contra los herederos, sin embargo y haciendo referencia al D.S. 21789 en el cual se ampara la AGIT para argumentar que el SIN conocía del proceso de declaratoria de herederos, manifiesta que dicho D.S., reglamenta el impuesto a las sucesiones y a la transmisión gratuita de bienes y reglamenta en su art. 12, que para el pago de estos impuestos se deberá notificar al Gerente Regional del Servicio de Impuestos

Internos y esta diligencia deberá estar firmada por el jefe respectivo. En este sentido y como claramente lo sabe la AGIT, dicha notificación de la demanda de declaratoria de herederos fue sentada en el tablero judicial y por tanto no fue notificada personalmente al SIN y menos aún a su gerente, por otra parte, tampoco se cumplió lo dispuesto por los arts. 120 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que establecen que toda notificación con una demanda se debe realizar de forma personal.

Sostiene que el argumento de la AGIT, en el cual establece que se debe anular el proceso y dirigir el procedimiento de determinación contra los herederos de PAULINO FLORES FLORES, en aplicación de lo establecido por el art. 35 num. I del CTB; es carente de todo fundamento y veracidad legal toda vez que como explicamos en el memorial dicho artículo no hace para nada referencia a lo fallado por la AGIT y es mas no existe ninguna norma legal que establezca que ante el fallecimiento del sujeto pasivo se debe dirigir la determinación contra los herederos, en este sentido es evidente que el fallo de la AGIT es ilegal y contrario a las normas legales.

PETITORIO

Solicita a este máximo Tribunal, dicte Sentencia declarando PROBADA la Demanda Contenciosa Administrativa, en consecuencia, se resuelva REVOCAR TOTALMENTE la Resolución del Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1751/2013 de 23 de septiembre de 2013, emitida por el Director Ejecutivo General interino de la AGIT, luego de los trámites procesales de ley declare Firme y Subsistente la Resolución Determinativa N°17 -0001809-12 de 28 de diciembre de 2012.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Que, se admitió la demanda contenciosa administrativa en la vía ordinaria de puro derecho, corriéndose en traslado a la autoridad demandada para que responda en el término de ley más el que corresponda en razón de la distancia, ordenando asimismo que remita los antecedentes que dieron lugar a la emisión de la resolución impugnada. Por otra parte, a efecto de la citación y emplazamiento a la autoridad demandada, se ordenó que la misma sea citada mediante provisión citatoria, cuyo cumplimiento se encomendó a la Presidencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

Asimismo, se dispuso se cite con la demanda al tercero interesado Paulino Flores Flores, en el domicilio señalado, sea mediante orden instruida, comisionando su diligenciamiento al Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, debiendo dar cumplimiento a los arts. 117 y 94 del Código Procesal Civil, a efecto que se apersone al proceso a asumir defensa, si así considera conveniente.

Presentado el memorial de contestación a la demanda de fojas 79 a 83, se tuvo apersonado a Daney David Valdivia Coria, en representación de la Autoridad General de Impugnación Tributaria, en virtud a la Resolución Suprema N°10933 de 7 de noviembre de 2013 (fs. 77) y teniéndose por respondida la demanda, se corrió traslado a la entidad demandante para la réplica.

En el memorial de contestación negativa a la demanda, la autoridad demandada señaló que la resolución impugnada se encuentra plena y claramente respaldada en sus fundamentos técnico-jurídicos; y que no obstante cabe desvirtuar los argumentos de la demanda de la siguiente manera:

1.- Sobre el supuesto de errónea admisión del Recurso de Alzada y Jerárquico, se tiene que el 11 de enero de 2013 y subsanación de 30 de enero de 2013, Cerafina Moho Moscoso, presenta Recurso de Alzada, adjuntando en originales: Certificado de Defunción de Paulino Flores Flores, con fecha de fallecimiento de 17 de julio de 2011; Certificado de Matrimonio entre Paulino Flores Flores y Cerafina Moho Moscoso y la Resolución Determinativa N°17-0001809-12. Así también, en el término de prueba de la instancia de alzada, ofrece en calidad de pruebas: fotocopias simples del testimonio de algunas piezas principales del expediente original, relativo a la Declaratoria de Herederos, seguido por Cerafina Moho Moscoso y otros contra Impuestos Internos, es decir que se demuestra que existen indicios que denotan la existencia de un proceso de Declaratoria de Herederos; en ese sentido, en virtud al principio de oficialidad, previsto en numeral 1 del art. 200 de la Ley 3092 del CTB, de conformidad a lo establecido en el parágrafo I del art. 210 de la misma Ley, se solicitó al Juzgado 7mo. de Instrucción en lo Civil y Comercial del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, la certificación concerniente a la emisión del Testimonio de algunas piezas principales relativas al mencionado proceso de declaratoria de herederos, y si cursa la diligencia de notificación de 19 de agosto de 2011 al Jefe Regional de Impuestos Nacionales transcrito en el referido testimonio. El referido juzgado emitió la correspondiente certificación de 29 de agosto de 2013, documento que evidencia que Cerafina Moho Moscoso, al haber sido declarada Heredera Forzosa de Paulino Flores Flores, tiene interés legítimo para la interposición de los recursos administrativos previstos en el CTB. Toda vez que al momento de presentación del Recurso de Alzada, conforme lo previsto en los arts. 1000, 1003 y 1025, Parágrafo III del Código Civil y 35 de la Ley N°2492 CTB, la viuda se apersonó demostrando el fallecimiento del contribuyente y manifestó su intención de cubrir las obligaciones del mismo; es decir que a tiempo de ejercer su derecho como sucesora, también expresó su predisposición de cubrir las obligaciones susceptibles de ser sucedidas al haber sido declarada heredera del contribuyente fallecido.

2.- Respecto a las multas impuestas en el procedimiento, se debe resaltar que de acuerdo a Reporte "consulta de padrón", Paulino Flores Flores, se inscribió en el padrón de contribuyente el 5 de abril de 1995, como tipo de contribuyente PERSONA NATURAL, no registró un representante legal, motivo por el cual correspondía efectuar las notificaciones a nombre del contribuyente titular del NIT, conforme el numeral 8 del art. 68 de la Ley 2492 CTB; es derecho del sujeto pasivo el ser informado al inicio y conclusión de la fiscalización tributaria, acerca de la naturaleza y alcance de la misma, así como sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones, salvo el caso de fallecimiento del sujeto pasivo, el heredero es quien debe ejercitar los derechos del fallecido y cumplir sus obligaciones, conforme las previsiones del art. 35 de la Ley 2492 CTB, que establece que no son transmisibles las sanciones, excepto las que estuvieran ejecutoriadas antes del fallecimiento del causante.

Asimismo, conforme al Certificado de defunción original adjuntado al Recuro de Alzada, se registra la fecha de fallecimiento el 17 de julio de 2011; por otro lado, la Orden de Verificación N°00110VI03459 Form. 7520 de 14 de noviembre de 2011, emitida a nombre de Paulino Flores Flores, fue notificada por cédula a dicho contribuyente el 9 de mayo de 2012. Posteriormente, la Administración Tributaria emite y notifica la Vista de Cargo N°23-0002014 de 20 de noviembre de 2012, que comunica la liquidación preliminar y consolida las Actas por Contravenciones Tributarias vinculadas al Proceso de Determinación N°54378, 54379, 54380 y 54381, que consignan el incumplimiento al deber formal de registro de notas fiscales en el

Libro de Compras IVA del contribuyente en los períodos julio, agosto, noviembre y diciembre de 2008 y la N°54603 que establece el incumplimiento al deber formal de entrega de toda la información y documentación requerida por la Administración Tributaria durante la ejecución de los procedimientos de fiscalización, verificación, control e investigación en los plazos, formas, medios y lugares establecidos. Luego se emite la Resolución Determinativa N°17-0001809-12 de 28 de diciembre de 2012, notificada el 31 de diciembre de 2012 que determina la deuda tributaria e incluye la sanción por Omisión de Pago, de lo que se evidencia que las multas por incumplimiento de DEBERES FORMALES registradas en las actas por Contravenciones Tributarias vinculadas al proceso de Determinación N°54378, 54379, 54380, 54603, así como la sanción por Omisión de Pago, fueron impuestas por la Administración Tributaria el 31 de diciembre de 2012, con la notificación de la Resolución Determinativa N°17-0001809-12, de 28 de diciembre de 2012; es decir que dichas multas no se encontraban ejecutoriadas antes del fallecimiento del causante, porque conforme lo previsto en el Parágrafo II del art. 35 de la Ley N°2492 CTB, no procede que las mismas sean transmitidas a los sucesores, concluyendo que la Administración Tributaria, recién impuso las multas emergentes de las contravenciones detectadas en el curso de la verificación, siendo que estas no son transmisibles, excepto las que hubieran estado ejecutoriadas antes del fallecimiento del causante, dichas multas no pueden ser exigibles a los sucesores, como pretende la Administración Tributaria.

Aclara que, la Administración Tributaria tomó conocimiento del fallecimiento del contribuyente el día viernes 19 de agosto de 2011, es decir en fecha anterior a la emisión y notificación de la Orden de Verificación N°00110VI03459, Form. 7520 de 14 de noviembre de 2011, notificada el 9 de mayo de 2012; sin embargo pese a ser de su conocimiento el fallecimiento de Paulino Flores Flores, la Administración Tributaria, emitió la Orden de Verificación mencionada, el 14 de noviembre de 2011, pretendiendo comunicar al contribuyente fallecido que será objeto de un proceso de determinación, a quien practicó la notificación por cédula el 9 de mayo de 2012, siendo que conforme la declaratoria de herederos y diligencia de notificación efectuada por el Juzgado 7mo de Instrucción en lo Civil y Comercial de Santa Cruz, correspondía que emita la Orden de Verificación a nombre de los causahabientes y se notifique a los mismos, a fin de que puedan asumir defensa respecto del proceso, no correspondiendo considerar válida una notificación por cédula a un contribuyente cuyo deceso fue de conocimiento de la Administración Tributaria, con anterioridad al inicio del proceso.

3.- Si bien los herederos del fallecido recibieron los avisos de visita y la notificación mediante cédula con las actuaciones de la Administración Tributaria, no es menos cierto que los actos no estuvieron dirigidos a éstos, que en calidad de herederos deben asumir las obligaciones y ejercer los derechos dentro del proceso llevado a cabo por la Administración Tributaria, según lo dispuesto por el Parágrafo I del art. 35 de la Ley 2492 CTB, porque al evidenciarse que el proceso determinativo no fue llevado a cabo contra los herederos de Paulino Flores Flores, pese a ser de conocimiento de la Administración Tributaria este hecho; en resguardo del debido proceso y el derecho a la defensa previstos por los arts. 115, parágrafo II de la CPE y 68 num. 6 y 8 de la Ley 2492 CTB, corresponde anular la Resolución de Alzada, hasta la emisión de la Orden de Verificación inclusive, a fin de que la AT identifique como sujetos pasivos de la verificación a los herederos del contribuyente fallecido, en aplicación del parágrafo I del art. 35 de la Ley N°2492 CTB.

Concluye señalando que los argumentos del demandante no son evidentes, de modo que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1751/2013 de 23 de septiembre de 2013, fue dictada en estricta sujeción a lo solicitado por las partes, los antecedentes del proceso y la normativa aplicable al caso, ratificándose en todos y cada uno de los fundamentos de la Resolución Jerárquica impugnada, arguyendo que la endeble demanda contencioso administrativa, carece de sustento jurídico tributario, en evidencia que no existe agravio ni lesión de derechos que se le hubiere causado con la Resolución ahora impugnada.

PETITORIO.

Solicita, se declare IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa, interpuesta por la Gerencia Distrital Santa Cruz del SIN, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1751/2013 de 23 de septiembre de 2013.

III.- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

Continuando con el trámite del proceso, la entidad demandante, hizo uso de su derecho a la réplica, así como la entidad demandada planteó el memorial de dúplica correspondiente, siendo el estado de la causa y no habiendo más que tramitar, se decretó "autos para sentencia". Que, el procedimiento Contencioso Administrativo, constituye una garantía formal que beneficia al sujeto administrado en el ejercicio del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos, logrando el restablecimiento de los derechos lesionados con la interposición del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa.

En este marco legal, el artículo 778 del Código de Procedimiento Civil, establece que "El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado".

Que, así establecida la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, en relación con los artículos 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, reconocida la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena para la resolución de la controversia, por la naturaleza del procedimiento contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, cuyo objeto es conceder o negar la tutela solicitada por la demandante, teniéndose presente que el trámite en la fase administrativa se agotó en todas sus instancias con la resolución del recurso jerárquico, corresponde a este Tribunal Supremo de Justicia analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por la parte demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

En el desarrollo del proceso en sede administrativa, se cumplieron las siguientes fases, hasta su agotamiento, de cuya revisión se evidencia:

1.- Que el 9 de mayo de 2012, la Administración Tributaria, mediante cédula notificó a Paulino Flores Flores con la Orden de Verificación N°00110VI03459 Form. 7520 de 14 de noviembre de 2011, que comprendía: Impuesto al Valor Agregado derivado de la verificación del crédito fiscal contenido en las facturas declaradas por el contribuyente en anexo adjunto, de los períodos julio, agosto, noviembre y diciembre de 2008. Asimismo, se requirió la

siguiente documentación original: a) Declaraciones Juradas de los períodos observados (Form. 200 o 210), b) Libro de Compras, c) Facturas de compras originales, d) Medio de pago de las facturas observadas, e) Otra documentación que el fiscalizador solicite durante el proceso para verificar las transacciones que respalden las facturas observadas cursantes a fs. 4 a 14 de antecedentes administrativos (Anexo 2).

2.- El 16 de mayo de 2012, Liliana Flores Mollo (hija de Paulino Flores Flores), mediante nota, solicita ampliación de plazo para la entrega de la información requerida mediante Orden de Verificación N°001 10V13459; dicha solicitud fue el 29 de mayo de 2012, por providencia N° 24-0000570-12 de 29 de mayo de 2012, que otorga 2 días hábiles adicionales según antecedentes administrativos de fs. 17 y 20 (Anexo 2). Según Acta de Recepción de documentos, el 21 de mayo la hija del contribuyente presenta: a) DDJJ F-200 fs.4, b) Libro de Compras, c) Notas Fiscales fs. 265, de los períodos de julio, agosto, noviembre y diciembre de 2008, fs. 21, de antecedentes administrativos (Anexo 2).

3.- La Administración Tributaria, el 15 de noviembre de 2012, labró las Actas por Contravenciones Tributarias Vinculadas al Procedimiento de determinación N°54378, 54379, 54380 y 54381, registrando el incumplimiento al deber formal de registro de Notas Fiscales en su Libro de compras IVA en los períodos julio, agosto, noviembre y diciembre de 2008, en infracción a lo establecido en el inc. a) del punto 3 del Parágrafo II del art. 47 de la RND N°10-0016-07, sancionado con una multa de 500 UFV por cada Acta, de acuerdo al sub-numeral 3.2 del anexo A de la RND N°10-0037-07, fs. 230-233 de antecedentes administrativos (Anexo 2).

4.- El 20 de noviembre de 2012, la Administración Tributaria emitió el Acta por contravenciones Tributarias Vinculadas al Proceso de Determinación N°54603 que registra el incumplimiento al deber formal de entrega de toda la información y documentación requerida por la Administración Tributaria durante la ejecución de los procedimientos de fiscalización, verificación, control e investigación en los plazos, formas, medios y lugares establecidos, en infracción de los numerales 6, 8 y 11 del art. 70 de la Ley N°2492 CTB y señala la sanción de 1.500 UFV de acuerdo al sub-numeral 4.1 del Anexo A de la RND N° 10-0037-07, fs. 234 de antecedentes administrativos (Anexo 2).

5.- La Administración Tributaria, el 20 de noviembre de 2012, emitió el Informe Final CITE: SIN/GDSCZ/DF/INF/3684/2012, en el cual indica que como resultado de la verificación de la documentación presentada por el contribuyente y las ventas informadas por los proveedores mediante software Da Vinci LCV y la información existente en el SIRAT y en módulos GAUSS, estableció: Notas fiscales no dosificadas, Notas fiscales con información diferente a la declarada por los proveedores, las cuales son inválidas para el cómputo de crédito fiscal, por lo que estableció una deuda tributaria total de 308.142,02 UFV, que incluye tributo omitido, interés, sanción por Omisión de Pago y Multas por Incumplimiento de Deberes Formales, fs. 236 a 246 de antecedentes administrativos (Anexo 2)

6.- La Administración Tributaria, notificó mediante cédula a Paulino Flores Flores, el 27 de noviembre de 2012, con la Vista de Cargo N°23-0002014-12 de 20 de noviembre de 2012, en base a las diferencias observadas en el Form. 7520 de la Orden de Verificación 00110VI03459, estableció el uso indebido del crédito fiscal, por lo que procedió a depurar el crédito fiscal contenido en las facturas de compras, en aplicación de los arts. 5, 8 y 15 de la Ley 843 TO, consolidó las Multas por Incumplimiento de Deberes Formales y estableció una liquidación preliminar de la deuda tributaria de 308.142,02 UFV, que incluye Tributo Omitido,

interés, sanción por Omisión de Pago y Multas por Incumplimiento de Deberes Formales. Asimismo, otorga el plazo de 30 días calendario para la presentación de descargo o el pago de la deuda determinada, fs. 258 a 271 de antecedentes administrativos (Anexo 2).

7.- El 28 de noviembre de 2012, la Administración Tributaria, emitió el Informe de Conclusiones CITE: SIN/GDSCZ/DF/VI/INF/4473/2012, en el cual indica que vencido el plazo otorgado y a la fecha de emisión de dicho informe, el contribuyente no conformó las diferencias establecidas en la Vista de Cargo, ni presentó descargo válido alguno, por lo que recomienda ratificar los reparos establecidos y la calificación preliminar de la conducta, fs. 273 a 274 de antecedentes administrativos (Anexo 2).

8.- La Administración Tributaria, el 31 de diciembre de 2012, notificó mediante cédula a Paulino Flores Flores con la Resolución Administrativa N°17-0001809-12 de 28 de diciembre de 2012, mediante la cual resolvió determinar de oficio, la obligación impositiva del contribuyente por un monto total de 307.778,61 UFV que incluyen tributo omitido, mantenimiento de valor, interés, multa por contravención tributaria de omisión de pago y multa por incumplimiento de deberes formales correspondientes al IVA resultante de la verificación específica de las facturas observadas según Orden de Verificación N°001 10V103459 de los períodos julio, agosto, noviembre y diciembre de 2008; asimismo, calificó la conducta del contribuyente como OMISIÓN DE PAGO por adecuarse a lo establecido en el art. 165 de la Ley N°2492 CTB, e impuso la sanción del 100% del tributo omitido fs. 949 a 962 de antecedentes administrativos (Anexo 4).

9.- Que, Cerafina Mollo Moscoso, en su calidad de viuda de Paulino Flores Flores, por memorial de fs. 13 a 14 y 17 del expediente administrativo, se apersonó ante la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria de Santa Cruz e interpuso Recurso de Alzada impugnando Resolución Determinativa N°17-0001809-12 de 28 de diciembre de 2012, emitida por la Gerencia Distrital de Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), que fue resuelto por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria de Santa Cruz, que emitió la Resolución del Recurso de Alzada ARIT-SCZ/RA 0314 / 2013 de 3 de mayo (fojas 23 a 33 y vta.), misma que resolvió: REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Determinativa N°17-0001809-12 de 28 de diciembre de 2012 emitida por la Gerencia Distrital de Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN) de acuerdo con los fundamentos técnico-jurídicos y al art. 212, inc. a) de la Ley 3092 CTB, en ese entendido de acuerdo a la nueva liquidación establecida, determina una deuda tributaria de UFVs 180.857,92 correspondientes al tributo omitido e intereses.

10.- Que, contra la resolución de alzada, tanto la Administración Tributaria y Cerafina Moho Moscoso, interpusieron recursos jerárquicos (fojas 94 a 96, 116 a 118 y 121 a 123 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), los cuales fueron resueltos por la Autoridad General de Impugnación Tributaria a través de la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1751/2013 de 23 de septiembre (fojas 34 a 45 expediente de la demanda contenciosa administrativa y fojas 146 a 157 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), misma que anuló la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-SCZ/RA 0314/2013 de 3 de mayo, con reposición de obrados hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la emisión de la Orden de Verificación, inclusive, a fin de que la Administración Tributaria identifique en la misma como sujetos pasivos a los herederos de Paulino Flores Flores, según lo dispuesto por el parágrafo I del art. 35 de la Ley 2492 CTB, y conforme lo previsto en el inc. c), parágrafo I, art. 212 de la Ley N°3092 CTB.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

Expuestos los antecedentes administrativos e ingresando a efectuar el control de legalidad sobre la aplicación de la ley, se establece:

Que el motivo de la litis dentro del presente proceso, tiene relación con las supuestas vulneraciones que se hubieran producido por la Autoridad Jerárquica, al pronunciar la resolución hoy impugnada, de acuerdo el siguiente supuesto:

- La AGIT resolvió la nulidad de obrados, amparada en el D.S. N°21789, bajo el argumento de que la Administración Tributaria, tenía conocimiento del proceso de declaratoria de herederos; y que debía dirigir el procedimiento de determinación contra los herederos de PAULINO FLORES FLORES, en aplicación de lo establecido por el art. 35 parágrafo I de la Ley 2492 CTB.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Que teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, que reviste las características de juicio ordinario de puro derecho, cuyo conocimiento y resolución de la controversia en única instancia, es de competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena, por mandato del art. 6 de la Ley N°620 de 31 de diciembre de 2014, en concordancia con los arts. 778 a 781 del Código de Procedimiento Civil, siendo el objeto de acuerdo a las circunstancias del reclamo conceder si corresponde, o negar la tutela solicitada por los demandantes.

La Constitución Política del Estado, en sus artículos 115-II y 117-I, reconoce y garantiza la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella, en ese contexto constitucional, la jurisprudencia establecida por este tribunal ha señalado que, el debido proceso es el derecho de toda persona a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

El derecho al debido proceso no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe observarse, así lo tiene previsto el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) N°2341, que prevé que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. En ese entendimiento, la exigencia de motivación y fundamentación de las resoluciones es también una obligación de las autoridades administrativas en la emisión de sus fallos.

El artículo 74 de la Ley N°2492, establece que los procedimientos tributarios se sujetarán a los principios constitucionales de naturaleza tributaria, con arreglo a las ramas específicas del derecho, siempre que se avengan a la naturaleza y fines de la materia tributaria, así como en los principios del derecho administrativo previstos en dicho código y solo a falta expresa se aplicarán supletoriamente las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo y demás normas en materia administrativa.

El artículo 180 de la Constitución Política del Estado, prevé que la jurisdicción ordinaria se fundamenta, entre otros, en el principio de verdad material; por su parte, el artículo 4 de la Ley N°2341, de Procedimiento Administrativo, hace referencia al principio de oficialidad o de impulso de oficio y que la finalidad de dichos recursos es el establecimiento de la verdad material sobre los hechos.

A efectos de análisis de la presente problemática sometida ante la jurisdicción contenciosa administrativa, resulta necesario referirnos a uno de los principios más importantes inherentes a la administración de justicia, como es el principio de verdad material, según el cual la autoridad judicial o administrativa al momento de resolver una controversia sometida a su competencia y aplicar su sana crítica, debe verificar plenamente los hechos en los que motiva y fundamenta sus decisiones, y para ello debe valorar todos los medios probatorios ofrecidos o que constan en antecedentes e inclusive, cuando resulten insuficientes, recabar los necesarios a efectos de averiguación de la verdad objetiva de lo acontecido y consolidación del valor justica a momento de aplicar la normativa pertinente al caso concreto.

El tratadista Juan Carlos Cassagne manifiesta: "...En el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado. De esta manera, el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes". (Derecho Administrativo II Abeledo-Perrot- Buenos Aires Argentina, pág. 321).

Resulta también necesario referirnos al contenido de los artículos 105 y 106 del Código Procesal Civil, que determinan que ningún acto o trámite será declarado nulo si la nulidad no estuviere expresamente determinada por la ley, además, que el acto es inválido cuando carece de requisitos formales indispensables para la obtención de su fin y que será válido cuando a pesar de su irregularidad, con él se cumpla el objeto procesal al que estaba destinado, salvo en caso de existir indefensión; de ello se infiere que la nulidad de oficio se encuentra vinculada a las infracciones que interesan al orden público en resguardo del derecho al debido proceso en todos sus elementos configurativos, tales como el derecho a la defensa y a la motivación y fundamentación de las resoluciones; en ese mismo sentido, dispone el artículo 36 de la Ley N°2341.

Razón por la que con dicha normativa, resulta inviable la nulidad por la nulidad misma, y exige a las autoridades que tienen a su cargo la solución de una controversia, realizar un análisis con base a los principios rectores del proceso; en consecuencia, en caso de no verificar la existencia de una situación de orden público o indefensión, la nulidad de las actuaciones procesales no tendrá sustento legal.

En ese entendido, en el caso concreto Respecto a la nulidad de obrados dispuesta por la AGIT, en el marco de las normas citadas, se ingresa a realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por la instancia administrativa. De la revisión de antecedentes técnico-jurídicos, se evidencia que:

1.- Con relación a la supuesta errónea admisión del Recurso de Alzada y Jerárquico por parte de la Autoridad de Impugnación Tributaria, la Administración Tributaria, concluyó que la Sra. Cerafina Mollo Moscoso, no estaba legitimada para interponer el Recurso de Alzada y el Recurso Jerárquico, toda vez que no acreditó la declaración de herederos del contribuyente fallecido PAULINO FLORES FLORES. Del examen de antecedentes, se evidencia que el 11 de enero de 2013 y sub sanación de 30 de enero de 2013, Cerafina Mollo

Moscoso, en la presentación del recurso de alzada adjunta en originales: Certificado de Defunción a nombre de Paulino Flores Flores, que registra como fecha de fallecimiento el 17 de julio de 2011; Certificado de Matrimonio entre Paulino Flores Flores y Cerafina Mollo Moscoso, la Resolución Determinativa N°17-0001809-12 y su fotocopia de cédula de identidad, también se advierte que en el periodo de alzada ofrece en calidad de prueba, fotocopias simples del testimonio de algunas piezas principales del proceso de Declaratoria de Herederos seguido por Cerafina Mollo Moscoso y otros, contra Impuestos Internos, aspecto que denota la existencia de un proceso de Declaratoria de Herederos.

En ese contexto, la Administración Regional de Impugnación Tributaria ARIT, en aplicación de los arts. 198 y 201 de la Ley 3092, 4 inc. 1 de la Ley 2341, 35 de la Ley 2492; 1287 y 1289 del Código Civil, admitió el Recurso de Alzada interpuesto por Cerafina Mollo Moscoso, quien se apersonó en su calidad de viuda y en virtud al art. 1025 del Código Civil, la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria, admitió dicho recurso.

Al respecto, conforme amerita se aplicó la disposición contenida en el art. 35 de la Ley 2492, que dispone: "Artículo 35 (Sucesores de las Personas Naturales a Título Universal) I. Los derechos y obligaciones del sujeto pasivo y el tercero responsable fallecido serán ejercitados o en su caso, cumplidos por el heredero universal sin perjuicio de que éste pueda acogerse al beneficio de inventario. De igual manera, corresponde la observancia de las previsiones contenidas en el art. 202 de la Ley 3092 CTB, que establece que se podrán promover los Recursos de Alzada y Jerárquico, las personas naturales o jurídicas cuyos intereses legítimos y directos resulten afectados por el acto administrativo recurrido.

En ese entendido, corresponde desvirtuar el argumento de la Administración Tributaria respecto a que no se habría demostrado el interés legítimo de la viuda del contribuyente, para la interposición de los Recursos de Alzada y Jerárquico, toda vez que al momento de la presentación de dichos recursos, conforme a lo previsto por los arts. 1000, 1003 y 1025, del Código Civil y 35 de la Ley 2492, la viuda se apersonó demostrando el fallecimiento del contribuyente, que de acuerdo a Certificado de Defunción original de Paulino Flores Flores, se registra como fecha de fallecimiento el 17 de julio de 2011.

2.- En cuanto a las multas impuestas en el procedimiento de determinación. Al respecto, la Administración Tributaria, sostiene que toda persona que actúe en representación de un sujeto pasivo, responde no solo por los derechos que le asisten, sino también por las obligaciones, que son inherentes al contribuyente y por ende para sus representantes, entre las cuales se encuentra el comunicar cualquier modificación en la situación tributaria del contribuyente, por tanto, no es correcto eximir del pago de la sanción a los herederos de PAULINO FLORES FLORES, cuando estos no han cumplido con las obligaciones tributarias que tienen desde el fallecimiento del contribuyente.

En lo que concierne a este argumento la AGIT, estableció que las multas impuestas en el procedimiento de determinación, no corresponden que sean trasladadas a los sucesores, en aplicación a lo dispuesto en el art. 35 parágrafo II de la Ley 2492, que taxativamente señala: "...En ningún caso serán transmisibles las sanciones, excepto las multas ejecutoriadas antes del fallecimiento del causante que puedan ser pagadas con el patrimonio de éste". (negrillas agregadas).

De acuerdo con los antecedentes administrativos, amerita resaltar que en el Reporte "consulta de padrón", Paulino Flores Flores, se inscribió en el padrón de contribuyente el 5 de abril de 1995, como tipo de contribuyente PERSONA NATURAL, no registró un representante

legal, motivo por el cual correspondía efectuar las notificaciones a nombre del contribuyente titular del NIT, conforme el numeral 8 del art. 68 de la Ley 2492 CTB; debiendo tomar en cuenta que es derecho del sujeto pasivo el ser informado al inicio y conclusión de la fiscalización tributaria, acerca de la naturaleza y alcance de la misma, así como sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones, salvo el caso de fallecimiento del sujeto pasivo, el heredero es quien debe ejercitar los derechos del fallecido y cumplir sus obligaciones, conforme las previsiones del art. 35 de la Ley 2492 CTB, que establece que no son transmisibles las sanciones, excepto las que estuvieran ejecutoriadas antes del fallecimiento del causante.

También se verifica, que en el Certificado de Defunción de PAULINO FLORES FLORES, como fecha de fallecimiento el 17 de julio de 2011 y la Orden de Verificación N°00110V103459 Form. 7520 de 14 de noviembre de 2011, contra el contribuyente, fue notificada por cédula el 9 de mayo de 2012. Posteriormente la Administración Tributaria emite y notifica la Vista de Cargo N°230002014-12 de 20 de noviembre de 2012, que comunica la liquidación preliminar y consolidada las Actas de Contravenciones Tributarias Vinculadasa1 proceso de Determinación N°54378, 54379, 54380, 54381 y 54603, así como la sanción por Omisión de Pago, impuestas por la Administración Tributaria el 31 de diciembre de 2012, la notificación con la Resolución Administrativa N° 17-0001809-12 de 28 de diciembre de 2012, multas que no se encontraban ejecutoriadas antes del fallecimiento del causante, por lo que conforme a lo previsto en el parágrafo II del art. 35 de la Ley 2492 CTB, no procede que sean éstas transmitidas a los herederos. En ese ntexto, se deduce que la Administración Tributaria, posterior a la fecha de fallecimiento del contribuyente, impuso las multas emergentes de las contravenciones detectadas en el de la verificación, sin tomar en cuenta que éstas no son transmisibles, excepto las que hubieren sido ejecutoriadas antes del fallecimiento del causante, por lo que dichas multas no pueden ser exigibles a los sucesores, como pretende la Administración Tributaria.

3.- Aplicación del art. 35 numeral I de la Ley 2492 y lo establecido en el Decreto Supremo 21789. Es pertinente aclarar que, si los herederos del fallecido recibieron los avisos de visita y la notificación mediante cédula con las actuaciones de la Administración Tributaria, estos actuados no estaban dirigidos a ellos, sino al contribuyente, empero en su calidad de herederos conforme el art. 35 de la Ley 2492 CTB coadyuvaron en el proceso, empero el proceso determinativo no fue llevado a cabo directamente contra los herederos de Paulino Flores Flores, pese a que la Administración Tributaria tenía conocimiento del fallecimiento del contribuyente, emitió la Orden de Verificación el 14 de noviembre de 2011, pretendiendo comunicar a éste que será objeto de un proceso de determinación, habiendo realizado la notificación por cédula el 9 de mayo de 2012, no obstante que la declaratoria de herederos y diligencias de notificación sentada en el Juzgado Séptimo de Instrucción en lo Civil y Comercial de Santa Cruz, revelaron el deceso del contribuyente; por lo que correspondía se emita la Orden de Verificación a nombre de los causahabientes y se notifique a los mismos, a fin de que puedan asumir defensa respecto del proceso, no correspondiendo considerar válida una notificación por cédula a un contribuyente cuyo deceso fue de conocimiento de la Administración Tributaria con anterioridad al inicio del proceso.

En lo inherente a la disposición invocada por la entidad demandante el art. 26 (Deudores Solidarios) de la Ley 2492: "I. Están solidariamente obligados aquellos sujetos pasivos respecto de los cuales se verifique un mismo hecho generador, salvo que la Ley

especial dispusiere lo contrario. En los demás casos la solidaridad debe ser establecida expresamente por Ley".

Asumiendo que la obligación tributaria tendría carácter solidario, y que están solidariamente obligados a cumplir con las obligaciones tributarias todos los herederos del fallecido contribuyente PAULINO FLORES FLORES; corresponde aclarar que en el caso concreto no puede asimilarse la analogía invocada por la Administración Tributaria, toda vez que el contribuyente fue registrado como PERSONA NATURAL ante la Administración Tributaria, en ese sentido la norma invocada no es aplicable al caso.

Con relación al D.S. 21789, dicha norma reglamenta el impuesto a las sucesiones y a la transmisión gratuita de bienes, si bien fue aludida en el fallo de la AGIT, empero no es la base legal principal para determinar la nulidad cuestionada por la Administración Tributaria, por lo que no corresponde mayor consideración a dicho reclamo, siendo ineludible la vulneración del debido proceso en su elemento derecho a la defensa.

Conforme a lo previsto en los arts. 36 de la Ley 2341 (LPA), 55 del D.S. 27113, aplicables en materia tributaria, en virtud al numeral 1, art. 74 de la Ley 2492 CTB, la AGIT, habiendo evidenciado que el proceso determinativo se desarrolló contra el contribuyente fallecido –Paulino Flores Flores- y no así contra sus herederos, no obstante que era de conocimiento de la Administración Tributaria; en resguardo del debido proceso y el derecho a la defensa previstos por los arts. 115, parágrafo II de la Constitución Política del Estado, 68 numerales 6 y 8 de la Ley 2492 CTB, dispuso anular obrados hasta la emisión de la Orden de Verificación, a objeto de que la Administración Tributaria identifique en la misma sujetos pasivos de la verificación a los herederos del contribuyente fallecido, en aplicación del parágrafo I del art. 35 de la Ley 2492 CTB.

En ese contexto, el procedimiento de verificación dirigido al contribuyente fallecido y notificado a los herederos del contribuyente, implican la declaratoria de nulidad del mismo, ello con base al principio de verdad material, y respecto al derecho al debido proceso en su elemento defensa vinculado a la falta de motivación y fundamentación de la misma, que imposibilitan el ejercicio pleno de dicho derecho, no existiendo interpretación incorrecta de los artículos 35 de la Ley N°2492, y 115 y 117 de la Constitución Política del Estado, como erradamente acusa la entidad tributaria demandante.

Consecuentemente, la Autoridad General de Impugnación Tributaria al momento de resolver el recurso jerárquico únicamente procedió a velar por el cumplimiento del debido proceso, la observancia de los principios de verdad material, asegurando la averiguación de la verdad objetiva de lo acontecido; ya que actuar en contrario, y declarar válido el procedimiento de verificación contra un contribuyente fallecido y Resolución Determinativa, ante una nulidad evidente, que causa indefensión a los herederos del contribuyente contra el cual se dirigió el proceso de determinación tributaria, ahora terceros interesados, implica la vulneración al debido proceso en su vertiente defensa e inobservancia del principio de verdad material inherente al proceso administrativo.

Por lo expuesto, éste Tribunal Supremo de Justicia, concluye que la autoridad demandada, al momento de pronunciar la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1751/2013 de 23 de septiembre, realizó una interpretación correcta de la normativa y principios aplicables a los antecedentes del proceso.

V.2.- Conclusiones.

En el marco de la fundamentación jurídica precedente y de la pretensión deducida en la demanda, se concluye que no son evidentes los reclamos planteados por la Administración Tributaria, y consiguientemente la Autoridad General de Impugnación Tributaria AGIT, no incurrió en las vulneraciones acusadas de acuerdo con la problemática planteada, detallada en el NUMERAL IV de la presente resolución, que constituyen el objeto del proceso, no existiendo ninguna conculcación de normas legales, al contrario, se advierte que la autoridad demandada interpretó y aplicó correctamente las normas jurídicas, en consecuencia se debe mantener firme la resolución de recurso jerárquico impugnada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los artículos 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, 778 al 781 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa de fojas 56 a 60, interpuesta por Mayra Ninoshka Mercado Michel, en representación legal de la Gerencia Distrital de Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales, contra la Autoridad General de Impugnación Tributaria; en consecuencia, mantiene firme y subsistente la Resolución AGIT-RJ 1751/2013 de 23 de septiembre, respecto a los puntos que fueron desarrollados en la presente resolución.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez.

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

3

Fondo Financiero Privado FASSIL S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 13 a 17, impugnando la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-067NN/2013 de 13 de septiembre (fs. 1 a 10), el memorial de contestación de fs. 96 a 100 vta., la réplica de fs. 123 a 125 vta., no habiendo la autoridad demandada hecho uso de su derecho a la dúplica, los antecedentes procesales y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

Que, Jorge Zamora Tardío, en representación legal del Fondo Financiero Privado FASSIL SA, en virtud al Testimonio de Poder N°129/2014 de 8 de abril (fs. 20 a 24), se apersonó por memorial de fs. 13 a 17, manifestando que al amparo de los arts. 778 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, formula demanda contenciosa administrativa en contra de la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-067NN/2013 de 13 de septiembre emitida por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI).

Señaló que, el 26 de octubre de 2011 solicitó el registro de la marca "Cuenta Verde" para proteger: "Seguros, negocios financieros, negocios monetarios, negocios inmobiliarios, comprendidos en la clase 36 de la Clasificación Internacional en vigencia", a nombre de Fondo Financiero Privado FASSIL SA y publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia N°340, bajo el número 150931, solicitud que fue denegada por Resolución Administrativa N°391/2012, documento administrativo que fue debidamente notificado a la entidad solicitante, siendo esta determinación confirmada por la Autoridad que resolvió el recurso de revocatoria y confirmada totalmente en la instancia jerárquica.

I.2. Fundamentos de la demanda.

La entidad demandante señaló que la Decisión 486 Régimen Común de la Propiedad Industrial, constituye el marco normativo destinado a amparar la protección de la propiedad industrial, en cada País Miembro de la Comunidad Andina, de la Organización Mundial de Comercio y del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, el art. 136 de la mencionada Resolución establece claramente las causales de irregistrabilidad de una marca, la concesión del registro de la marca "Cuenta Verde", Clase Internacional 36 no incurre en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en el art. 136 de la Decisión 486 ya que no existe conexión competitiva alguna con la marca TARJETA VERDE 1. Int. 36 la cual funda la denegatoria de la solicitud de registro presentada; se debe tomar en

cuenta que los servicios que protege la solicitud de registro de la marca "Cuenta Verde" están limitados a: "seguros; negocios financieros; negocios monetarios; negocios inmobiliarios, comprendidos en la clase 36 de la clasificación internacional en vigencia".

La marca TARJETA VERDE, sobre la cual la resolución administrativa DPI/SD/Denegatoria-No. 391/2012 funda la denegatoria de la marca solicitada, distingue servicios comprendidos en la clase internacional 36 como ser: "negocios financieros (financiamiento a negocios con rendimiento ambiental y financiero positivo) apoyo a iniciativas empresas e instituciones que promueven la conservación de los recursos naturales y aportan soluciones tecnológicas eco-eficientes".

Al respecto, las interpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la conexión competitiva se pueden evidenciar que conforme al principio de especialidad con la limitación de servicios queda eliminada toda conexión competitiva posible entre los servicios que ambas marcas protegen o pretenden proteger, en consecuencia, ambas marcas pueden coexistir. En las sentencias 5-IP-2012 Y 63-IP-2005, entre otras emitidas por el Tribunal Andino se ha señalado lo siguiente: En relación con lo mencionado, el Tribunal ha establecido algunos de los siguientes criterios y factores de análisis para definir la conexión competitiva entre los productos que también pueden ser utilizados para servicios: a) La inclusión de los productos en una misma clase del nomenclátor, b) Canales de comercialización, c) Similares medios de publicidad, d) Relación o vinculación entre productos, e) Uso conjunto o complementario de productos y f) Mismo género de los productos, en el caso que nos ocupa se puede evidenciar que al estar limitados los servicios que protegen las marcas "Cuenta Verde" y "TARJETA VERDE", queda eliminada la conexión competitiva y por tanto es viable la coexistencia de ambas marcas.

Mencionó también que las razones por las que los servicios de las marcas CUENTA VERDE y TARJETA VERDE no son confundibles son las siguientes:

a) Si bien los productos de las marcas CUENTA VERDE y TARJETA VERDE se encuentran en la misma clase internacional 36, ambos están limitados y no abarcan toda la clase, TARJETA VERDE distingue: "negocios financieros (financiamiento a negocios con rendimiento ambiental y financiero positivo), apoyo a iniciativas empresas e instituciones que promueven la conservación de los recursos naturales y aportan soluciones tecnológicas eco-eficientes." Es decir que son servicios vinculados al giro de FONDO VERDE titular de la marca. FONDO VERDE no es intermediaria financiera, no capta ni puede captar recursos del público para depósitos en cuenta corriente, a plazo fijo o caja de ahorro como tampoco pueden colocar estos recursos en créditos a corto, mediano y largo plazo.

b) El público consumidor de cada una de las marcas es muy distinto, CUENTA VERDE estará destinada al público interesado en ahorrar o tener en depósito seguro su dinero; en tanto que TARJETA VERDE no es un servicio que se comercialice u oferte al público para ahorrar o depositar dinero, sino para «financiamiento a negocios con rendimiento ambiental y financiero positivo apoyo a iniciativas empresas e instituciones que promueven la conservación de los recursos naturales y aportan soluciones tecnológicas eco-eficientes".

c) CUENTA VERDE distingue servicios de intermediación financiera en los que se realiza captación de dinero del público, en tanto que TARJETA VERDE distingue servicios de financiamiento.

Por las razones antes expuestas se puede aseverar que ambas marcas: 1. No tienen los mismos canales de comercialización; 2. Sus medios de publicidad son distintos como también el público consumidor a los que van dirigidos; 3. Los servicios que distinguen no están vinculados; 4. Los servicios que distinguen tampoco se utilizan de modo complementario; y 5. Si bien están en la misma clase 36, no pertenecen al mismo género TARJETA VERDE está directamente vinculada al financiamiento crediticio de proyectos medioambientales mientras que la marca CUENTA VERDE es un servicio de captación de dinero y depósito. Los servicios que distingue la marca TARJETA VERDE de FONDO VERDE en consecuencia no tienen conexión competitiva con los servicios que se pretende proteger con la marca CUENTA VERDE de FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., por lo tanto, ambas marcas no se encuentran en conexión competitiva y conforme al principio de especialidad no aplica ninguna causa de irregistrabilidad dispuesta en el art. 136 de la Decisión 496.

1.3. Petitorio.

Concluyó solicitando que se declare probada la demanda, y se revoque la Resolución DGE/OPO/J-067NN/2013, ordenando al Servicio Nacional de Propiedad Industrial conceder el registro de la marca solicitada.

II.- DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

Que, por providencia de fs. 79 se admitió la demanda contenciosa administrativa en la vía ordinaria de puro derecho, corriéndose en traslado a la autoridad demandada para que responda en el término de ley más el que corresponda en razón de la distancia, ordenando asimismo que remita los antecedentes que dieron lugar a la emisión de la resolución impugnada. Por otra parte, a efecto de la citación y emplazamiento a la autoridad demandada, se ordenó que la misma deberá ser citada mediante provisión citatoria, cuyo cumplimiento se encomendó a través de la Presidencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

Presentado el memorial de contestación a la demanda de fs. 96 a 100 vta., se tuvo apersonada a Jhilda Gabriela Murillo Zarate en representación legal del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI), en virtud de la Resolución Ministerial N°190.2012 de 26 de octubre (fs. 94) y teniéndose por respondida la demanda en forma negativa, se corrió traslado a la parte demandante para la réplica.

En el memorial de contestación negativa a la demanda, la autoridad demandada señaló que de la revisión de antecedentes, se tiene que la marca registrada TARJETA VERDE es una marca mixta en virtud de que se compone de un elemento denominativo y un elemento gráfico (diseño particular de letras y diseño de una figura a manera de hoja en la parte posterior). Sin embargo, al efectuar el cotejo de estas marcas se debe identificar cuál de estos elementos prevalece y tiene mayor influencia en la mente del consumidor, si el denominativo o el gráfico, así podemos evidenciar que la marca TARJETA VERDE posee como elemento predominante el denominativo compuesto por las palabras "TARJETA VERDE", por ser ésta la característica distintiva más importante del signo registrado.

Continuó manifestando que, la marca solicitada "CUENTA VERDE" se constituye en una marca denominativa, las cuáles son conocidas como nominales o verbales, toda vez que en su estructura se utilizan expresiones acústicas o fonéticas, en este caso formadas por dos términos, que integran un conjunto o un todo pronunciable y que pueden o no tener

significado conceptual, por lo que nuevamente se aclara que el término TARJETA es un elemento débil y evocativo dentro de la clase 36 internacional, relacionado con servicios financieros que emplean este medio, y CUENTA, se constituye en un término genérico dentro de la clase 36 internacional, por lo que ninguno de éstos términos es de monopolio exclusivo, y corresponde su exclusión dentro del análisis de cotejo, por lo que de acuerdo a las reglas de cotejo marcario determinados por la doctrina, se tiene lo siguiente: Regla 1.- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas, de ahí se tiene la similitud ortográfica, la similitud fonética y la similitud ideológica; Regla 2.- Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente, Regla 3.- Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas y la Regla 4.- Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

Señaló también que antes de analizar la conexión competitiva que existe entre los signos en conflicto y reiterando lo argumentado en la Resolución Administrativa ahora impugnada, pide se tenga presente lo dispuesto por el Tribunal Andino en el proceso 22-IP-2007.

Finalizó indicando que de todo lo analizado y lo expuesto, se concluye la evidente existencia de conexión competitiva de servicios entre los signos en conflicto, donde además el consumidor medio asumiría que ambos servicios provienen de un mismo origen empresarial. Sobre el riesgo de confusión, se debe considerar distintos supuestos, entre varios signos y los productos o servicios que cada uno de ellos ampara, que serían los siguientes: (i) que exista identidad entre los signos en disputa y también entre los productos o servicios distinguidos por ellos; (ii) o identidad entre los signos y semejanza entre los productos o servicios, (iii) o semejanza entre los signos e identidad entre los productos y servicios, (iv) o semejanza entre aquéllos y también semejanza entre éstos. En consecuencia y del cotejo marcario realizado, se evidencia que por las similitudes ortográficas y fonéticas entre TARJETA VERDE marca previamente registrada y CUENTA VERDE del solicitante, se cumplen los supuestos esenciales para originar un riesgo de confusión, haciendo que la marca solicitada no pueda coexistir pacíficamente con la marca registrada, en consecuencia, la marca solicitada se halla inmersa dentro de la causal de irregistrabilidad establecida en el art. 136 inciso a) de la Decisión 486 de la CAN.

II.2.- Petitorio.

Solicitó se dicte sentencia rechazando la demanda, y confirmando la Resolución Administrativa Jerárquica.

III.- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

Continuando con el trámite del proceso, se advierte que la parte demandante, presentó el memorial de réplica que cursa de fs. 123 a 125 vta., sin embargo, se advierte que el SENAPI no hizo uso de su derecho a la dúplica, en virtud de lo cual, por providencia de fs. 130, siendo el estado de la causa, así como no habiendo más que tramitar, se decretó "autos para sentencia".

Que el procedimiento Contencioso Administrativo, constituye una garantía formal que beneficia al sujeto administrado en el ejercicio del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos, logrando el restablecimiento de los derechos lesionados con la interposición del proceso contencioso

administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa.

En este marco legal, el art. 778 del Código de Procedimiento Civil, establece que "El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado".

Que así establecida la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, en relación con los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, reconocida la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena para la resolución de la controversia, por la naturaleza del procedimiento contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, cuyo objeto es conceder o negar la tutela solicitada por la demandante, teniéndose presente que el trámite en la fase administrativa se agotó en todas sus instancias con la resolución del recurso jerárquico, corresponde a este Supremo Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por la parte demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual.

En el desarrollo del proceso en sede administrativa, se cumplieron las siguientes fases, hasta su agotamiento, de cuya revisión se evidencia:

III.1.- Que, el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., mediante memorial de 26 de octubre de 2011, solicitó a la Dirección de Propiedad Industrial dependiente del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (fs. 34 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), el registro de la marca Cuenta Verde Clase Internacional 36, en atención a dicha solicitud el Director de Propiedad Industrial dependiente del SENAPI mediante Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°391/2012 de 24 de septiembre (fs. 36 a 38 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), resolvió denegar la solicitud de registro del signo distintivo "Cuenta Verde" (Denominativa) en la clase 36 de la Clasificación Internacional.

III.2.- Que en conocimiento de dicha determinación la entidad solicitante mediante memorial de 24 de enero de 2013 interpuso en contra del mismo recurso de revocatoria (fs. 40 a 43 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), el cual es resuelto a través de la Resolución Administrativa REV-SD-N0 103/2013 de 25 de febrero (fs. 49 a 52 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), la cual rechazó el recurso de revocatoria interpuesto.

III.3.- Que, contra esta última resolución, el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., interpuso recurso jerárquico (fs. 54 a 56 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), el cual fue resuelto por el SENAPI, quien emitió la Resolución Administrativa N°DGE/DEN/J-067NN/2013 de 13 de septiembre (fs. 70 a 79 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), que resolvió rechazar el recurso jerárquico interpuesto por la firma Fondo Financiero Privado Fassil S.A., en consecuencia confirmó de forma total la Resolución Administrativa REV-SD-N°103/2013, acto administrativo que dio lugar al presente proceso contencioso administrativo.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

Expuestos los antecedentes administrativos e ingresando a efectuar el control de legalidad sobre la aplicación de la ley, se establece:

Que el motivo de la /itis dentro del presente proceso, tiene relación con las supuestas vulneraciones que se hubieran producido por la Autoridad Jerárquica al pronunciar la Resolución hoy impugnada, de acuerdo con el siguiente supuesto: 1) Si el SENAPI al confirmar la denegatoria de la solicitud de registro del signo distintivo "Cuenta Verde", aplicó correctamente normas de la Decisión 486, sobre cuya legalidad corresponde pronunciarse a este Tribunal Supremo, adoptando la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que a criterio de la parte demandante dicho registro debe concederse.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

De la revisión de los antecedentes que cursan en el expediente del proceso, se evidencia lo siguiente:

V.1.- Análisis y fundamentación.

Que establecida la controversia y analizado el contenido de los actos y resoluciones administrativas y los argumentos y defensas formuladas por las partes en el presente caso, corresponde realizar las siguientes precisiones:

De la revisión de antecedentes se advierte que a fs. 34 del único anexo consta solicitud de registro de la marca "Cuenta Verde" (denominación) aplicada a distinguir productos comprendidos en la clase 36 de la clasificación internacional de la firma Fondo Financiero Privado Fassil S.A., la cual es denegada por Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°391/2012 de 24 de septiembre (fs. 36 a 38 del Anexo de los antecedentes administrativos).

Interpuestos los recursos de revocatoria y jerárquico los mismos fueron resueltos por las Resoluciones Administrativas REV-SD-N°103/2013 de 25 de febrero y N° DGE/DEN/J-067NN/2013 de 13 de septiembre (fs. 49 a 52 y 70 a 79 del Anexo de los antecedentes administrativos), la primera rechazando el recurso de revocatoria y confirmando la resolución DPI/SD/Denegatoria-N°391/2012 y la segunda de igual forma rechazando el recurso jerárquico y confirmando la resolución REV-SD N°103/2013.

Relacionados así los hechos suscitados en sede administrativa corresponde resolver la controversia, indicando que el fundamento legal en base a la cual el SENAPI denegó la solicitud de registro de la marca "CUENTA VERDE" (denominación) Clase 36 de la Clasificación Internacional de la firma Fondo Financiero Privado Fassil S.A., fue que la marca solicitada se encontraba dentro de las causales de irregistrabilidad establecidas en el art. 136, inciso a) de la Decisión 486 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así entonces para verificar la conclusión determinada por la entidad demandada es necesario establecer si la marca cuyo registro fue solicitado cumplía los requisitos para tal efecto, aplicando los parámetros establecidos en la interpretación prejudicial efectuada en el presente caso por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a requerimiento de este Tribunal (fs. 141 a 146).

En ese entendido y en base al art. 134 del Decisión 486 de la COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA, el Tribunal Andino de Justicia ha definido la marca como: "un bien inmaterial constituido por un signo conformado por palabras o combinación de palabras, imagines, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos, sonidos, olores, letras, números, color determinado por su forma o combinación decolores, forma de productos, sus envases o envolturas y otros elementos de soporte, individual o conjuntamente estructurados que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario

medio los identifique, valore, diferencie, seleccione y adquiera sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio"(Proceso 144-IP-2014).

Asimismo, el citado art. 134 enumera los signos que pueden constituir marca: a) las palabras o combinación de palabras; b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; c) los sonidos y los olores; d) las letras y los números; e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; l) la forma de los productos, sus envases o envolturas; g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.

De lo mencionado, se puede establecer que los requisitos para el registro de una determinada marca son: a) La susceptibilidad de representación gráfica; entendida como la aptitud que tiene un signo de ser descrito o reproducido en palabras, imágenes, formulas u otros soportes, en síntesis algo perceptible de ser captado por el público consumidor; y b) La distintividad; que es la capacidad que tiene un signo para individualizar, identificar y diferenciar en el mercado los productos o servicios, haciendo posible que el consumidor o usuario los seleccione, este requisito constituye el presupuesto indispensable para identificar el origen empresarial, la calidad del producto o servicio, sin riesgo de confusión y asociación. Esta a su vez se divide en: Distintividad Intrínseca y Extrínseca; la primera, que es la aptitud del signo para identificar e individualizar los productos sin confundirse con él o con sus propiedades o características, en cambio la segunda, se refiere a su no confundibilidad con otros signos previamente solicitados o registrados por terceros.

Ahora bien, de la revisión de antecedentes, se tiene que la Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°391/2012, evidenció la existencia de una marca previamente registrada denominada "TARJETA VERDE" (Mixta), y que se compone de un elemento denominativo y un elemento gráfico, y que la marca solicitada "CUENTA VERDE" se constituye en una marca denominativa, las cuales son conocidas como nominales o verbales, toda vez que en su estructura se utilizan expresiones acústicas o fonéticas, en este caso formadas por dos términos, que integran un conjunto o un todo pronunciable y que pueden o no tener significado conceptual, que vendría a constituir la distintividad extrínseca, por lo cual se establece que la marca solicitada carece de la suficiente capacidad distintiva en virtud de inducir en riegos de confusión directa o indirecta con la marca previamente registrada como "TARJETA VERDE", ya que no posee fuerza distintiva y de permitirse su registro se estaría atentando contra el interés del titular de la marca anteriormente registrada, así como el de los consumidores. Es así que dicha prohibición, contribuye a que el mercado de productos y servicios se desarrolle con transparencia y, como efecto, que el consumidor no incurra en error al realizar la elección de los productos o servicios.

Así, la carencia de distintividad es causal de irregistrabilidad conforme lo estableció el art. 135, inciso b) de la Decisión 486, por otro lado, se tiene que la causal por la que se denegó la solicitud del registro de marca en el presente caso se encuentra establecida en el art. 136, inciso a) de la citada Decisión que establece: "No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación, (...)", conforme la jurisprudencia del Tribunal Andino, los signos distintivos en el marcado se exponen a diversos factores de riesgo, habien.do establecido

tradicionalmente dos tipos de riegos de confusión y asociación, "el riego de confusión es la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto piense que está adquiriendo otro (confusión directa),o que piense que dicho producto tiene origen empresarial diferente al que realmente posee (confusión indirecta) y por su parte el riesgo de asociación, es la posibilidad de que el consumidor, que aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica"(Proceso 144IP-2014).

Asimismo, ha señalado que para valorar el riesgo de confusión es necesario considerar los siguientes tipos de similitud: i) La similitud fonética que se da por la semejanza de los sonidos de los signos en conflicto; ii) La similitud ortográfica, se refiere a la semejanza de las letras de los signos en conflicto desde el punto de vista de su configuración; iii) La similitud figurativa o gráfica se refiere a la semejanza de elementos gráficos de los signos en conflicto y la similitud conceptual o ideológica se configura entre signos que evocan una idea y/o valor idéntico y/o semejante.

De la revisión de los antecedentes, se advierte que la marca previamente registrada "TARJETA VERDE" de la clase 36, es una marca Mixta, en atención a que está compuesta por un elemento denominativo (palabra) y un elemento gráfico (diseño de una figura a manera de hoja), por otro lado, la marca "CUENTA VERDE" solicitada, también de la clase 36, está compuesta por un elemento denominativo (palabras); las marcas señaladas contemplan grandes similitudes debido a la coincidencia de la palabra "VERDE", en similar orden y disposición que constituye en la denominación de las marcas, que al tener la misma denominación "VERDE" son idénticas dentro del campo visual y ortográfico, en virtud a ser iguales en toda su composición de letras y vocales. Asimismo, se aprecia confusión fonética que al ser pronunciados tienen un sonido similar, aclarando que los elementos TARJETA y CUENTA al no ser susceptibles de monopolio exclusivo, no constituyen elementos que aporten distintividad suficiente, encontrándose grandes similitudes fonéticas en los elementos principales "VERDE" "VERDE", y por ultimó también se aprecia la confusión ideológica, que conlleva a la persona a relacionar el signo o denominación con el contenido o significado real del mismo, entendiéndose que ambas marcas tienen un significado real, debido a que ellas evocan el término "VERDE", dejando la misma idea en el consumidor que también puede ocasionar un riesgo de asociación.

Finalmente se debe realizar el análisis de conexión competitiva, al respecto el Tribunal Andino de Justicia en la Interpretación Prejudicial que se encuentra adjuntada a fs. 141 a 147 de obrados estableció lo siguiente:

"...para establecer la existencia de relación, vinculación o conexión entre productos y/o servicios la autoridad consultante, en el caso en concreto, debe analizar si entre ellos existe sustituibilidad (intercambiabilidad), complementariedad o la posibilidad razonable de provenir del mismo empresario".

En conclusión, se establece que la marca "CUENTA VERDE" solicitada por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., carece de la suficiente capacidad distintiva extrínseca requerida para su registro debido a que induce a un riesgo de confusión o asociación respecto a la marca previamente registrada "TARJETA VERDE", consiguientemente se encuentra dentro de las causales de irregistrabilidad establecida en el art. 136. a) de la Decisión 486, debido a que la marca solicitada induce a riesgo de confusión y asociación al existir similitud ortográfica fonética e ideológica, en virtud a que esta última y la marca

previamente registrada, amparan el servicio de "negocios financieros" de la misma Clase 36 de la Clasificación Internacional y tomando en cuenta que la marca tiene como función principal la de identificar los productos o servicios de un fabricante, con el objeto de diferenciarlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona, este Tribunal considera que no es atendible la solicitud de registro, confirmando la determinación del SENAPI en su resolución administrativa jerárquica.

V.3.- Conclusiones.

En el marco de la fundamentación jurídica precedente y de la pretensión deducida en la demanda, se concluye lo siguiente:

Por lo expuesto, sobre la base de las normas cuya aplicación corresponde, se establece que no es evidente que el SENAPI al emitir la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-067NN/2013 de 13 de septiembre, confirmando el rechazo del registro de la marca "CUENTA VERDE", hubiera incurrido en las vulneraciones acusadas de acuerdo cori la problemática planteada, detallada en el numeral IV. de la presente resolución, que constituye el objeto del proceso, no existiendo ninguna conculcación de normas legales, al contrario, se advierte que la autoridad demandada interpretó correctamente las normas aplicables a la materia, en consecuencia, se debe mantener firme la resolución impugnada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, en virtud de los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contencioso administrativa de fs. 13 a 17, interpuesta por Jorge Zamora Tardío, en representación legal de la firma Fondo Financiero Privado Fassil SA contra el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual, en consecuencia, mantiene firme y subsistente la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-067NN/2013 de 13 de septiembre.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Ricardo Torres Echalar

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez.

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

4

Gerencia Grandes Contribuyentes Santa Cruz el Servicio de Impuestos Nacionales c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs. 41 a 43, interpuesta por Jhonny Padilla Palacios, representante legal de la Gerencia Grandes Contribuyentes Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), en la que impugna la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0305/2010 pronunciada el 12 de agosto, por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), la contestación de fs. 243 a 246; notificación del tercero interesado de fs. 235; los antecedentes del proceso y de emisión de la Resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

La demanda señala como antecedentes que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0305/2010 de 12 de agosto resolvió confirmar la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-SCZ/RA 0040/2010 de 17 de mayo de 2010 dictada por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria (ARIT) Santa Cruz dentro del Recurso de Alzada interpuesto por Germán Augusto Monroy Aquezolo, en representación de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos Refinación S.A. (YPFB Refinación S.A.) contra la Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del SIN (encontrándose al presente a cargo de la Gerencia Grandes Contribuyentes Santa Cruz del SIN por cambio de Jurisdicción conforme a la Resolución Normativa de Directorio N°10-0021-12), en consecuencia se revoca totalmente la Resolución Determinativa N°53/2009 de 10 de junio declarando prescrita la facultad de la Administración Tributaria de determinar la deuda tributaria de los periodos agosto y septiembre de la gestión 2004, de conformidad a los arts. 59 y 60 del Código Tributario Boliviano (CTB).

I.2. Fundamentos de la demanda.

La demanda señala que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0305/2010 realiza una interpretación errada del art. 95 del CTB, normativa tributaria que establecería la forma de aplicación de la facultad determinativa que tiene la Administración Tributaria considerándose que si bien la verificación y la fiscalización tienen campos de acción delimitados por su alcance, esto no las reviste de consecuencias diferentes estableciéndose que el artículo 29 del Decreto Supremo N°27310 (en adelante D.S. N°27310) establece que la determinación tributaria se realiza por medio de procesos de fiscalización, verificación, control o investigación los que pueden encontrarse en las determinaciones parciales,

asimismo la Ley no establecería mayor o menor valor entre la orden de fiscalización y la orden de verificación, generando en consecuencia sus efectos sobre el parágrafo I del artículo 62 del CTB, ya que se habría activado la suspensión del cómputo de la prescripción por el lapso de 6 meses con la emisión y notificación de la Orden de Verificación N°78080VE0047, por lo que a la fecha de emisión de la Resolución Determinativa no se habría producido la prescripción.

I.3. Petitorio.

El demandante solicita, se emita Sentencia declarando probada la demanda y en consecuencia se revoque la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0305/2010 de fecha 12 de agosto emitida por la Autoridad General de Impugnación Tributaria y se declare firme y subsistente la Resolución Determinativa impugnada.

II. De la contestación a la demanda.

Apersonado al proceso Daney David Valdivia Coria, en representación legal de la Autoridad General de Impugnación Tributaria, responde negativamente a la demanda con memorial presentado el 4 de septiembre de 2017, que cursa de fs. 243 a 246, y señala lo siguiente:

Los Arts. 66, 95 y 100 de la Ley N°2492 (CTB) establecen que la Administración Tributaria tiene facultades para realizar controles, comprobaciones, verificaciones, fiscalizaciones e investigaciones que permitan sustentar el reparo a determinar, sin embargo, dichas facultades si bien coadyuvan a la actividad tributaria, en su aplicación y procedimiento son diferentes.

El artículo 29 del D.S. N°27310, dispone que la deuda tributaria puede ser determinada por el SIN por procesos de fiscalización, verificación, control e investigación, esto dependiendo su alcance en los impuestos, siendo estos regulados de forma independiente por los arts. 104 y 170 del CTB y los Arts. 31 y 32 del D.S. N°27310, lo que permite concluir la diferencia en los procedimientos, debiendo considerarse que la verificación tiene alcance a elementos o datos específicos o concretos, como en el presente caso, en cambio los procesos de fiscalización, sean totales o parciales, versan sobre los hechos generadores de uno o más periodos y versan sobre el crédito fiscal, el débito fiscal, ingresos, declaraciones y todo lo relacionado a las transacciones realizadas por el sujeto pasivo.

En ese sentido la Orden de Verificación tendría por objeto comunicar al contribuyente que será sujeto de un proceso de determinación, bajo la modalidad de verificación de crédito IVA correspondiente a los periodos agosto y septiembre de 2004, conforme a las facultades conferidas en los arts. 66, 100 y 101 de la Ley N°2492, 29 y 32 del D.S. N°27310, limitándose a revisar las compras que conforman el crédito fiscal, iniciándose el procedimiento con una Orden de Verificación, que difiere del proceso de Fiscalización prevista en el artículo 104-1 de la Ley N°2492, por lo que la causal de suspensión del término de la prescripción prevista en el art. 624 de la Ley N°2492 es aplicable solo a la notificación de la orden de fiscalización por lo que no se suspendió el curso de prescripción por seis meses.

Sobre la causal de interrupción del curso de la prescripción prevista en el art. 61-b de la Ley N°2492, al no haber sido realizado el pago después del 31 de diciembre de 2008 ya no surten efectos de interrupción del curso de la prescripción.

Siendo que no existiría ninguna causal de suspensión ni interrupción de la prescripción de la determinación de los periodos agosto y septiembre de 2004, habría

prescrito el 31 de diciembre de 2008, y al ser notificada la Resolución Determinativa el 15 de junio de 2009 ya no surtiendo efectos de interrupción de la prescripción.

Señalando que la demanda carece de sustento jurídico-tributario y por lo tanto no existe agravio ni lesión de derechos que se hubiere causado con la resolución de Recurso Jerárquico impugnada.

El demandado refiere la existencia de la Resolución Jerárquica AGIT-RJ-0031/2010 y de la Sentencia N°510/2013 de 27 de noviembre de 2013, dictada por Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, concluyendo que los argumentos del demandante no son evidentes, de modo que la Resolución de Recurso Jerárquico fue dictada en estricta sujeción a lo solicitado por las partes ratificándose en los fundamentos de la Resolución Jerárquica demandada.

II.1. Petitorio.

El demandado solicita declarar improbada la demanda interpuesta por la Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del Servicio de Impuestos Nacionales, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0305/2010 de 12 de agosto emitida por la AGIT.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

A efecto de resolver la problemática planteada, corresponde señalar que los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso informan lo siguiente:

1. Que, el 31 de diciembre de 2008, la Administración Tributaria notificó a German Augusto Monroy Aquezolo, representante legal de la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos refinación S.A. (YPFB Refinación S.A.) con la Orden de Verificación 78080VE0047 de 29 de diciembre de 2008 (fs. 2 y fs. 9 de antecedentes administrativos, anexo 1). El 16 de marzo de 2009, la Administración Tributaria notificó a German Augusto Monroy Aquezolo, representante legal de la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos refinación S.A. (YPFB Refinación S.A.) con la Vista de Cargo N°SIN/GSH/DF/VC/78080VE0047/0019/2009 de 10 de marzo (fs. 440 a fs. 443 de antecedentes administrativos, anexo 3).

El 15 de junio de 2009, la Administración Tributaria notificó a German Augusto Monroy Aquezolo, representante legal de la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos refinación S.A. (YPFB Refinación S.A.) con la Resolución Determinativa N°53/2009 de 10 de junio de 2009, que determina una deuda tributaria en la suma de UFV-s.2.203.107 equivalente a Bs.3.359.606 (fs. 777 a fs. 785 de antecedentes administrativos, anexo 4).

Contra la Resolución Determinativa, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos Refinación S.A. (YPFB Refinación S.A.), interpuso Recurso de Alzada (fs. 132 a 136 vta., del anexo 1 de antecedentes de impugnación administrativa), resuelto a través de la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-SCZ/RA 0133/ 2009 de 22 de septiembre (fs. 305 a 315, del Anexo 2 de antecedentes de impugnación administrativa), que confirma la Resolución Determinativa N°53/2009.

Contra la Resolución de Alzada YPFB Refinación S.A., interpuso recurso Jerárquico cursante a Fs. 338 a 345, del anexo 2 de antecedentes de impugnación el cual una vez tramitada se emitió la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0446/2009 de 11 de diciembre, que resuelve anular la Resolución de Alzada ARIT-SCZ/RA 0133/ 2009 de 22 de septiembre,

disponiendo se emita una nueva que incluya el acta de audiencia de 18 de septiembre de 2009.

En cumplimiento a la indicada Resolución Jerárquica, se emitió la resolución de Alzada ARIT-SCZ/RA 0040/2010 de 17 de mayo (fs. 491 a 499 cursante en el anexo 3 de antecedentes de impugnación), que resuelve revocar totalmente la Resolución Determinativa N°53/2009 por encontrarse prescritas las facultades de la Administración Tributaria para determinar la deuda tributaria de los periodos agosto y septiembre de la gestión 2004.

Contra la Resolución de Alzada emitida, el ente fiscal interpuso Recurso Jerárquico que tuvo como Resultado la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0305/2010 de 12 de agosto (fs. 538 a 547 de antecedentes de impugnación) que confirma la Alzada, en consecuencia, se deja nula y sin efecto legal por prescripción la Resolución Determinativa N° 53/2009 de 10 de junio de conformidad a lo previsto al art. 212.I.a) del CTB, por consiguiente, la Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del SIN interpuso la presente demanda contenciosa administrativa.

2. Concluida la tramitación de las etapas procesales se dictó la Sentencia N°498/2015 de 3 de noviembre, misma que declara probada la demanda y deja sin efecto la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0305/2010 de 12 de agosto, así como la Resolución de Alzada ARIT-SCZ/RA 0040/2010 de 17 de mayo y en su mérito mantiene firme y subsistente la Resolución Determinativa N° 53/2009 de 10 de junio.

Dentro la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por YPFB Refinación S.A., se emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1472/2016-S3 de 12 de diciembre, que deja sin efecto la Sentencia N°498/2015 por no haberse notificado dentro el procedimiento al tercero interesado para que puede asumir defensa dentro la tramitación de la demanda, debiendo en consecuencia emitir nueva resolución previo saneamiento del procedimiento.

3. En el curso del proceso Contencioso Administrativo, se dio cumplimiento al procedimiento de puro derecho señalado en los arts. 781 y 354.11 y III del Código de Procedimiento Civil (CPC-1975).

4. Cursa también el apersonamiento de Luis Marcelo Callejas Tito en representación de YPFB Refinación S.A. como tercero interesado, por memorial de fs. 255 a 257, planteando excepción de extinción del proceso por pago total de la deuda, mismo que fue resuelto por Resolución N°75/2018 de 1 de agosto de 2018 cursante a fs. 283 a 284, rechazándose la solicitud de extinción y ordenando la prosecución del proceso, ya no existiendo más trámite pendiente en la causa, se declaró Autos para Sentencia.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

En el caso de autos, el objeto de la presente controversia radica en determinar si dentro el computo de los plazos para la prescripción es aplicable el parágrafo I del artículo 62 del Código Tributario Boliviano y como resultado de este si operó o no la prescripción de la facultad de la Administración Tributaria para determinar la deuda tributaria por concepto IVA de los periodos agosto y septiembre de la gestión 2004; es decir si existió o no la causal de la suspensión a la prescripción.

VI. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

VI.1. Para el análisis del presente caso es necesario considerar que: "...la prescripción, "es una categoría general del Derecho, cuya finalidad es modular el efecto del paso del tiempo sobre la inactividad de quien pudiendo ejercer un derecho no lo hace"

(García Novoa Memoria HI Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario 2010); y a decir de este autor, "su fundamento radica en la seguridad jurídica, pues las pretensiones deben ejercitarse en un lapso temporal razonable no siendo aceptable que cualquier sujeto de derecho quede indefinidamente a merced de la actuación de otro." (Auto Supremo N°432 de 25 de julio de 2013 emitido por este Tribunal); en ese sentido es necesario realizar un análisis sobre el concepto de prescripción y la aplicación normativa al efecto, estableciendo si el plazo legalmente establecido para la prescripción fue superado o no, debiendo considerar que el procedimiento iniciado por la Administración Tributaria que recae sobre el IVA de los periodos agosto y septiembre de la gestión 2004, por lo que el hecho generador de tributo ocurrió durante la vigencia de la Ley N°2492 CTB sin modificaciones.

En ese contexto, se tiene establecido que el parágrafo I del artículo 59 de la Ley N°2492 (sin modificaciones), señala: "Prescribirán a los cuatro (4) años las acciones de la Administración Tributaria para: 1. Controlar, investigar, verificar, comprobar y fiscalizar tributos. 2. Determinar la deuda tributaria. 3. Imponer sanciones administrativas. 4. Ejercer su facultad de ejecución tributaria.", debiendo entenderse que el computo de la prescripción lo establece el parágrafo I del artículo 60 de la ya referida Ley tributaria, señalando: "Excepto en el numeral 4 del parágrafo I del Artículo anterior, el término de la prescripción se computará desde el 1 de enero del año calendario siguiente a aquel en que se produjo el vencimiento del periodo de pago respectivo."; siendo que el desarrollo del plazo de la prescripción puede ser suspendida por las causales establecidas en el artículo 62 de la Ley 2492 (Código Tributario Boliviano), dentro de estas causales se encuentra la establecida puntualmente en el parágrafo I del referido artículo, estableciendo que la prescripción se suspende con: "La notificación de inicio de fiscalización individualizada en el contribuyente.

Esta suspensión se inicia en la fecha de la notificación respectiva y se extiende por seis (6) meses."; conforme a la normativa señalada debe considerarse que el plazo de la prescripción es de 4 años computables desde el 1 de enero del año siguiente al que se realizó el vencimiento del pago correspondiente, plazo que puede ser suspendido durante 6 meses cuando la Administración Tributaria notifica el inicio de la Fiscalización; ahora bien, es necesario establecer si la suspensión referida se genera con la notificación de la orden de verificación.

Dentro del contexto señalado, se debe considerar que el procedimiento de verificación se inicia con la notificación de la orden de verificación conforme al artículo 32 del Decreto Supremo N°27310 (Reglamento al Código Tributario Boliviano); por su parte el procedimiento de Fiscalización se inicia con la notificación de la Orden de fiscalización conforme establece el parágrafo I del artículo 104 de la Ley N°2492, siendo que el procedimiento a seguir en ambos casos se desarrolla bajo los parámetros establecidos en los artículo 95, 96, 98 y 99 todos de la Ley N°2492 CTB; es decir, que el inicio, desarrollo y culminación de la verificación y la fiscalización son realizados de la misma forma, teniendo que posterior a la notificación con la orden de verificación o fiscalización y previa verificación de la documentación obtenida, se procede a la emisión de la Vista de Cargo cuya notificación otorga el plazo para la presentación de descargos de 30 días, posteriormente la Administración Tributaria tiene el plazo de 60 días para la emisión de la Resolución Determinativa, procedimiento que es realizado con igualdad de plazos y emisión de actuados indistintamente el inicio sea efectuado con la orden de verificación o de fiscalización, entendiendo que el procedimiento de determinación tributaria es uno solo y es el medio por el

cual la Administración Tributaria realiza el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias de todo sujeto pasivo.

Conforme a lo expuesto precedentemente se puede entender que al ser idénticos los procedimientos de verificación y de fiscalización, se llega a obtener un mismo resultado, es decir, ambos concluyen con una determinación tributaria, permitiendo este extremo la aplicación de lo establecido en el artículo 8 de la Ley N°2492 (CTB), considerando el análisis extensivo de la normativa tributaria, entendiéndose que dos procedimientos idénticos con igualdad en resultados no pueden tener efectos jurídicos tributarios diferentes, realizando una diferenciación única en cuanto a los efectos de suspensión de la prescripción, por lo que se puede establecer que tanto la notificación con la orden de fiscalización, como la notificación con la orden de verificación son causales de suspensión de la prescripción de la deuda tributaria más aun considerando que dentro la aplicación de la prescripción esta se interrumpe con la notificación de la Resolución Determinativa indistintamente esta sea iniciada por orden de fiscalización o por orden de verificación, conforme dispone el inc. a) del artículo 61 de la Ley N°2492, por lo que análogamente se puede establecer que la suspensión de 6 meses establecida en el parágrafo I del artículo 62 de la Ley N°2492 (CTB) es aplicable también con la notificación de la Orden de Verificación, criterio que ya fue asumido por este tribunal cuando se estableció que: "(...) esto en previsión del art. 8.111 de la Ley 2492, que claramente señala que para llenar los vacíos legales, se aplicará la analogía, por lo que existiendo un vacío jurídico en la aplicación de la suspensión del término de la prescripción en cuanto a la notificación con la orden de verificación, es aplicable por analogía, lo prescrito en el art. 62.1 de la señalada Ley; considerando que el procedimiento que se utiliza tanto en la orden de fiscalización como en la orden de verificación, es el mismo y en ambos casos se concluye con la emisión de la Resolución Determinativa, como se dejó establecido con anterioridad. (Sentencia 24-1 de 27 de marzo de 2017).

En el entendido de lo expuesto y aplicando el parágrafo I del Art. 62 de la Ley N°2492 al presente caso, se tiene que el cómputo de la prescripción sobre el IVA de los periodos agosto y septiembre de la gestión 2004, inició el 1 de enero de 2005, computando el plazo establecido en el parágrafo I del artículo 59 de la Ley N°2492, los cuatro años de prescripción finalizaban el 31 de diciembre de 2008, operando la prescripción desde el 1 de enero de 2009; sin embargo, considerando la suspensión del cómputo por 6 meses acontecido por la notificación de la Orden de Verificación 78080VE0047 de 29 de diciembre de 2008 efectuado el 31 de diciembre de 2008 (antes que se consoliden los 4 años de prescripción), el cómputo de prescripción finalizaba el 30 de junio de 2009, siendo que la diligencia de notificación con la Resolución Determinativa N°53/2009, fue realizada el 15 de junio de 2009; es decir, que no se llegó a configurar el plazo legalmente establecido para el acaecimiento de la prescripción, por lo que el análisis efectuado por la entidad demandada no es correcta, puesto que uno de los elementos para establecer la prescripción es el transcurso del tiempo legalmente establecido, que en el caso de análisis no ha transcurrido.

Con relación a la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0031/2010 citada en el responde a la demanda, se establece que la misma no se encuentra dentro los alcances de lo establecido en el artículo 5 del CTB., por lo que su aplicación no es obligatoria, más aun si se considera que la misma fue emitida por la Autoridad Tributaria ahora demandada y sobre argumentos que fueron cuestionados por el demandante que no se puede considerar como precedente aplicable una resolución emitida por la autoridad ahora demandada como es la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0031/2010, que es inaplicable al presente caso.

Por último y con la finalidad de evitar la vulneración de derechos, es necesario aclarar que los argumentos contenidos en el Recurso de Alzada versan sobre: 1) La prescripción de las facultades del ente fiscal; y 2) La existencia de suficiente documentación que acredite la correcta apropiación del crédito fiscal, encontrándose ya dilucidada la prescripción; empero, la Resolución de Alzada ARIT-SCZ/RA 0040/2010, así como la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0305/2010, al determinar la procedencia de la prescripción solicitada, no ingresaron a valorar la depuración de crédito fiscal de los periodos agosto y septiembre de la gestión 2004, por lo que en resguardo al derecho al debido proceso, a ser oído, la motivación de las resoluciones y evitar la indefensión en los sujetos de la relación jurídica tributaria, corresponde no solo dejar sin efecto la Resolución de Alzada y la Resolución Jerárquica emitidas, disponer la emisión de nuevas resoluciones desde instancia de la alzada para que pueda darse cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo I del artículo 211 de la Ley N°2492, permitiendo que las Autoridades de impugnación administrativa se pronuncien sobre la depuración de crédito fiscal establecida en la Resolución Determinativa N°53/2009.

VII. Conclusiones.

En el marco de la fundamentación jurídica precedente, de las pretensiones deducidas en la demanda y la contestación, se advierte que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0305/2010 de 12 de agosto, fue emitida desconociendo la aplicación normativa legal citada, puesto que la AGIT no efectuó una correcta y precisa aplicación de las normas tributarias referidas al término de la prescripción de la facultad de la Administración Tributaria para la determinación de la deuda por concepto del IVA de los periodos agosto y septiembre 2004, al no aplicar correctamente el cómputo de la prescripción y las causales establecidas en el parágrafo I del art. 62 del CTB para la procedencia de la suspensión de la prescripción, al contrario, se limitó a una interpretación superficial de las normas jurídicas, por lo tanto existe fundamento legal que motivan dejar sin efecto la Resolución Jerárquica y existiendo cuestiones de fondo que deben ser resueltas en instancia de impugnación administrativa debe emitirse nueva Resolución de Alzada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia en ejercicio de la atribución conferida en los arts. 778 y 781 del CPC-1975, falla en única instancia declarando PROBADA en parte la demanda de fs. 41 a 43, interpuesta por Jhonny Padilla Palacios, representante legal de la Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del SIN; en su mérito, se deja sin valor legal la Resolución de Alzada ARITSCZ/RA 0040/2010 de 17 de mayo y la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0305/ 2010 de 12 de agosto de 2010, disponiendo se emita nueva Resolución de Alzada que resuelva la pretensión del recurrente en cuanto a la depuración del crédito fiscal de los periodos agosto y septiembre de la gestión 2004.

No suscriben los Magistrados José Antonio Revilla Martínez, Edwin Aguayo Arando por emitir voto disidente.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Esteban Miranda Terán

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

5

Gerencia Regional Potosí de la Aduana Nacional de Bolivia c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fojas 15 a 19 y vuelta, interpuesta por Manuel Félix Sangueza Guzmán, en representación legal de la Gerencia Regional Potosí de la Aduana Nacional, impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1867/2013 de 14 de octubre, fojas 3 a 12, emitida por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), el memorial de contestación de fojas 25 a 28 y vuelta, la réplica de fojas 49 a 51, la dúplica de fojas 55 a 56 y vuelta, apersonamiento del tercero interesado de fojas 169 a 171 y vuelta, los antecedentes procesales y de emisión de la resolución impugnada.

I.- CONTENIDO DE LA DEMANDA:

Que, Manuel Félix Sangueza Guzman, Gerente Regional de Potosí de la Aduana Nacional, se apersonó en mérito al Memorandum CITE N°0334/2012 de 18 de febrero de 2013, al amparo de lo establecido en los arts. 69 y 70 de la Ley 2341, procedimiento administrativo, en concordancia a lo señalado en los arts. 327, 778, 779 y 780 del Código de Procedimiento Civil, habiéndose agotado la vía Administrativa con la Autoridad General de Impugnación Tributaria, luego de describir los antecedentes del proceso en sede administrativa, expresa los siguientes fundamentos:

1.- La Autoridad de Impugnación Tributaria ha emitido una Resolución Jerárquica, Ultra petita, es decir que dicha resolución concedió más allá de lo pedido por el Sujeto Pasivo, al evidenciar que el Acta de Intervención AN-GRPTS-EFIPR-AI N°005/2011, no cumple las condiciones del art. 96 parág. II y 168 num. I del Código Tributario Boliviano, aspectos que no fueron recurridos por el Sujeto Pasivo.

2.- Señala que conforme el art. 96 parágrafo II del CTB, el Acta de Intervención cumple con todos los requisitos y son los siguientes: 1) Relación circunstanciada de los hechos, 2) relación de actos, 3) Relación de mercancías, 4) Elementos, valoración, 5) Liquidación emergente del operativo aduanero, 6) Disposición de monetización inmediata de las mercancías decomisadas.

3.- Enuncia los arts. 76 y 65 del CTB, aplicable a los casos de Contrabando Contravencional, concerniente a la Presunción de Legitimidad, en ese marco jurídico, expresa que los sujetos pasivos no pudieron desvirtuar lo establecido por la Aduana, sosteniendo que estos incurrieron en el ilícito de Contrabando, tipificado en el inc. b) del art. 181 de la Ley N°2492 CTB, que establece "comete contrabando el que incurra en alguna de la condiciones descritas a continuación: b) Realizar tráfico de mercancías sin la documentación legal o infringiendo los requisitos esenciales exigidos por normas aduaneras o por disposiciones especiales", g) La tenencia o comercialización de mercancía extranjera sin que previamente hubieren sido sometidos a un régimen aduanero que lo permita".

Menciona los arts. 98 y 99 de la Ley 1990, concerniente a la exportación definitiva y asevera que, la acción incurrida por Luis Espinoza Fernández y Fernando Flores Choque (Representante Legal de la Empresa de Transportes ORIENT TRUCK F.F. S.R.L.) se adecúa a la tipificación prevista en el art. 160 num. 4 y art. 181 incs. b) y g) del CTB, por lo que pide declarar probado el Contrabando Contravencional realizado, y la correspondiente sanción.

PETITORIO.

Solicita se declare probada la demanda revocando la Resolución del Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1867/ 2013 de 14 de octubre emitida por la AGIT, que anula la resolución de Recurso de Alzada ARIT/CHQ/RA 0176/2013 de 8 de julio de 2013, solicitando se confirme la Resolución Sancionatoria AN-GRPGR-ULPR-RS 005/2013 de 21 de febrero.

II.- DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

Por memorial de contestación a la demanda de fojas 25 a 28 y vta., se apersonó a Daney David Valdivia Coria, en representación de la Autoridad General de Impugnación Tributaria, en virtud a la Resolución Suprema N°10933 de 7 de noviembre de 2013 (fs. 23).

Señaló que, no obstante que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1867/2013 de 14 de octubre, se encuentra plena y claramente respaldada en sus fundamentos técnico-jurídicos, que resuelve anular obrados hasta el Acta de Intervención Contravencional AN-GRPTS-UFIPR-AI-003/2011 de 2 de diciembre, debiendo la Administración Aduanera, emitir nuevo Acta de Intervención Contravencional, que individualice la tipicidad incurrida por el exportador y el transportista, que esté debidamente fundamentada con argumentos de hecho y de derecho.

Con el enfoque desarrollado por la entidad, demandante, pretende inducir en error; pues de la revisión del Recurso Jerárquico planteado por Fernando Flores Choque, representante de la Empresa de Transporte Nacional e Internacional "Orient Truck F.F. S.R.L.", la referida empresa solicitó expresamente en el numeral: "I. NULIDAD DEL ACTA DE INTERVENCIÓN Y RESOLUCIÓN SANCIONATORIA", motivo por el cual la instancia jerárquica procedió a revisar el cumplimiento de los requisitos de la misma. Conforme dispone el parag. II del art. 211 del Código Tributario, la Administración Aduanera, ahora demandante, no puede alegar que la Resolución Jerárquica contenga un fallo ultra petita. Qbe1 r-e4v.gilsada el Acta de Intervención Contravencional, se evidencia que la Administración

Aduanera calificó la conducta de Luis Espinoza Fernández (exportador) y Fernando Flores Choque (Empresa de Transportes ORIENT TRUCK FF SRL), como contravención aduanera de contrabando, en aplicación con los incs. b) y g) del art. 181 de la Ley N°2492 CTB; sin embargo, no discriminó a qué tipo contravencional sancionatorio se adecúa la conducta del exportador y de la empresa de transporte; en ese sentido, se establece que la ausencia de una calificación específica de la conducta para cada sujeto procesal causó la indefensión del recurrente; situación que vulneró los arts. 96, parag. II y 168 de la Ley 2492, toda vez que no identificó claramente el cargo, acto u omisión que se atribuyen a los responsables de la contravención, puesto que la calificación de la conducta del exportador en la comisión de un ilícito tributario aduanero de contrabando no puede ser la misma que el de la empresa de transporte.

Aduce que, es evidente que el Acta de Intervención Contravencional, no estableció la responsabilidad que le corresponde al transportista en el presunto ilícito de contrabando, además que no citó la normativa que hubiera contravenido; por otro lado, establece de manera general la tipicidad de los incs. b) y g) del art. 181 de la Ley 2492 CTB, sin individualizar la que corresponde al exportador y al transportista, consecuentemente, se evidencia que la Resolución Sancionatoria en Contrabando no contiene los fundamentos de hecho y de derecho que respalden su motivación, a efectos de un acto administrativo completo, sin vicios que vulneren el principio del debido proceso y su elemento principal que es el derecho a la defensa de todo administrado.

En ese sentido, señala que el Acta de Intervención Contravencional ANGRPTS-UFIPR-AI-003/2011, no cumple con las previsiones normativas contenidas en los Arts. 96, parag. II y 168 parag. I de la Ley 2492 CTB, al no contar con fundamentación de hecho, de derecho y la calificación concreta de la conducta, que determine los cargos específicos del exportador y de la empresa de transportes, por lo que está viciada de nulidad, vulnerando la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa, reconocidos en los arts. 115 parag. I y II, y 117 parag. I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y 68 num. 6 de la Ley 2492 CTB. En consecuencia, se establece que conforme a lo dispuesto por el parag. II del art. 36 de la Ley 2341 LPA, aplicable en materia tributaria por mandato del num 1, art. 74 de la Ley 2492 CTB, correspondía anular la Resolución del Recurso de Alzada ARIT/CHQ/RA 0176/2013 de 8 de julio, emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria Chuquisaca, con reposición de obrados hasta el vicio más antiguo, esto es, hasta el Acta de Intervención Contravencional AN-GRPTS-UFIPR-AI-003/2011 de 2 de diciembre, debiendo la Gerencia Regional Potosí de la Aduana Nacional, emitir nuevamente el Acta de Intervención Contravencional que individualice la tipicidad incurrida por el exportador y el transportista, que esté debidamente fundamentada con argumentos de hecho y de derecho; sea en cumplimiento de los requisitos establecidos por los arts. 96 parag. II; 168 parag I, de la Ley 2492 CTB y 66 del D.S. 27310 RCTB.

Sostiene, que los argumentos del demandante no son evidentes, de modo que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1867/ 2013 de 14 de octubre de 2013, fue dictada en estricta sujeción a lo solicitado por las partes, los antecedentes del proceso y la normativa aplicable al caso, por lo que se ratifican en todos y cada uno de los fundamentos de la Resolución Jerárquica impugnada que deben ser considerados; por lo que reitera que la endeble demanda contencioso administrativa carece de sustento jurídico tributario, siendo evidente que no existe agravio ni lesión de derechos causados con la resolución impugnada.

Alude, la línea doctrinal de la Autoridad de Impugnación Tributaria contenida en el Sistema de Doctrina Tributaria SIDOT V. 3, respecto a que la falta de tipificación de la conducta, en el Acta de Intervención lesiona el derecho al debido proceso, a la defensa y a la seguridad jurídica motivo por el cual dicho Acto Administrativo se encuentra viciado de nulidad. Asimismo, cita la Resolución AGIT-RJ/0257/ 2010 de 20 de julio de 2010 respaldada en el art. 168, parag. I y III, de la Ley 2492 CTB, y hace referencia a la Sentencia Constitucional N°584/ 2006-R de 20 de julio. Consecuentemente, advierte que el Acta de Intervención debe contener de manera clara y precisa la calificación legal de la conducta, situación que en el presente caso no se produjo.

PETITORIO.

En mérito a los antecedentes y fundamentos anotados precedentemente, solicita declarar IMPROBADA la demanda contencioso administrativa interpuesta por la Gerencia Regional Potosí de la Aduana Nacional, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico impugnada.

Continuando con el trámite del proceso, se advierte que la Gerencia Regional de Potosí de la Aduana Nacional, presentó el memorial de réplica que cursa de fojas 49 a 51, en el que reiteró los argumentos desarrollados en el memorial de demanda, corriéndose traslado para la dúplica a través de providencia de fojas 52, dando lugar a que la autoridad demandada presente la dúplica a fojas 55 a 56 y vuelta, escrito mediante el cual ratifica los fundamentos esgrimidos en la contestación. Asimismo, habiendo tomado conocimiento del proceso el tercero interesado, formula su contestación negativa a la demanda y solicita la declare IMPROBADA la misma, a través del memorial de fojas 169 a 171 y vuelta. En virtud al estado del proceso, por providencia de fojas 172, no habiendo más que tramitar, se decretó "AUTOS PARA SENTENCIA".

III.- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

En el desarrollo del proceso en sede administrativa, se cumplieron las siguientes fases, hasta su agotamiento, de cuya revisión se evidencia:

1.- Que el 17 de enero de 2011, se produjo la salida efectiva de exportación por la Aduana Frontera Avaroa de 15 mezcladoras de concreto y 2 mezcladoras betón, cuya exportación corresponde a Luis Espinoza Fernández, país de origen Bolivia, partida arancelaria 8474.31.90.00, país de destino: Iquique-Chile, con las DUE C-87, C-88, C-349, C-350, C-351 y C-510, cuya documentación soporte consiste en: Certificados de Salida, Facturas Comerciales de Exportación, Listas de Empaque, los MIC/DTA y Cartas Porte (fs. 9 a 53 del Anexo 3).

2.- La Comunicación Interna AN-GNFGC-DIAFC-203/ 11 de 13 de mayo de 2011, señala que se verificaron en el sistema de exportación 38 hormigoneras correspondientes a 13 trámites de exportación efectuados por la Aduana Frontera Avaroa, por lo que la Gerencia Nacional de Fiscalización instruyó a la Unidad de Fiscalización de la Gerencia Regional Potosí, efectuar el Control Diferido Regular de las 13 DUE, a objeto de verificar si el proceso de nacionalización de los camiones observados fue realizado en el marco de la Ley (fs. 1 a 2 del Anexo 3).

3.- El 11 de julio de 2011, mediante nota AN-GRPGR-UFIPR-C-0113/2011, la Unidad de Fiscalización de la Gerencia Regional Potosí, solicitó a la Administración de Aduana Frontera Avaroa de la Aduana Nacional, para control Diferido Regular las DUE C-87, C-88, C-

348, C-349, C-350, C-351, C-510, C-511, C-512, C-513, C-550, C-565 Y C-579, más su documentación soporte en originales; el 12 de julio de 2011, la Administración de Aduana Frontera Avaroa de la Aduana Nacional mediante nota AN-GRPGR-AVAPF N°134/2011, remitió a la Unidad de Fiscalización de la Gerencia Regional Potosí la documentación solicitada (fs. 3 y 5 del Anexo 3).

4.- El 5 de agosto de 2011, mediante correo electrónico remitido por la Unidad de Fiscalización de la Gerencia Regional Potosí a la Administración de Aduana Frontera Avaroa, comunicó que en la documentación remitida existe la ausencia de documentación exigida por el inc. c) num. 15, de la RD N°01-140-06, así como del Carnet de Identidad o NIT del exportador, por lo que solicitó que la documentación ausente sea remitida; el 9 de agosto de 2011, la Administración de Aduana Frontera Avaroa mediante Nota CITE: AVAPF N°156/11, indica que las DUE fueron sorteados a canal verde, por lo que conforme a procedimiento se dio curso al despacho y la confirmación de la salida de la mercancía (fs. 7 a 8 del Anexo 3).

5.- El 19 de septiembre de 2011, la Gerencia Regional Potosí emitió el Informe AN-GRPGR-ULEPR-I N° 51/2011, el cual indica que de las 7 diligencias de Control Diferido Regular, 3 se notificaron personalmente y en 4 no se identificó el domicilio de las personas, recomendando su notificación por edictos. El 26 y 30 de septiembre de 2011, la Gerencia Regional Potosí de la Aduana Nacional realizó la primera y segunda publicación de las notificaciones en la que se emplaza al exportador con la presentación de la DMI, DUI, factura comercial u otro (fs. 70 a 79 del Anexo 3).

6.- El 7 de octubre de 2011, la Administración Aduanera emitió el informe AN-UFIPR-I N°171/2011, el cual indica que las 13 Declaraciones de Mercancías se tratan de Mezcladoras de Concreto, que cuentan con documentación de soporte consistente en: Factura Comercial de Exportación, Lista de Empaque, MIC/DTA, Carta Porte (excepto las DUE C-348, C-349, C-350 Y C-351) y Certificado de Salida, además consignan en la casilla 16-Origen- como si fuesen de origen boliviano, indica que en las 13 DUE, no adjuntaron ninguno de los documentos exigidos por el inc. c), num. 15, de la RD N°01-014-06, que aprobó el procedimiento de exportación definitiva, que la descripción de la mercadería en las DUE y documentos soporte es genérica, sin detallar las características de dichas máquinas, que fueron consignadas en la partida arancelaria 8474.31.90.00, que el domicilio declarado en las DUE, es inexacto; por lo que concluyó que las 38 máquinas exportadas con las 13 DUE, no cuentan con documentos que evidencien que la mercancía exportada fue legalmente importada al país y que estaba en libre circulación al ser exportada, tal como exige la RD N°01-014-06, estableciendo que la conducta se considera como ilícito de contrabando conforme a los incs. b) y g) del art. 181 de la Ley N°2492 CTB, recomendando se emitan las Actas de Intervención correspondientes (fs. 80 a 89 del Anexo 3).

7.- El 21 y 26 de diciembre de 2011, la Administración Aduanera notificó en secretaría a Luis Espinoza Fernández y Fernando Flores Choque, representante de la Empresa de Transportes Orient Truck FF SRL con el Acta de Intervención AN-GRPTS-UFIPR-AI-003/2011, de 2 de diciembre de 2011, el cual señala que el exportador Luis Espinoza Fernández notificado por Edicto el 26 y 30 de septiembre de 2011, no presentó descargos, por lo que las 17 máquinas mezcladoras de concreto exportadas mediante 6 DUE, no cuentan con documentos que evidencien que la mercancía se encontraba en libre circulación al momento de su exportación conforme establece el inc. c) num. 15, de la RD N°01-014-06; por lo que presume la Comisión de Contrabando Contravencional, conforme a los incs. b) y g) del

art. 181 de la Ley N°2492 CTB, con la multa del 100% del valor de las mercancías, toda vez que no pueden ser objeto de comiso, estableciendo un total de tributo omitido de 108.577,88 UFV, otorgándole el plazo de tres (3) días para presentar descargos (fs. 98 a 107 y 114 a 115 del Anexo 3).

8.- El 27 de febrero de 2013, la Administración Aduanera notificó en Secretaría a Luis Espinoza Fernández y Fernando Flores Choque, representante de la empresa de Transportes Orient Truck FF SRL, con la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGRULEPR-RS-005/2013, de 21 de febrero de 2013, que declaró probada la contravención aduanera por contrabando contra las citadas personas, disponiendo que no existe mercancía comisada para que se aplique el art.181, parag. II, de la Ley N°2492 CTB, imponiendo la multa del 100% del valor de la mercancía objeto de contrabando que asciende a $us 101.184.-, que además se proceda con la ejecución tributaria, la captura del vehículo descrito en el Acta de Intervención AN-GRPTS-UFIPR-AI-003/2011 y la anulación de las DUE C-87, C-88, C-349, C-350, C-351 y C-510 (fs. 116 a 122 del Anexo 3).

9.- La citada Resolución Sancionatoria, dio lugar a que Luis Espinoza Fernández (transportista) y Fernando Flores Choque (representante de la Empresa de Transportes Orient Truck FF SRL), interpusieran Recurso de Alzada en contra de la mencionada Resolución; dicho recurso fue resuelto a través de la Resolución ARIT-CHQ/RA 0176/2013 de 8 de julio (fs. 156 a 162 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria de Chuquisaca, misma que CONFIRMÓ la Resolución Sancionatoria en Contrabando Contravencional AN-GRPGR-ULEPR-RS-005/2013, de 21 de febrero de 2013, así como la imposición de la sanción consistente en el pago de la multa igual al cien por ciento de la mercancía, objeto de contrabando por $us 101.184.- de acuerdo al art. 181 parag. II del CTB.

10.- Contra la referida Resolución de Alzada, la Empresa de Transporte Orient Truck FF SRL, representada por Fernando Flores Choque, interpuso Recurso Jerárquico mediante memorial de fojas 180 a 183 y 187 (Anexo 1 de los antecedentes administrativos), mismo que fue resuelto a través de la Resolución AGIT-RJ 1867/2013 de 14 de octubre (fs. 226 a 235 del Anexo 2 de antecedentes administrativos), que resuelve en virtud a lo dispuesto por el parág. II del art. 36 de la Ley 2341 (LPA) aplicable en materia tributaria por mandato del num. 1 del art. 74 de la Ley 2492 CTB, anulando la Resolución de Alzada ARIT-CHQ/RA 0176/2013 de 8 de julio, emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria Chuquisaca, con reposición de obrados hasta el vicio más antiguo, es decir hasta el Acta de Intervención Contravencional AN-GRPTS-UFIPR-AI-003/2011, de 2 de diciembre de 2011, debiendo la Gerencia Regional Potosí de la Aduana Nacional, emitir nuevo Acta de Intervención Contravencional que individualice la tipicidad incurrida por el exportador y el transportista, que esté debidamente fundamentada con argumentos de hecho y de derecho; en cumplimiento de los requisitos establecidos por los arts. 96 parag. II; 168 parag. I, de la Ley 2492 CTB y 66 del Decreto Supremo N°27310 RCTB (fs. 226 a 235 del Anexo 2 de antecedentes administrativos).

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

Expuestos los antecedentes administrativos e ingresando a efectuar el control de legalidad sobre la aplicación de la ley, se establece:

Que el motivo de la litis dentro del presente proceso, consiste en que, la Autoridad de Impugnación Tributaria habría emitido una Resolución Jerárquica, ultra petita al anular el Acta

de Intervención AN-GRPTSUFIPR-AI-003/2011, porque no cumple las condiciones establecidas en el art. 96 parág. II y 168 parag. I del Código Tributario Boliviano, debiendo la Administración Aduanera, emitir nuevo Acta de Intervención Contravencional.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Que, la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, reviste características de juicio ordinario de puro derecho, cuyo conocimiento y resolución esta atribuido por mandato de los artículos 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, en concordancia con los artículos 778 a 781 del Código de Procedimiento Civil, siendo el objeto de acuerdo a las circunstancias acreditadas, conceder o negar la tutela solicitada por el demandante, por cuanto el trámite en la fase administrativa se agotó en todas sus instancias con la resolución del recurso jerárquico; por consiguiente, corresponde a este Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos sucedidos en fase administrativa y realizar control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

Determinada la competencia de este Tribunal; antes de ingresar al análisis de la controversia formulada, es preponderante realizar las siguientes consideraciones de orden doctrinal y legal, respecto a las nulidades debemos señalar que: Para el tratadista Guillermo Cabanellas, la nulidad "constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos" (Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo III. Ed. Heliasta. Bs.As. Argentina. Pág. 52.); para Alsina la nulidad "es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello" (Alsina Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo IV. Ed. Ediar. Bs.As. Argentina Pág. 627).

En el orden legal, los parágrafos I y II del artículo 36 de la Ley del Procedimiento Administrativo (Ley 2341) establece que: I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior. II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. La anterior norma es complementada con el artículo 55 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo que expresamente dispone: "Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo o adoptará las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas" (subrayado y negrillas añadidos). De tal forma, que la autoridad administrativa tributaria, puede disponer la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo, siempre y cuando se haya ocasionado indefensión a los administrados o se lesione el interés público.

La Sentencia Constitucional N°0275/2012 de 4 de junio de 2012, ha establecido que toda resolución sea jurisdiccional o administrativa a fin de garantizar el debido proceso, exige a la autoridad administrativa exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la Resolución Administrativa, para que la parte afectada por la Resolución Administrativa sepa exactamente cuáles son las razones que

motivaron la decisión final y si quiere, posteriormente poder impugnar esa resolución, la citada Sentencia Constitucional expresamente señala"… La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de junio, recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, ha establecido que el derecho al debido proceso ' ...exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".

Por otro lado, se debe indicar que el derecho a la defensa conforme la Sentencia Constitucional N°0024/2005 de 11 de abril de 2005, en materia de procedimiento administrativo comprende el derecho a la motivación o justificación de la resolución administrativa, en ese sentido, la referida Sentencia Constitucional expresamente señala: "(...)Respecto al derecho de defensa en el procedimiento administrativo, la doctrina reconoce que al igual que la defensa en juicio, consagrada constitucionalmente, es también un derecho aplicable al procedimiento administrativo, comprendiendo los derechos: a) a ser oído; b) a ofrecer y producir prueba; c) a una decisión fundada; y d) a impugnar la decisión; razonamiento coincidente con el expresado por la jurisprudencia constitucional que, en la SC 1670/ 2004-R, de 14 de octubre, que estableció la siguiente doctrina jurisprudencial "(...) es necesario establecer los alcances del derecho a la defensa reclamado por la recurrente, sobre el cual este Tribunal Constitucional, en la SC 1534/2003-R, de 30 de octubre manifestó que es la: '(...) potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos; interpretación constitucional, de la que se extrae que el derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: i) el derecho a ser escuchado en el proceso; ii) el derecho a presentar prueba; iii) el derecho a hacer uso de los recursos; y iv) el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal" (las negrillas son nuestras)".

De acuerdo a la precedente jurisprudencia constitucional expuesta, se establece, que el derecho a la defensa contiene entre otros derechos a una decisión fundada o dicho de otra forma a una Resolución Administrativa motivada o justificada, que implica exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la Resolución Administrativa, para que la parte afectada por la Resolución Administrativa sepa exactamente cuáles son las razones que motivaron la decisión final y posteriormente poder impugnar esa resolución. Sobre la falta de motivación de la resolución administrativa (sobre todo en materia de sanciones administrativas), la Sentencia Constitucional 0873 /2013 de 20 de junio de 2013 ha fijado con claridad que esta falta implica la lesión al derecho a la defensa y por ello señala: "La insuficiente motivación y fundamentación de las resoluciones administrativas en sede administrativa implica lesión del derecho a la defensa, por cuanto se da lugar a incertidumbre al procesado respecto al por qué de determinada sanción, tal cual ha ocurrido en autos".

Así también, se debe considerar que la potestad sancionadora en vía administrativa está sometida a los mismos principios rectores de las leyes penales ordinarias no obstante que ambas son materias distintas, por lo tanto, en el Derecho Administrativo debe también observarse los principios de legalidad, tipicidad, principio de presunción de inocencia, antijuricidad e imputabilidad dolosa o culpable. Estos principios inspiradores de orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, porque ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Así reconoció este Tribunal en la Sentencia N°159/2012 de 6 de junio de 2012 al disponer: "... en el ejercicio del ius puniendi la sanción especial en función a un deber tributario, aplicable al deber específico que surge de la relación entre la administración y el sujeto pasivo no puede estar desviada de la aplicación de los principios fundamentales del ejercicio del derecho punitivo del Estado, pues no está aislado de los preceptos y garantías constitucionales básicos, por cuanto el procedimiento sancionador debe constituir una garantía fundamental para el ejercicio de la potestad sancionadora, es decir, sancionar de manera adecuada y, sobre todo, porque permite a los ciudadanos hacer efectivas todas las garantías que se le reconocen frente al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado"; principios inmersos en la Ley N°2341 de

Procedimiento Administrativo (LPA) de 23 de abril 2002, así el art. 71 establece las sanciones administrativas que las autoridades competentes imponen a las personas, deben estar inspiradas en los principios de legalidad, de tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

A tal efecto, el art. 72 de la LPA dispone que las sanciones sólo pueden ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas en norma expresa; el principio de tipicidad (art. 73. I de la LPA) refiere que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias; mientras que el principio de presunción de inocencia (art. 74 LPA), mantiene tal situación mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo.

En el caso de autos, de la revisión de antecedentes administrativos, por efecto del Acta de Intervención Contravencional AN-GRPTS-UFIPR-AI-003/2011 de 2 de diciembre, se emitió la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGR-ULPR-RS 005/2013 de 21 de febrero, que declaró probada la comisión de contravención aduanera de contrabando en contra de Luis Espinoza Fernández y Fernando Flores Choque (Representante Legal de la Empresa de Transportes ORIENT TRUCK F.F. S.R.L.), Resolución confirmada por Resolución Recurso de Alzada ARIT/CHQ/RA 0178/2013 de 8 de julio, empero por Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1873/2013 de 14 de octubre, se anuló obrados hasta el vicio más antiguo, o sea, hasta el Acta de Intervención Contravencional antes mencionado, por el incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 96 de la Ley 2492, (falta de individualización de la tipicidad incurrida por el exportador y la empresa transportadora), de la normativa transcrita up supra como del análisis y fundamento contenida en resolución jerárquica por la AGIT, se colige y establece que el Acta de Intervención Contravencional realiza de manera general su diagnóstico de la comisión de contravención aduanera de contrabando atribuida a Luis Espinoza Fernández y Fernando Flores Choque, sin efectuar una adecuada fundamentación de los hechos que se subsuma en la normativa legal aplicable al caso, de forma individual y de manera fundamentada, lo cual afectó el derecho al debido proceso y a la defensa de los administrados, que obviamente deriva en la aplicación del art. 36 parag. I y II de la Ley del Procedimiento Administrativo (Ley 2341), norma complementada con el art. 55 del Reglamento a la Ley del Procedimiento

Administrativo, que faculta a la autoridad administrativa de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo o adoptará las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas, máxime, que la potestad sancionadora que tiene la Administración Aduanera para imponer sanciones por contravenciones aduaneras, debe estar sujeta a los principios, derechos y garantías constitucionales, como la normativa tributaria y aduanera, que en reguardo de lo mencionado, la Autoridad General de Impugnación Tributaria obró conforme a derecho en su determinación, decisión que este Tribunal Supremo de Justicia comparte y apoya el contenido de la resolución impugnada, por lo que la supuesta resolución ultra petita acusada por el demandante no es evidente ya que la nulidad dispuesta está respaldada plenamente conforme a derecho.

Con relación a que la Autoridad de Impugnación Tributaria, habría emitido una Resolución Jerárquica, Ultra petita -más allá de lo pedido- impele aclarar, que el Sujeto Pasivo, Fernando Flores Choque, representante de la Empresa de Transporte Nacional e Internacional "Orient Truck F.F. S.R.L." expresamente solicitó la NULIDAD DEL ACTA DE INTERVENCIÓN, en razón a que dicho documento no estableció la responsabilidad que le corresponde al transportista en el presunto ilícito de contrabando, tampoco citó la normativa vulnerada; por otro lado dedujo la tipicidad determinada en los incs. b) y g) del art. 181 de la Ley 2492 CTB, sin individualizar la que le corresponde al exportador por una parte y al transportista respectivamente.

En ese entendido, cabe puntualizar que de la revisión del Acta de Intervención Contravencional se evidencia que la Administración Aduanera, calificó la conducta de Luis Espinoza Fernández (exportador) y Fernando Flores Choque (empresa de transporte), como contravención aduanera de contrabando, al amparo de los incs. b) y g) del art. 181 de la Ley 2492 CTB, sin embargo, no discriminó el tipo contravencional sancionatorio al que se adecúa la conducta del exportador y de la empresa de transportes respectivamente; ante la evidente ausencia de una calificación específica de la conducta para cada sujeto procesal, es ineludible la indefensión del sujeto pasivo, situación que vulnera los arts. 96, parag. II y 168 de la Ley N°2492 CTB, toda vez que no identificó claramente el cargo, el acto u omisión que se atribuye a los responsables de la contravención, puesto que la calificación de la conducta del exportador en la comisión• de un ilícito tributario aduanero de contrabando, no puede ser la misma que la calificada a la empresa de transporte.

Por lo señalado, se evidencia que el Acta de Intervención Contravencional AN-GRPTS-UFIPR-AI-003/2011, no estableció la responsabilidad que le corresponde al transportista en el presunto ilícito de contrabando, además no especificó la normativa que hubiera contravenido; por otro lado, establece de manera general la tipicidad de los incs. b) y g) del art. 181 de la Ley 2492 CTB, sin individualizar la que le corresponde al exportador y al transportista, consecuentemente, se evidencia que la Resolución Sancionatoria en Contrabando, no contiene tanto los fundamentos de hecho como de derecho que respalden su motivación, a efecto de ser un acto administrativo completo, sin vicios que vulneren el principio del debido proceso en su elemento principal que es el derecho a la defensa de todo administrado.

V.1.- CONCLUSIONES.

En el marco de la fundamentación jurídica precedente y de la pretensión deducida en la demanda, se concluye que no son evidentes los reclamos planteados por la Administración

Aduanera, y consiguientemente la Autoridad General de Impugnación Tributaria AGIT, no incurrió en las vulneraciones acusadas de acuerdo con la problemática planteada, detallada en el NUMERAL IV de la presente resolución, que constituyen el objeto del proceso, no existiendo ninguna conculcación de normas legales, al contrario, se advierte que la autoridad demandada interpretó y aplicó correctamente las normas jurídicas inherentes al caso concreto, en consecuencia se debe mantener firme la Resolución de Recurso Jerárquico impugnada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los artículos 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, 778 al 781 del Código de Procedimiento Civil, en virtud a los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa de fojas 15 a 19 y vuelta, interpuesta por Manuel Félix Sangueza Guzmán, en su calidad de representante legal de Gerencia Regional Potosí de la Aduana Nacional, contra la Autoridad General de Impugnación Tributaria; en consecuencia, mantiene firme y subsistente la Resolución AGIT-RJ 1867/2013 de 14 de octubre, respecto a los puntos que fueron desarrollados en la presente resolución.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

6

Asociación de Propietarios el Terreno del Ex Ferrocarril La Paz – Beni "SIPROCO" c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 404 a 418 interpuesta por la Asociación de Propietarios de Terrenos del Ex Ferrocarril La Paz-Beni "SICOPRO", representada legalmente por Jorge Gregorio Toledo Rodríguez, conforme al Testimonio de Poder N° P-339/2013 de 9 de mayo de 2013, la contestación a la demanda de fs. 458 a 462, réplica de fs. 507 a 510, dúplica de fs. 515 a 517, respuesta del tercer interesado de fs. 705 a 711, los antecedentes del proceso y la emisión de la resolución impugnada, y;

I.1. CONTENIDO DE LA DEMANDA:

Que, Jorge Gregorio Toledo Rodríguez, en su calidad de representante legal de la Asociación de Propietarios de Terrenos del Ex Ferrocarril La Paz-Beni "SICOPRO", en virtud al Testimonio de Poder N° P-339/2013 de 9 de mayo, cursante de fojas 395 a 405, se apersona mediante memorial de fojas 406 a 418, manifestando que conforme a lo dispuesto por los arts. 115 num. II, 117 y 119 de la Constitución Política del Estado, art. 778 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, interpone demanda contenciosa administrativa contra la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0279/2013 de 4 de marzo y el Auto Motivado AGIT-RJ 0024/2013 de 19 de marzo.

I.2. ANTECEDENTES:

Refiere que, la Empresa Nacional de Ferrocarriles, fue una de las primeras entidades desconcentradas del Poder Público en dotar de viviendas de carácter social a más de 300 trabajadores, constituidos en una agrupación sin fines de lucro "SICOPRO", conforme a los estatutos; terrenos transferidos mediante escritura pública N°404 de 25 de julio de 1985.

Que ante una reunión con el Director de la Administración Tributaria de la Alcaldía de La Paz, está, ordenó la Fiscalización de los pagos anteriores a la Gestión 2009 y de la última gestión, fiscalización oficializada de oficio el 30 de noviembre de 2011, por el mal pago de las gestiones 2006, 2007, 2008 y por no pago de la gestión 2009, habiéndose emitido la Vista de Cargo N°100, sin mayor justificativo ni fundamento, se limitó a transcribir un Informe Técnico ATM/UFTM/FA/N°1003/2012, el cual establece que no se contaba con revalúo técnico, obteniéndose el importe del tributo más multa del 100%, mismo que fue objetado mediante memorial, reiterando que las construcciones antiguas existentes, no de ellos y que las nuevas constituyen obras clandestinas sobre terrenos municipales, que no son de propiedad de

"SICOPRO". Posterior a ello se emitió la Resolución Determinativa N°323, bajo el apoyo de los Informes Técnicos ATM/UFTM/ATP/N° 129/2012 y ATM/UFTM/ATP/IP/N° 249/2012, este último que indica que se disminuye la superficie de algunas construcciones, manteniéndose todos los demás datos técnicos, informe que toma en cuenta las características y valores determinados en resoluciones emitidas para cada gestión y aplica lo normado por el DS. 24204, cuyos avalúos sirven para el cobro en valor "Tablas", que los activos fijos no podrían ser expuestos a valor "0", concluyendo que los estados financieros de "SICOPRO", se encuentran subvaluados y que al no tener acceso a todas las construcciones por problemas de los fiscalizados, la predeterminación se realizó sobre base presunta agrupándola en bloques, aplicando para las construcciones antiguas el sistema del RUAT y para las construcciones nuevas, fotos aéreas, debido a que no se presentó el revaluó técnico.

Asimismo, refiere a la fase de impugnación tributaria, donde no se aplicó una correcta apreciación de la prueba aportada, al aplicar el sistema sobre tablas y hacer una liquidación retroactiva incluso por construcciones nuevas, siendo estas construcciones ajenas a las de la asociación, al cual se le da valor impositivo. Aduce que la Resolución Determinativa N°323 prescinde de fundamentación legal, en fin, reitera que las construcciones viejas (antiguas) y nuevas, no son de la asociación.

En relación a la prescripción de las gestiones 2006 y 2007, señala que, uno de los agravios expuestos en su recurso de Alzada, fue la prescripción y que la AGIT dio por bien hecho el proceder de la Administración Tributaria al dar a conocer sobre otra resolución, inobservando las normas previstas de la Ley N°2492, viciando el proceso de nulidad, conforme a la expresión de sus agravios.

I.3. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

Señala que, "SICOPRO" no mostró en momento alguno renuencia al pago de los tributos fiscales, cancelando gestión por gestión cumpliendo así con lo previsto por el art. 52 y 55 de la Ley N°843, que refieren al autoevaluó sobre libros, acorde con lo dispuesto por el DS. 24404, el cual será adjuntado una copia legalizada del certificado, una vez le extienda la repartición correspondiente, teniendo pagados hasta la gestión 2011 excepto la gestión 2009, debido a que persona ajena al directorio, sin representación legal canceló el tributo bajo el sistema de tablas (y no de libros) a los fines de regularizar su construcción clandestina, lo que originó que la liquidación sea diferente a la pagada hasta ese entonces por "SICOPRO", imposibilitando el pago por la gestión 2009, a más que ningún informe como el certificado predial emitido por la Unidad de Fiscalización Predial de la Sub Alcaldía Periférica III, acredita que todas las construcciones nuevas clandestinas se encuentran en áreas municipales, no existiendo distinción acerca de cuantas construcciones nuevas estarían incorporadas en el cuadro, no obstante todas son clandestinas; conforme lo expuesto, la Resolución de Recurso Jerárquico N° AGIT-RJ 00279/2013, al revocar totalmente la Resolución del Recurso de Alzada y mantener a FIRME Y subsistente la Resolución Determinativa N°323, vulnera mandatos constitucionales, quebranta, infringe y violenta disposiciones legales tanto adjetivas como sustantivas del marco legal tributario, viciando de nulidad el proceso al que se encuentra sujeto, a ese fin, pasa a detallar lo siguiente:

I.3.1. Cambio directo que realiza la Administración Tributaria del valor sobre libros al valor sobre tablas, interpretación de la norma que rige los métodos cierto y presunto e incumplimiento del art. 96 y 99 de la Ley N°2492; al respecto refiere que, la Administración Tributaria Municipal, se negó a escuchar que las construcciones nuevas no son de propiedad

de "SICOPRO", y que las construcciones antiguas no conforman el derecho de propiedad de la Asociación y son de "ENFE", no correspondiendo haberse exigido una nueva valuación; en ambos casos mencionan que demostraron con prueba fehaciente, además de lo que establecen los informes, aplicando erróneamente el método de la base presunta, con el pretexto de que no se contaba con el revaluó técnico, que el proceso de fiscalización debió previamente verificar ambos cuestionamientos y no elegir directamente el método de la base presunta, para obtener la base imponible; que la jurisprudencia sentada por la Excma. Corte Suprema de Justicia ahora Tribunal Supremo de Justicia, distingue claramente ambos métodos, previstos en el art. 43 de la Ley N°2492, y que el Valor de Libros servían para aplicar el Método de la Base Cierta y no, el de no poder ingresar a las nuevas construcciones; así también aduce que no existe norma reglamentaria que permita cambiar el Sistema sobre Libros al de Tablas, a simple petición de un tercero a título de "buena fe", asumiendo la Administración que nuestros estados financieros estaban subvaluados; también refiere, a que, las vetustas construcciones, no son parte de la transferencia que les hizo "ENFE", como bien lo expresa la Cláusula Novena de la Escritura de Transferencia de fs.102 a 108, construcciones antiguas que no fueron desmanteladas aun por ENFE, documento sobre el cual no se hizo análisis alguno, con el pretexto de no corresponder las construcciones a un Valor "0", infringiendo de esta manera lo normado por los arts. 43 de la Ley N°3492 y art. 12 del DS.24204, y la incorrecta valoración de la prueba de descargo, infringiendo los arts. 76, 77 y 79 de la Ley N°2492.

I.3.2. Normativa constitucional vulnerada y violentada; manifiesta que, la Resolución del Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0279/2013, no observa el debido proceso, suprime el derecho de defensa, dejándolos en completa indefensión, recayendo en lo previsto por el art. 55 del DS. 27113, al tratarse de diferentes actos administrativos reiteradamente errados, no sujetándose a procedimiento y menos fundamentado en derecho, estando limitado a repetir los fundamentos del Informe Técnico de .fs. 331 a 345, violentándose de esta manera el art. 110 de la Constitución Política del Estado, porque la resolución resulta contraria a las leyes, toda vez que se olvidó que durante treinta años vienen tratando de regularizar su techo propio, suprimiéndoles de esta forma el derecho al debido proceso, el de igualdad, de defensa, de acceso a la justicia imparcial previstos en los arts. 19, 115-11, 119-11 de la Constitución Política del Estado, más aun si la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 4 inc. a), d) y f), proclaman como principios de la actividad administrativa "el servicio al interés de la colectividad, investigación de la verdad material", los mismos que se hallan incumplidos.

I.3.3. Inobservancias de las normas procesales que vician el tramite con nulidad y anulabilidad; aduce que, la Administración Tributaria Municipal, al emitir la Vista de Cargo de fecha 13 de abril de 2012 y Resolución Determinativa N°323 de 28 de junio de 2012, e incluir en la liquidación supuestamente adeudada sobre el IPBI, reajuste retroactivo por las gestiones 2006, 2007 y 2008, además de la liquidación de la gestión 2009, hace cálculo retroactivo a gestiones ya pagadas, habiendo planteado en el recurso de alzada prescripción por las gestiones 2006 y 2007, amparados en los arts. 59 y 60 de la Ley N°2492, aspecto que la Administración Tributaria no se pronunció sobre ese derecho formulado, alegando que lo resolverían posteriormente, fracturando de esta manera el principio de Pertinencia, decisión que no cumple con lo dispuesto por el art. 211 num. I de la Ley N°2492 y art. 63 num. II de la Ley N°2341, hecho confirmado por la Resolución Jerárquica, el cual es carente de fundamento propio ya que hizo transcripción casi íntegra de todo el trabajo del llamado

Informe Técnico Jurídico de fs. 331 a 345, contrario a lo previsto por el art. 211 num. III de la Ley N°2492.

Asimismo, refiere que no fueron notificados legalmente con el recurso interpuesto por la Administración Tributaria Municipal (recurso jerárquico), habiéndoles notificado en Secretaria, conforme la diligencia de fs. 320, cuando conocían su domicilio, que si bien la Ley N°3092 en su art. 205, ha dispuesto que se proceda de ésta manera, el legislador debió tener presente que las normas adjetivas, no pueden contener un espíritu lesivo a lo que constituye el debido proceso y el derecho a la defensa, habida cuenta que la Constitución Política del Estado, en sus arts. 115, 116 y 119-11, garantizan y resguardan los derechos de la ciudadanía, siendo estos inviolables, contraviniendo también el principio de supremacía constitucional previsto en el art. 410, así como el art. 33 de la Ley 2341, siendo que la indefensión se hace evidente.

I.4. PETITORIO.

En mérito a lo expuesto, solicita que se declare probada la demanda, condenando al pago de daños y perjuicios, en cuyo mérito se disponga Revocar y dejar sin efecto la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0279/2013 de 4 de marzo, y el Auto Complementario N° AGTI-RJ 0024/2013 de 19 de marzo, y reponiendo la Resolución del Recurso de Alzada N° ARIT-LPZ/RA 0877/2012 de 29 de octubre.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

La Autoridad General de Impugnación Tributaria, se apersonó al proceso y respondió negativamente a la demanda por memorial de fs. 458 a 462, señalando lo siguiente:

Que la Resolución del Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0279/2013 de 4 de marzo, está plena y claramente respaldada en sus fundamentos técnicos jurídicos, que el enfoque desarrollado por el demandante en la presente acción pretende inducir en error a sus dignas autoridades:

Respecto a la determinación sobre base presunta; refiere que de la compulsa de los antecedentes, se advierte que el 20 de diciembre de 2011, la Administración Municipal, notificó al sujeto pasivo con la Orden de Fiscalización N°12/2011, por el mal pago del IPBI de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009, requiriendo toda la documentación pertinente; asimismo el 2 de abril de 2012, la Administración Tributaria Municipal emitió el Informe ATM/UFTM/ATP/ IP/ N' 129/2012, que señala que revisados los datos encontrados en el PMC, reportes catastrales de gestiones pasadas y los descargos presentados por el contribuyente, se evidenció la existencia de un levantamiento topográfico del cual se digitalizan todos los puntos de georeferenciación, dando como resultado una superficie de 36.515,70 mts2, sin embargo el 29 de marzo de 2012, se presentó fotocopias de la Tarjeta de Propiedad con número de partida 011087671 a nombre del Sindicato Ferroviario Único Central Cooperativa de Vivienda Unifamiliar 21 de enero y Asociación de Profesionales y Técnicos ENFE, donde consigna una superficie de 23.579 mts2., que en el plano de levantamiento georeferenciado presentado, estaba incluida la superficie cedida al Municipio, así como la inspección realizada en el sitio con miembros de "SICOPRO", no habiendo ingresado a todos los bloques de construcción, en consecuencia la determinación de los datos técnicos se realizó sobre base presunta, en base a fotos tomadas en el sitio mediante tablas de valuación de construcciones, separándolas por bloques, los antiguos bajo el sistema RUAT, los bloques inspeccionados, fotos aéreas 2009-2011, bloques 5, 6, 9, 19 y 24 se

consideraron según el sistema RUAT, hasta la gestión 2010, sobre el factor de inclinación se observó que la avenida Periférica correspondía al factor 0.1-plano, corroborado según apreciación del exterior.

Que el Informe ATM/UFTM/FA N°1003/2012, señala la independencia del pago por gestión de acuerdo a los arts. 51 y 54 de la Ley N°2492, y que el sujeto pasivo no regularizó los adeudos tributarios del inmueble con registro tributario N°66370, por lo que correspondía la emisión de la Vista de Cargo sobre base presunta.

En fin, aduce que la Vista de Cargo tomó como base el Informe descrito precedentemente, y que fue de pleno conocimiento de "SICOPRO", conforme se advierte de la diligencia de notificación personal; asimismo, aclara que la base imponible para la determinación del IPBI, se estableció mediante las Resoluciones Supremas, los que instituyen que las instituciones que poseen bienes consignados en sus registros contables como activos fijos, según dispone el art. 37 del DS. 24051, tomarán como base imponible para el pago del IPBI, el valor de los mencionados inmuebles, el cual no podrá ser distinto al expuesto en sus estados financieros presentados y/o declarados, en el presente caso considerando los libros de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009, que de la revisión del balance general al 31 de diciembre, presentada por "SICOPRO", dentro su Activo Fijo solo presentaron sus bienes como terrenos y no consigna las edificaciones, tanto antiguas como nuevas, los cuales deberían estar consignados en sus bienes de uso, motivo por el cual la Administración Tributaria estableció la Base Imponible del IPBI, sobre valor en tablas, estableciendo los datos técnicos de acuerdo a inspección predial in situ, datos obtenidos en su PMCA, reportes catastrales de gestiones pasadas, según el formulario "B", debido a que la Administración Tributaria no pudo ingresar a todos los bloques de la construcción, siendo a partir de estos elementos, que se procedió a aplicar el valor en tablas. Los estados financieros deben contener toda la información y discriminación básica y adicional que sea necesaria para una adecuada interpretación de la situación financiera y de los resultados económicos del ente a que se refieren, conforme los artículos 70 y 76 de la Ley N°2492, considerando las obligaciones del sujeto, así como la carga de la prueba.

Refiere que la Vista de Cargo, cuenta con todos los elementos y fundamentos para la determinación de la base presunta correspondiente de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009 conforme lo previsto en el num. 1 parágrafo I del art. 45 de la Ley N°2492, determinando la deuda tributaria en 683.734 UFV importe compuesto por el tributo omitido intereses, multa por incumplimiento a deberes formales, asimismo, califica la conducta como omisión de pago, conforme el art. 165 de la Ley N°2492, conteniendo fundamentos de hecho, derecho, elementos y valoraciones respectivas, cumpliendo a cabalidad los requisitos previstos por el art. 96 de la Ley N°2492.

Con relación a la Resolución Determinativa N°338 (quiso decir 323); refiere que se verificó que la misma cumple con los requisitos previstos en el art. 99 parágrafo II de la Ley N°2492, estableciéndose que la Administración Tributaria Municipal, señaló de manera correcta la base imponible del Impuesto a la Propiedad de Bienes Inmuebles de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009 sobre base presunta, aplicando correctamente la normativa citada, por lo que no carece de fundamentación, ni de vicios de nulidad, no existiendo conculcación a garantías, principios y derechos fundamentales constitucionales (debido proceso y defensa) como pretende hacer creer el demandante.

Sobre la solicitud de prescripción; señala que, en antecedentes cursa la Resolución Administrativa GAMLP/ATM/UFTM/AL N°123/2012, la cual resuelve rechazar la prescripción solicitada; de igual manera el Auto Motivado AGIT-RJ 0024/2013, donde se aclaró que el acto impugnado por el sujeto pasivo en instancia de Alzada fue la Resolución Determinativa N°323, acto que no contiene ningún pronunciamiento sobre la prescripción, no correspondiendo a esta instancia jerárquica disponer la exclusión de la deuda del IPBI por las gestiones 2006 y 2007.

En relación a la notificación en Secretaria del Recurso Jerárquico, planteado por la Administración Tributaria, refiere que el mismo fue en cumplimiento al art. 205 del CTB, por lo que no es evidente lo señalado por el demandante, siendo que la AGIT aplicó correctamente la normativa.

II.1. PETITORIO.

En mérito a los antecedentes y fundamentos anotados precedentemente, solicita se declare Improbada la demanda contenciosa administrativa interpuesta por la Asociación de Propietarios del Terreno del Ex Ferrocarril La Paz-Beni "SICOPRO", impugnando la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0279/2013 de 4 de marzo, emitida por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

III.- Antecedentes MINISTRATIVOS Y PROCESALES.

A efecto de resolver, corresponde señalar que los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente:

1. Que el 19 de diciembre de 2011, la Unidad Especial Gestora de la Administración Tributaria del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, notificó a Edgar Dávila Fernández, representante legal de la Asociación de Propietarios de Terrenos del Ex Ferrocarril La Paz-Beni "SICOPRO", con la Orden de Fiscalización N°12, que comunicó el inicio del proceso de fiscalización con determinación de oficio por el Mal Pago del Impuesto a la Propiedad de Bienes Inmuebles (IPBI), de las gestiones fiscales de su inmueble ubicado en la Avenida Chacaltaya , zona Pura Kit-a; asimismo se le solicitó la documentación consistente en: 1. Testimonio de Propiedad y Folio Real o Tarjeta de Propiedad; 2. Documento de identidad; 3. Comprobantes de pago del Impuesto a la Propiedad de Bienes Inmuebles por las gestiones indicadas; 4. Certificado Catastral o Formulario Único de Registro Catastral (si posee); 5. Plano de Fraccionamiento (si se trata de una propiedad horizontal); 6. Otros documentos pertinentes al caso; 7. Estados Financieros por las gestiones indicadas, cursante de fs. 51 a 52 del Anexo 1 de los antecedentes del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz.

2. El 13 de abril de 2012, la Unidad Especial Gestora de la Administración Tributaria del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, notificó a Edgar Dávila Fernández, representante legal de "SICOPRO", con la Vista de Cargo N°100 (proceso P11-2011-12/2011) de 13 de abril de 2012, que procedió a establecer el impuesto omitido sobre Base Presunta de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009, de acuerdo a la escala de valores impositivos aprobada mediante la Ley 843, Decretos Reglamentarios y Resoluciones Supremas, por la no regularización de los adeudos tributarios del inmueble con registro tributario N°66370, cursante de fs. 249 a 256 del ANEXO 2 de los antecedentes del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz.

3. Memorial de 10 de mayo de 2012, de "SICOPRO", con la suma "OBJETA Y CUESTIONA INJUSTIFICADA, COMO ERRADA VISTA DE CARGO y PIDE NULIDAD, POR

SU INCONGRUENCIA, CONTRAVENCION Y FALTA DE RESPALDO LEGAL", cursante de fs. 358 a 362 del ANEXO 2 de los antecedentes del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz.

4. Resolución Determinativa N°323 de 28 de junio de 2012, que resuelve de ofició sobre base presunta, determinar la obligación impositiva a favor del GAMLP, por el contribuyente "SICOPRO", la suma de Bs. 1.077.870, por concepto del IPBI, de las gestiones fiscales de 2006, 2007, 2008 y 2009. Asimismo, de conformidad al art. 165 de la ley 2492, sanciona al contribuyente con una multa equivalente al 100% sobre el tributo omitido, cuyo importe es de Bs. 812.340, cursante de fs. 401 a 407, del ANEXO 3 de los antecedentes del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz.

5. Resolución Administrativa GAMLP/ATM/UFTM/AL N°123/ 2012 de 9 de agosto de 2012, que resuelve rechazar la prescripción de las facultades de la Administración Tributaria Municipal del IPBI del inmueble N°66370 de propiedad de "SICOPRO", de las gestiones 2006 y 2007, cursante de fs. 422 a 423 del ANEXO 3, de los antecedentes del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz.

6. Resolución del Recurso de Alzada ARIT-LPZ/RA 0877/ 2012 de 29 de octubre, el cual resuelve Anular la Resolución Determinativa N°323 proceso N° P11-2011-12/2011 de 28 de junio de 2012, hasta la Vista de Cargo N°100 Proceso N° P11-12/2011 de 13 de abril de 2012, asimismo señala que la Administración Tributaria Municipal, debe establecer correcta y fehacientemente los factores de la base imponible realmente existentes en el inmueble N°66370, de propiedad de "SICOPRO"., cursante de fs. 429 a 442, de los antecedentes del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz.

7. Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0279/2013 de 4 de marzo, que resuelve Revocar totalmente la Resolución ARITLPZ/ RA 0877/2012 de 29 de octubre, y mantiene firme y subsistente la Resolución Determinativa N°323 de 28 de junio de 2012, cursante de fs. 443 a 458, de los antecedentes del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz.

En el curso del proceso contencioso administrativo, se dio cumplimiento al procedimiento de puro derecho señalado por los arts. 781 y 354-11 y III del Código de Procedimiento Civil, en vista de que aceptada la respuesta a la demanda por decreto de fs. 503, en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 354-11 del Código de Procedimiento Civil, se corrió traslado al demandante para la réplica, el mismo que cursa de fs. 507 a 510, dúplica de fs. 515 a 517 del expediente, respuesta del tercer interesado Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, cursante de fs. 705 a 711.

2.- Concluido el trámite se decretó a fs. 721, "autos para sentencia".

Previo a establecer la controversia, resulta necesario señalar que, la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, reviste características de juicio ordinario de puro derecho, cuyo conocimiento y resolución esta atribuido por mandato de los artículos 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, en concordancia con los artículos 778 4. 781 del Código de Procedimiento Civil, siendo el objeto de acuerdo a las circunstancias acreditadas, conceder o negar la tutela solicitada por el demandante, por cuanto el trámite en la fase administrativa se agotó en todas sus instancias con la resolución del recurso jerárquico; por consiguiente, corresponde a este Tribunal analizar s fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos sucedidos en fase administrativa y realizar control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

IV. De la Problemática Planteada.

Sobre la problemática planteada, esta se presenta en los siguientes puntos:

1. Si la Autoridad General de Impugnación Tributaria, realizó una interpretación errónea de la norma que rige para la determinación de la base imponible sobre base cierta y presunta, infringiendo lo previsto por los arts. 54, 55 de la Ley N°843, art. 43 de la Ley N°2492 y art. 12 del DS. 24204, incumpliendo además lo descrito por los arts. 96 y 99 de la referida Ley.

2. Si existe normativa constitucional vulnerada, art. 115.1-11 y 119 CPE.

3. Si la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ/0279/2013, inobservó los arts. 211 num. I y II de la Ley N°2492, y art. 63 num. II de la Ley 2341 pueden viciar el trámite con la nulidad y anulabilidad.

4. Si la AGIT obró de manera correcta en relación a la solicitud de prescripción del IPBI de las gestiones 2006 y 2007.

Del análisis y compulsa de los antecedentes señalados, en relación con los datos procesales y la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1054/2013, que resuelve el Recurso Jerárquico impugnado, por su orden se tiene:

IV.1. Si la Autoridad General de Impugnación Tributaria, realizó una interpretación errónea de la norma que rige para la determinación de la base imponible sobre base cierta y presunta, infringiendo lo previsto por los arts. 54, 55 de la Ley N°843, art. 43 de la Ley N°2492 y art. 12 del DS. 24204, incumpliendo además lo descrito por los arts. 96y 99 de la referida Ley.

Antes de ingresar al análisis del caso concreto, es preciso recordar que la obligación tributaria es netamente de derecho público, cuyo contenido se traduce en el vínculo entre el acreedor y el deudor tributario, establecido y determinado por ley, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria, siendo exigible inclusive coactivamente, es así que, esta obligación tributaria nace cuando se realiza el hecho previsto en la ley, como generador de dicha obligación.

Por su parte, el art. 108 num. 7 de la Constitución Política del Estado, determina la' obligación de tributar en proporción a su capacidad económica, conforme con la ley, asimismo, dentro de este marco conceptual, se tiene que los impuestos municipales son obligatorios cuando en su creación han sido observados los requisitos constitucionales, tal entendimiento ha sido recogido en el art. 323 de la actual Constitución Política del Estado. Asimismo, el art. 52 de la Ley N°843, prescribe "Créase un impuesto anual a la propiedad inmueble situada en el territorio nacional que se regirá por las disposiciones de este Capítulo.

Son sujetos pasivos del impuesto las personas jurídicas o naturales y las sucesiones indivisas, propietarias de cualquier tipo de inmuebles, incluidas tierras rurales obtenidas por títulos ejecutoriales de reforma agraria, dotación, consolidación, adjudicación y por compra y por cualquier otra forma de adquisición. Los copropietarios de inmuebles colectivos de uso común o proindivisos, serán responsables del tributo por la parte en prorrata que les correspondiere"

Así el art. 54 de la Ley N°843, establece que "La base imponible del IPBI, se constituirá por el avalúo fiscal, determinado en cada jurisdicción municipal, en aplicación de las normas catastrales y técnico-tributarias urbanas y rurales emitidas por el poder ejecutivo";

empero el mismo compilado normativo, en su art. 55, prevé que "Mientras no se practiquen los avalúos fiscales mencionados, la base imponible estará dada por el autoevalúo que practicarán los propietarios de acuerdo a lo que establezca la reglamentación que emitirá el poder ejecutivo, sentando las bases técnicas sobre las que los Gobiernos Municipales recaudarán este impuesto".

El art. 12 del DS. 24204, señala "La base imponible del Impuesto a la Propiedad de Bienes Inmuebles, está constituida por: 1. El Avalúo Fiscal que realicen los Gobiernos Municipales en sus correspondientes jurisdicciones en aplicación de las Normas Básicas emitidas por el Poder Ejecutivo. 2. Mientras no se apliquen los avalúos fiscales, a que se refiere el numeral precedente, los Gobiernos Municipales, realizarán la zonificación de su jurisdicción municipal y la respectiva valoración zonal, a efectos de proporcionar las correspondientes pautas para el auto avalúo, tanto del terreno como de la construcción, las mismas que servirán de base para la determinación de este impuesto; para este trabajo los Gobiernos Municipales que así lo requieran, podrán ser asistidos técnicamente por el Viceministerio de Vivienda y Urbanismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, así como también por las Prefecturas Departamentales que correspondan".

En el caso concreto, se tiene de antecedentes que, la Asociación de Propietarios del Terreno de Ex Ferrocarril La Paz- Beni "SICOPRO", presentó documentación de sus estados financieros mediante el libro correspondiente, Testimonio de Cesión de Terreno a Título Gratuito N°1608/1995, certificado alodial N°17873, impuestos de las gestiones 2006, 2007, 2008, empero, los mismos no acreditan una declaración real que demuestre la realidad del bien inmueble, encontrándose sub valuados, por lo que la Administración Tributaria Municipal en uso de sus facultades previstas por el art. 66 y 100 de la Ley N°2492, procedió a realizar la verificación in sito, a los fines de llegar a la verdad material de los hechos, donde constató que existen construcciones antiguas y nuevas, las cuales no fueron declaradas por el contribuyente, consiguientemente se procedió a realizar la determinación de la base imponible sobre base presunta, toda vez que el contribuyente acomodó su conducta a lo previsto por el art. 44 num. 2 de la Ley N°2492, por cuanto se omitió señalar datos básicos para la liquidación del tributo, a ese fin el art. 45 de la referida Ley, expresa, que uno de los medios para la determinación Sobre Base Presunta, es aplicar datos, antecedentes y elementos indirectos que permitan deducir la existencia de los hechos imponibles en su real magnitud.

Actuación de la Administración Tributaria que se encuentra en mérito a las disposiciones legales descritas, lo cual conlleva a establecer que el contribuyente procedió a incumplir el art. 70 num. 1 y 2 de la Ley N°2492, que refiere que una obligación del sujeto pasivo, es el de declarar y pagar correctamente la deuda tributaria en las formas establecidas por la administración tributaria, así como el de comunicar ulteriores modificaciones en su situación tributaria; consecuentemente la Administración Tributaria Municipal, en previsión a la documentación presentada y conforme a lo argumentado, procedió a realizar la fiscalización correspondiente de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009 del inmueble N°66370, facultad fiscalizadora prevista por el art. 66 de la Ley N°2492, que señala "la Administración Tributaria, tiene las facultades específicas de controlar, comprobar, verificar, FISCALIZAR e investigar..., determinar los tributos y..., calcular la deuda tributaria..., disposición concordante con lo establecido en el art. 100 de la mencionada Ley Tributaria, que establece que la Administración Tributaria dispondrá indistintamente de amplias

facultades de control, VERIFICACIÓN, FISCALIZACIÓN e investigación, categorizándose, dichas facultades como FUNCIONES ADMINISTRATIVAS INHERENTES A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. En este sentido "SICOPRO", fue fiscalizada conforme a procedimiento tributario y en aplicación de los preceptos legales que hacen a la materia de cálculo de los tributos omitidos por el contribuyente.

Por tanto, al no haber aportado datos reales el sujeto pasivo respecto a las construcciones y/o modificación del inmueble, Se procedió al cálculo de la base imponible mediante tablas y no mediante libros financieros, por no contener datos reales, no advirtiéndose infracción o vulneración a los arts. 54 y 55 de la Ley N°843, art. 43 de la Ley N°2492 y art. 12 del DS. 24204, tampoco se advierte vulneración a los arts. 76, 77 y 79 de la Ley N°2492, por cuanto la carga de la prueba corresponde al contribuyente, quien debió proceder a desvirtuar los elementos y pruebas obtenidas por la Administración Tributaria, lo que no ocurrió en el presente caso, toda vez que no cursa un avaluó u otro documento que desvirtué los elementos y/o pruebas demostradas por la Administración Tributaria Municipal de La Paz.

Elementos y datos señalados, los cuales fueron sustento de la emisión de la Vista de Cargo, teniendo como componente el Informe Predial ATM/UFTM/FA N°129/2012 y N°1003/2012, por el cual determinó de ofició la base imponible sobre base presunta.

Al respecto cabe señalar que, el artículo 964 de la Ley N°2492, refiere a los requisitos que debe contener la Vista de Cargo, "La Vista de Cargo, contendrá los hechos, actos, datos, elementos y valoraciones que fundamenten la resolución Determinativa, procedentes de la declaración del sujeto pasivo o tercero responsable, de los elementos de pruebas en poder de la Administración Tributaria o de los resultados de las actuaciones de control, verificación, fiscalización e investigación. Asimismo, fijará la base imponible, sobre base cierta o sobre base presunta, según corresponda y contendrá la liquidación previa del tributo adeudado" así también el art. 99-II de la Ley N°2492, establece que: "II. La Resolución Determinativa que dicte la Administración deberá contener como requisitos mínimos; Lugar y fecha, nombre o razón social del sujeto pasivo, especificaciones sobre la deuda tributaria, fundamentos de hecho y de derecho, la calificación de la conducta y la sanción en el caso de contravenciones, así como la firma, nombre y cargo de la autoridad competente", estableciendo ésta misma disposición al final del párrafo que la ausencia de cualquiera de los requisitos esenciales, cuyo contenido será expresamente desarrollado en la reglamentación que al efecto se emita, viciará de nulidad la Resolución Determinativa"; por su parte, el artículo 19 del D.S. 27310 de 9 de enero de 2004, Reglamento al Código Tributario Boliviano, establece que "La Resolución Determinativa deberá consignar los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 99° de la Ley N°2492. Las especificaciones sobre la deuda tributaria se refieren al origen, concepto y determinación del adeudo tributario, calculado de acuerdo a lo establecido por el art. 47 de dicha ley".

De lo citado, se infiere que corresponde a la Administración Tributaria, al momento de emitir la Vista de Cargo y la Resolución Determinativa, dar estricto cumplimiento a los requisitos expresamente determinados por la normativa señalada, es decir el artículo 96 y 99 de la Ley N°2492 y artículo 19 del DS 27310, que observan entre otros, el contemplar todos los hechos, actos, datos, elementos y valoraciones que respalden la emisión de la Vista de Cargo y Resolución Determinativa, efectuando una adecuada fundamentación de hecho y derecho sobre la deuda tributaria, situación que de ser cumplida, posteriormente conducirá a

la adecuada y específica determinación legal del tributo omitido; lo que significa que la Vista de Cargo y Resolución Determinativa, deben contener una adecuada fundamentación jurídica y fáctica que permita conocer al justiciable, cuáles fueron los motivos y normas en que se basó la resolución, protegiendo de esta forma, el derecho que tienen los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho establece.

Conforme lo descrito y de .la revisión de la Vista de Cargo N°100 del proceso P11-2011-12/2011 y Resolución Determinativa N°323 de 28 de junio de 2012, se observa que la Administración Tributaria Municipal determinó de oficio sobre Base Presunta obligaciones impositivas del contribuyente "SICOPRO", que ascienden a Bs. 1.077.870,00, por concepto del IPBI de las gestiones fiscales 2006, 2007, 2008 y 2009; asimismo sancionó con una multa igual al 100% del tributo omitido, en aplicación del artículo 165 de la Ley N°2492 concordante con el artículo 42 del DS 27310, con un importe de Bs. 812,340, por haber incurrido en la conducta de omisión de pago; resolución que consigna la evaluación de los descargos formulados y las pruebas aportadas, la normativa aplicable, estableciéndose que no cursa mayores pruebas que desvirtúen el cargo establecido.

De lo señalado, se evidencia que la Vista de Cargo y Resolución Determinativa pronunciada por la Administración Tributaria Municipal de La Paz, cumple con los requisitos previstos en los arts. 96 y 99 de la Ley N°2492 y art. 19 del D.S. 27310, toda vez que existe en dicha resolución, una explicación detallada de cómo fue el procedimiento, cuales los medios que se utilizó para efectuar el cálculo para la determinación del monto, estableciéndose de manera clara e indubitable, los hechos, actos, datos, elementos y valoraciones que la fundamentan, habiéndose determinado el monto (base imponible) en aplicación de lo dispuesto por el artículo 44 y 45 de la Ley N°2492, lo cual implica que tanto la Vista de Cargo y Resolución Determinativa, cuenta con la argumentación jurídica y técnica que respalde plenamente la determinación del impuesto omitido, hechos estos que determinan que no existe duda razonable de transgresión de los requisitos previstos en los arts. 96-1 y 99-II de la Ley N°2492.

Por consiguiente, el argumento del recurrente que la Vista de Cargo y la Resolución Determinativa no cuenta con los requisitos necesarios, contenidos en la norma al exordio, resulta ser incorrecta y carente de todo sustento fáctico y legal, en consecuencia, se establece que el tribunal jerárquico obró de manera correcta.

IV.2. Si existe normativa constitucional vulnerada y violentada; toda vez que el demandante manifiesta que, la Resolución del Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0279/2013, no observa el debido proceso, suprime el derecho de defensa, dejándolos en completa indefensión, recayendo en lo previsto por el art. 55 del DS. 27113, incumpliendo el art. 110, 115-1 y II, 119 de la Constitución Política del Estado, por ser una resolución parcial y defectuosa.

Al respecto corresponde señalar que, el art. 55 del DS. 27113, reglamento de la Ley 2341, señala "Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimientos, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo o adoptará las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas".

De lo transcrito, antecedentes del proceso y de lo señalado en el acápite anterior "IV. 1)", se advierte que, de la revisión de la norma, no existe vicios que hagan anulable el proceso de fiscalización P11-2011-12/2011 realizado por la Administración Tributaria Municipal de La Paz, siendo que el contribuyente además asumió defensa en todas sus instancias tanto en la vista de cargo, mediante la presentación de los descargos, así como en el uso de los recursos tributarios correspondientes, advirtiéndose que no existe indefensión, como tampoco existe vulneración al debido proceso, derecho a la defensa previstos por los arts. 1154, II y 119 de la Constitución Política del Estado, consiguientemente tampoco resulta cierto la vulneración del art. 110 de la Norma Suprema y del art. 4 de la Ley N°2341, toda vez que la Administración Tributaria por medio de sus facultades previstas por el art. 66 y 100 de la Ley N°2492, buscó la verdad material de los hechos, lo que demuestra que no tiene sustento legal lo alegado por el demandante, no siendo necesario realizar una mayor fundamentación al respecto.

IV.3. Si la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ/0279/2013, inobservó los arts. 211 num. I y II de la Ley N°2492 y art. 63 num. II de la Ley N°2341, pueden viciar el trámite con la nulidad y anulabilidad; al respecto el art. 211, señala: "(Contenido de las Resoluciones). I. Las resoluciones se dictarán en forma escrita y contendrán su fundamentación, lugar y fecha de su emisión, firma del Superintendente Tributario que la dicta y la decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas.

II. Las resoluciones precedidas por Audiencias Públicas contendrán en su fundamentación, expresa valoración de los elementos de juicio producidos en las mismas

De la revisión en todas sus partes de la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0279/2013, se establece que la misma contiene el lugar y fecha (La Paz 4 de marzo de 2013), a fs. 443 del ANEXO 3 cursa la firma del Superintendente Tributario, actualmente Director Ejecutivo de la AGIT, asimismo los puntos x, xi, xii hasta el xxiv, refieren a la fundamentación, decisión expresa de las cuestiones planteadas por el demandante, donde se establece el método por el cual se determinó la base imponible, el tributo omitido, en aplicación del art. 44 y 45 de la Ley N°2492, habiendo dado respuesta a todos las pretensiones señaladas por el recurrente en el recurso jerárquico, no siendo suficiente lo alegado por el demandante, cuando señala que la resolución del Recurso Jerárquico, carece de fundamento propio por ser una transcripción íntegra del Informe Técnico Jurídico de fs. 331 a 345, toda vez que los Informes Técnico Jurídicos no causan efectos jurídicos, ya que la Autoridad General de Impugnación Tributaria puede o no apartarse fundamente del mismo y no asumir la recomendación del informe, así lo establece el art. 211 num. III de la referida Ley, consecuentemente no se advierte transgresión al art. 211 num. I y II de la Ley N°2492 y art 63 de la Ley N°2341, por cuanto se encuentra debidamente motivada, contiene fundamentos de hecho y derecho que resuelve la pretensión en el marco de las normas legales aplicables al caso.

En relación a la falta de notificación legal con el Recurso Jerárquico al contribuyente "SICOPRO", que si bien el art. 205 de la Ley N°3092, establece la notificación en Secretaría, el legislador debió haber tenido presente que las normas adjetivas no pueden contener un espíritu lesivo a lo que constituye el debido proceso, como el derecho a la legitima defensa; al respecto, cabe señalar que toda norma se presume legal y constitucional hasta que la misma no sea declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme establece el art. 5 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, concordante con los arts. 133 y 202 de la Constitución Política del Estado o en su caso sea derogado mediante

otra Ley, en mérito a las facultades establecidas para el Órgano Legislativo prevista por el art. 158-1 num. 3 de la CPE, consecuentemente, al no existir su erogatoria o declaratoria de inconstitucionalidad de la normativa prevista en el art. 205 de la Ley N°3092, se presume legal y de cumplimiento obligatorio para todos los ciudadanos y servidores públicos, así lo establece el art. 235 de la Norma Suprema.

Conforme a lo expuesto, "SICOPRO" deberá acudir a la vía correspondiente a efectos de iniciar las acciones legales que crea conveniente, concluyéndose que no se advierte conculcación del derecho al debido proceso y a la defensa, previstos en los arts. 115, 116 y 119 de la CPE, toda vez que el demandante se encuentra asumiendo defensa conforme a la norma en vigencia.

IV. 4. Si la AGIT obró de manera correcta en relación a la solicitud de prescripción del IPBI de las gestiones 2006 y 2007; al respecto corresponde establecer lo dispuesto por el art. 4 de la Ley N°3092 que señala "Además de lo dispuesto por el Artículo 143 de Código Tributario Boliviano, el Recurso de Alzada ante la Superintendencia Tributaria será admisible también contra: 1. Acto administrativo que rechaza la solicitud de presentación de Declaraciones Juradas Rectificatorias; 2. Acto administrativo que rechaza la solicitud de planes de facilidades de pago; 3.Acto administrativo que rechaza la extinción de la obligación tributaria por prescripción, pago o condonación; 4. Todo otro acto administrativo definitivo de carácter particular emitido por la Administración Tributaria".

De la revisión de antecedentes y de la norma descrita, se tiene que el demandante mediante memorial de 11 de mayo de 2012, solicitó la prescripción de los Impuestos a la Propiedad de Bienes Inmuebles de las gestiones 2006 y 2007 del inmueble N°66370, el cual fue resuelto mediante Resolución Administrativa GAMLP/ATM/uvrm/AL N°123/2012 de 9 de agosto, que resuelve Rechazar la prescripción solicitada, que una vez notificado, habilitaba a "SICOPRO", a presentar la impugnación o recurso correspondiente, conforme establece el art. 4 num. 3 de la Ley N°3092 que complementa el art. 143 de la Ley N°2492, consecuentemente no guarda sustento legal lo alegado por el demandante, habiendo actuado la AGIT conforme a derecho.

V. CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, en atención a los fundamentos señalados anteriormente, se constata que los argumentos del demandante no son consistentes y no demuestran las violaciones que acusa, por el contrario, la AGIT procedió conforme a derecho, en resguardo del debido proceso y en previsión al principio de verdad material- autorizado y respaldado por el artículo 4 inc. d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo aplicable por permisión del artículo 74 numeral 1 y artículo 200 numeral 1 de la Ley N°2492.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, declara: IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa de fs. 406 a 418, interpuesta por el Presidente de la Asociación de Propietario del Terreno Ex Ferrocarril La Paz -Beni "SICOPRO" representada legalmente por Jorge Gregorio Toledo Rodríguez contra la Autoridad General de Impugnación Tributaria; en consecuencia mantiene firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ N°0279/2013, de 4 de marzo y Auto Motivado AGIT-RJ 0024/2013 de 19 de marzo.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. José Antonio Revilla Martínez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

7

Corporación Industrial DILLMANN S.A. – CORDRILL S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs. 112 a 115 interpuesta por la Sociedad Anónima Corporación Industrial Dillmann, "CORDILL" S.A., impugnando la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-345/2012 de 6 de diciembre emitida por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) de fs. 105 a 110; la contestación de fs. 150 a 153; la réplica de fs. 157 a 158 vta.; la dúplica de fs. 171 a 174; la Interpretación Prejudicial de fs. 184 a 188; los antecedentes del proceso; y, todo cuanto convino ver.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

El actor sostiene que, al amparo del art. 153 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), presentó el 15 de noviembre de 2011 ante el SENAPI, solicitud de renovación de la marca "BIMBO" - denominación y logotipo-, clase 30, registro original

49940-C y registro renovado 59344-A; sin embargo, el Responsable de Signos Distintivos, mediante Resolución de 22 de marzo de 2012, rechazó la solicitud con el argumento de que la misma fue presentada de manera extemporánea, debiendo haber sido presentada hasta el 27 de septiembre de 2010. Ante esta determinación, el demandante arguyendo que el Certificado de Renovación del Signo Distintivo 003156 establece que, los diez años son computables a partir del 24 de enero de 2002 -concordante con el Título de Renovación de la Marca-, mediante memorial de 9 de junio de 2012, interpuso recurso de revocatoria, resuelto mediante Resolución Administrativa DPI/ SD/REN/REV-N°100/2012 de 11 de julio que dispuso su rechazo.

Señala que, el 30 de julio de 2012 presentó recurso jerárquico contra lo dispuesto en alzada, resuelto a través de la Resolución Administrativa ahora impugnada.

I.2. Fundamentos de la demanda.

El demandante, sustenta su pretensión en los siguientes argumentos de orden fáctico como jurídico.

1. Refiere que, el Certificado de Renovación del signo Distintivo 003156 suscrito por el Director General del SENAPI -concordante con el Título de Renovación de Marca 001835-, en su último párrafo establecen que, su duración es de diez años, a partir del 24 de enero de 2002, renovable por periodos iguales, y de una interpretación gramatical, dicho término vencería el 24 de enero de 2012, sin embargo, el SENAPI interpretó que dicho plazo debía computarse a partir del 27 de marzo de 2000.

2. Invocando los principios de buena fe, legalidad y seguridad jurídica, citando el art. 4 incs. e) y g) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), y las SSCC 0287/ 1999-R, 1509/2004 y 0726/ 2007-R de 20 de agosto, arguye que CORDILL confió en la lealtad de los asertos y afirmaciones de la Administración Pública (SENAPI), contenidas en el Certificado 3156 que en su criterio tiene plena validez por cumplir los requisitos exigidos por las normas legales vigentes, creyendo que no era necesario corroborar ni verificar, por considerar que los actos del SENAPI se encontraban acorde a la normativa jurídica, sin embargo, refiere que era deber de la entidad demandada consignar los plazos correctamente y no intentar inducir en error al contribuyente, negando ahora la validez de dicho documento.

3. Por otra parte refiere que, no existe norma jurídica que establezca el carácter accesorio del Título o Certificado de Renovación, frente a la Resolución Administrativa, como erróneamente señalaría el acto impugnado, por el contrario, afirma que es un "instrumento central" para acreditar un derecho reconocido a favor del administrado –en este caso, el derecho adquirido sobre la marca BIMBO-, y que además tiene mayor prevalencia que la misma Resolución, por considerarla una declaración de una autoridad pública, revestida de legalidad y legitimidad hasta que se demuestre lo contrario ante autoridad judicial; entonces, si el título o certificado de renovación reproducen o resumen la Resolución Administrativa, considera que el SENAPI no debió entrar en contradicción de lo resumido.

I.3. Petitorio.

Con los argumentos expuestos, el demandante solicita se declare probada su demanda y en consecuencia se anule la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-345/2012, determinándose la obligación de la entidad demandada de emitir resolución y certificado de renovación, considerando que la empresa CORDILL S.A. presentó oportunamente su solicitud de renovación de la marca BIMBO-Clase 30.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

La Dirección General Ejecutiva del SENAPI argumentando cuestiones de hecho y de derecho, sustenta su petitorio con los siguientes argumentos.

a) Señala que, del Título de Renovación de Marca Serie ("B-03)" N°003156, se desprende que, el cómputo de diez años de la primera renovación de la marca "BIMBO", Clase 30, con Registro 49940-C, y Renovación N°59344-A, hace referencia a la fecha de otorgación del registro de la marca (art. 153 de la Decisión 486 de la CAN), el cual conforme a la Resolución Administrativa 331-90 que otorga el registro de BIMBO corresponde al 27 de marzo de 1990.

b) Advierte que, de la revisión de la primera solicitud de renovación del registro de marca 49940-C, ésta fue presentada el 6 de junio de 2000, conforme prevén los arts. 152 y 153 de la Decisión 486, es decir, dentro del periodo de gracia de los seis meses posteriores al vencimiento del registro original el 27 de marzo de 2000, aspecto corroborado por la Resolución SNFI-RA 0026-2002 de 24 de enero, que habría establecido de forma clara e inequívoca que el término de renovación de los diez años eran computables desde el 27 de marzo de 2000, extremo que también constaría en el Título de Renovación de marca SERIE "A-2001" N°001835; no obstante refiere que, la presentación de su segunda solicitud fue extemporánea, la cual debió hacerse hasta el 27 de septiembre de 2010, sin embargo fue presentada el 15 de noviembre de 2011, es decir, 13 meses y 19 días después al plazo concedido por la Decisión 486 de la CAN en sus arts. 152 y 153.

c) Asimismo, advierte que, dentro de los trámites de renovación de marcas, el SENAPI emite primero una resolución administrativa, que resuelve conceder la renovación de determinado signo distintivo y de manera accesoria se acompaña un título o certificado de renovación, que simplemente reproduce de forma resumida lo dispuesto en la resolución administrativa.

d) Señala que, la interpretación del demandante es arbitraria y conveniente a sus intereses, pues no obstante de ser responsables de la custodia de sus registros, presentó fotocopia simple del Certificado de Renovación de Signo Distintivo SERIE "B-03" N°003156 -correspondiente al duplicado del Título de Renovación de marca-, entregado al demandante en forma conjunta con la Resolución SNPI-RA N°0026-2002 de 24 de enero, según lo establece el art. 153 de la Decisión 486 de la CAN.

II.1. Petitorio.

Por los razonamientos expuestos, solicita se rechace la demanda planteada, confirmando la Resolución Administrativa impugnada, afirmando que el SENAPI actuó dentro del marco de su competencia.

II.2. Réplica y dúplica.

Por memorial presentado el 18 de julio de 2013 de fs. 157 a 158 vta., CORDILL S.A. afirma que la entidad demandada aceptó la validez del Título de Renovación de Marca SERIE A-2001 N°001835 y el Certificado de Renovación de Signo Distintivo SERIE B-03 N°003156, considerando este extremo como una confesión judicial dentro de los alcances del art. 404.11 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, argumenta que no existe diferencia entre un Título de Renovación, Certificado de Renovación y Resolución, conforme prevé el art. 27 de la LPA, siendo todos actos administrativos concordante con la SC 2119/2010-R de 19 de noviembre.

Por su parte, el SENAPI mediante memorial presentado el 26 de agosto de 2013 de fs. 171 a 174, reitera los argumentos expuestos en su contestación a la demanda.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS PROCESALES.

A efectos de resolver la presente controversia, corresponde individualizar los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso, mismos que informan lo siguiente:

1. Copia simple del Certificado 068-2009 de 12 de febrero, por el que, el SENAPI asevera que la marca "BIMBO" (denominación) se encuentra registrada a la orden de la Corporación Industrial Dillmann S.A., con el Registro 49940-C de 27 de marzo de 1990, renovada con el Registro 59344-A de 24 de enero de 2002, cursante a fs. 2 del Anexo.

2. Título de Renovación de marca N°001835 de 24 de enero de 2002, signo distintivo "BIMBO" (denominación y logotipo), clase 30, Registro 59344-A, Resolución 0026-2002 del SENAPI, cursante a fs.1 del expediente.

3. Copia simple del Certificado de Renovación del Signo Distintivo N°003156 de 24 de enero de 2002, correspondiente a BIMBO, Clase 30, Registro N°59344, Resolución de Renovación N°0026-2002, a favor de la Corporación industrial DILLMANN S.A., cursante a fs. 40 del Anexo.

4. Copia legalizada del recibo oficial N°273747 de 15 de noviembre de 2011, en el que el SENAPI deja constancia de la entrega de Bs 250 por parte de CORDILL S.A. por concepto de Titulo de Renovación de signo distintivo nacional, "BIMBO", clase 30, Título 7, serie B-01, cursante a fs. 35.

5. Copia legalizada del recibo oficial N°273748 de 15 de noviembre de 2011, en el que el SENAPI deja constancia de la entrega de Bs 250 por parte de CORDILL S.A. por concepto de Titulo de Solicitud de Registro de Renovación de signo distintivo nacional, "BIMBO", clase 30, cursante a fs. 36.

6. Copia legalizada del memorial presentado el 15 de noviembre de 2011, por el que CORDILL S.A. solicita al SENAPI segunda renovación de la marca "BIMBO", de fs. 37.

7. Copia legalizada de la Resolución de 22 de marzo de 2012, por el que el Responsable de Signos Distintivos del SENAPI rechaza la solicitud de renovación de la marca "BIMBO", declarando la caducidad de la misma, por no haber sido presentada dentro del término establecido por el art. 153 de la Decisión 486, cursante a fs. 38.

8. Copia legalizada del memorial presentado el 19 de junio de 2012, por el que CORDILL S.A. interpone recurso de revocatoria contra la disposición dictada el 22 de marzo de 2012, cursante de fs. 44 a 45 vta.

9. Copia legalizada de la Resolución Administrativa DPI/SD/REN/REVN°100/2012 de 11 de julio, por el que la Dirección de Propiedad Industrial del SENAPI resolvió rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por CORDILL S.A., confirmando en todas sus partes el Acto Administrativo de 22 de marzo de 2012, cursante de fs. 48 a 52.

10. Copia legalizada del memorial presentado el 30 de julio de 2012, por el que CORDILL S.A. formuló recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa DPI/ SD/ REN/ REV-N°100/2012, de fs. 54 a 56.

11. Copia legalizada de la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-345/2012 de 6 de diciembre, por la que la Dirección General Ejecutiva del SENAPI resolvió rechazar el recurso jerárquico interpuesto por CORDILL S.A., confirmando en su totalidad la Resolución Administrativa DPI / SD/ REN/ REV-N°100/2012, cursante de fs. 67 a 72.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

De la compulsa de los datos que informan el proceso, se desprende el objeto procesal de la presente controversia, consistiendo el mismo en determinar si al declarar la caducidad de la marca "BIMBO", por considerar extemporánea la solicitud de renovación, el SENAPI aplicó de manera correcta los arts. 152 y 153 de la Decisión 486 referida al Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comisión de la Comunidad Andina.

V. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante Interpretación Prejudicial de 3 de octubre de 2018 de fs. 184 a 188, solicitada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia a través de la Resolución 53/2016 de 13 de julio de fs. 178 a 179 en virtud a los arts. 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, consideró procedente la interpretación de los arts. 152 y 153 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, más no así del art. 155, por no ser objeto de la controversia la infracción de derechos de terceros; en consecuencia, estableció como objeto de la interpretación, la renovación del registro de una marca, expresando los siguientes criterios interpretativos.

PRIMERO: El registro de una marca tiene una duración de diez años, a partir de la fecha de su concesión; teniendo el titular de la misma o legítimo interesado, seis meses antes de la expiración o hasta seis meses después de dicho plazo, si desea mantener el registro en vigencia, la oportunidad de solicitar ante la oficina nacional competente su renovación, siempre y cuando acompañe el comprobante de pago de las tasas correspondientes, si así lo dispone la legislación del país miembro; en conclusión la caducidad por falta de renovación del registro marcario se produciría seis meses después de su vencimiento.

SEGUNDO: Teniendo en cuenta que la concesión de la renovación dependerá únicamente de la formulación en tiempo hábil de la solicitud ante autoridad competente y de la legitimación del peticionante, aquella será otorgada en los términos del registro original, salvo que la solicitud comprenda una parte de los productos o servicios que constituyen el objeto de la marca, caso en el que la renovación deberá limitarse a tales productos y servicios.

TERCERO: Si no se renueva una marca, el efecto jurídico es la extinción del derecho que otorga su registro y la disponibilidad del signo para el público, sin embargo, cuando se trata de una marca con notoriedad o renombrada, no se extingue el derecho, conforme lo establecido por el art. 229 de la Decisión 486, no debiendo negarse la calidad de notorio a un signo por el solo hecho de que no esté registrado o el registro se encuentre en trámite.

CUARTO: La marca notoria y la marca renombrada, rompen con los principios de territorialidad, especialidad -la marca renombrada de modo absoluto y la marca notoria de manera relativa-, registral, y uso real y efectivo, siendo protegidas en los países miembros de la Comunidad Andina, así no estén registradas, ni sean usadas en los mismos; en dicho caso, el titular de una de estas marcas, puede solicitar el registro y en su caso la renovación, por lo que, la ausencia de registro o la falta de renovación del registro, no impedirán otorgar la protección referida, aclarando que, si el titular de una marca notoria perdió el registro debido a

su falta de renovación, podrá conforme a lo regulado por el art. 138 de la Decisión 486, solicitar nuevamente su registro ante la autoridad competente.

VI. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO.

VI.1. De las normas de Derecho Comunitario y del Acuerdo de Cartagena como parte del bloque de constitucionalidad.

Las normas de derecho comunitario, concebidas como sistemas normativos de los procesos de integración entre Estados, son reconocidas en nuestra Constitución Política del Estado como parte del bloque de constitucionalidad, así lo ha establecido el art. 410.11 que señala: "La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, ratificados por el país (...)".

En ese sentido, el Acuerdo de Integración Subregional Andino, denominado "Acuerdo de Cartagena" de 26 de mayo de 1969, ratificado por nuestro país mediante Decreto Ley 08995 de 6 de noviembre de 1969, es parte del bloque de constitucionalidad conforme al mandato constitucional precedentemente glosado; la finalidad de este instrumento normativo comunitario, además de profundizar la integración subregional andina, es promover su proyección externa y fortalecer las acciones relacionadas con el proceso de integración', para lo cual, está conformado por órganos e instituciones creados con diferentes funciones, desde normativas, de dirección política, judicial, ejecutiva, deliberante, social, financiera y educativa. Uno de estos órganos es la Comisión de la Comunidad Andina, que tiene capacidad legislativa expresada en la adopción de Decisiones de carácter normativo, vinculadas con actividades comerciales y de inversiones3 de los países miembros. Al respecto, la jurisprudencia constitucional, a través de la SCP 0844/2014 de 8 de mayo estableció:

"...el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina es el conjunto de normas que lo componen y las derivadas del mismo, provenientes de la voluntad de los Estados suscriptores y de los organismos con poder normativo propio; por definición, está conformado por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta. Los primeros son los instrumentos fundacionales, mientras que las Decisiones y Resoluciones son las normas derivadas.

En ese sentido, Bolivia al haber suscrito y ratificado el Acuerdo de Cartagena y por ende el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, conforme el art. 410.11 de la CPE, ha incorporado el ordenamiento jurídico comunitario a la Constitución, a través de su inserción al bloque de constitucionalidad, ello por voluntad expresa del poder constituyente, que expresa: 'La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país'.

Para la Comisión de la Comunidad Andina `...el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. Prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros...' (XXIX Período de Sesiones Ordinarias, 5 de junio de 1980)".

VI.2. Del derecho de marcas en el derecho comunitario subregional.

Tratándose de la propiedad intelectual y específicamente las marcas, entendidas estas como signos destinados a distinguir productos o servicios en el mercado, y que por su importancia necesitan ser registrados cuando son susceptibles de representación gráfica a través de dibujos, emblemas, monogramas, grabados, combinaciones de palabras, figuras, letras, formas tridimensionales y otros4; la Comisión de la Comunidad Andina en su Decisión 486, en cuanto a los derechos y limitaciones conferidos y su respectivo registro establece:

"Artículo 152.- El registro de una marca tendrá una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años.

Artículo 153.- El titular del registro, o quien tuviere legítimo interés, deberá solicitar la renovación del registro ante la oficina nacional competente, dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro. No obstante, tanto el titular del registro como quien tuviere legítimo interés gozarán de un plazo de gracia de seis meses, contados a partir de la fecha de vencimiento del registro, para solicitar su renovación.

A tal efecto acompañará los comprobantes de pago de las tasas establecidas, pagando conjuntamente el recargo correspondiente si así lo permiten las normas internas de los Países Miembros. Durante el plazo referido, el registro de marca mantendrá su plena vigencia.

A efectos de la renovación no se exigirá prueba de uso de la marca y se renovará de manera automática, en los mismos términos del registro original. Sin embargo, el titular podrá reducir o limitar los productos o servicios indicados en el registro original.

Artículo 224.- Se entiende por signo distintivo notoriamente conocido el que fuese reconocido como tal en cualquier País Miembro por el sector pertinente, independientemente de la manera o el medio por el cual se hubiese hecho conocido.

Artículo 225.- Un signo distintivo notoriamente conocido será protegido contra su uso y registro no autorizado conforme a este Título, sin perjuicio de las demás disposiciones de esta Decisión que fuesen aplicables y de las normas para la protección contra la competencia desleal del País Miembro.

Artículo 228.- Para determinar la notoriedad de un signo distintivo, se tomará en consideración entre otros, los siguientes factores:

a) el grado de su conocimiento entre los miembros del sector pertinente dentro de cualquier País Miembro;

b) la duración, amplitud y extensión geográfica de su utilización, dentro o fuera de cualquier País Miembro;

c) la duración, amplitud y extensión geográfica de su promoción, dentro o fuera de cualquier País Miembro, incluyendo la publicidad y la presentación en ferias, exposiciones u otros eventos de los productos o servicios, del establecimiento o de la actividad a los que se aplique;

d) el valor de toda inversión efectuada para promoverlo, o para promover el establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique;

e) las cifras de ventas y de ingresos de la empresa titular en lo que respecta al signo cuya notoriedad se alega, tanto en el plano internacional como en el del País Miembro en el que se pretende la protección;

f) el grado de distintividad inherente o adquirida del signo;

g) el valor contable del signo como activo empresarial;

h) el volumen de pedidos de personas interesadas en obtener una franquicia o licencia del signo en determinado territorio; o,

i) la existencia de actividades significativas de fabricación, compras o almacenamiento por el titular del signo en el País Miembro en que se busca protección;

j) los aspectos del comercio internacional; o,

k) la existencia y antigüedad de cualquier registro o solicitud de registro del signo distintivo en el País Miembro o en el extranjero.

Artículo 229.- No se negará la calidad de notorio a un signo por el solo hecho que:

a) no esté registrado o en trámite de registro en el País Miembro o en el extranjero;

b) no haya sido usado o no se esté usando para distinguir productos o servicios, o para identificar actividades o establecimientos en el País Miembro; o,

c) no sea notoriamente conocido en el extranjero.

Artículo 230.- Se considerarán como sectores pertinentes de referencia para determinar la notoriedad de un signo distintivo, entre otros, los siguientes:

a) los consumidores reales o potenciales del tipo de productos o servicios a los que se aplique;

b) las personas que participan en los canales de distribución o comercialización del tipo de productos o servicios a los que se aplique; o,

c) los círculos empresariales que actúan en giros relativos al tipo de establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique. Para efectos de reconocer la notoriedad de un signo bastará que sea conocido dentro de cualquiera de los sectores referidos en los literales anteriores".

VII. Del caso concreto.

Bajo el paraguas normativo constitucional y comunitario descrito en los Fundamentos Jurídicos VI.1 y VI.2 de la presente Resolución, se resuelve la presente controversia jurídica en virtud a los siguientes argumentos.

El demandante denuncia la vulneración de los principios de buena fe, legalidad y seguridad jurídica, citando el art. 4 incs. e) y g) de la LPA, y las SSCC 0287/ 1999-R, 1509/2004 y 0726/2007-R de 20 de agosto, en virtud a la decisión del SENAPI de rechazar su solicitud de renovación de la marca "BIMBO" por considerarla extemporánea, señalando que por el contrario la misma fue presentada dentro del plazo previsto por el Certificado de Renovación del Signo Distintivo 003156, concordante con el Título de Renovación de Marca, siendo computable el plazo de los diez años para la renovación del registro, a partir de la emisión del referido Certificado, es decir desde el 24 de enero de 2002, y no así a partir del 27 de marzo de 2000 como lo entendió el SENAPI, por lo que, invocando una interpretación gramatical considera que su plazo vencía el 24 de enero de 2012, y no el 27 de septiembre

de 2010, habiendo presentado su solicitud el 15 de noviembre de 2011; acotando que, no existe norma jurídica que establezca el carácter accesorio del Título o Certificado de Renovación, frente a la Resolución Administrativa que concedió la renovación del registro, por el contrario, tendría mayor prevalencia que la misma Resolución, por considerarla una declaración de una autoridad pública, revestida de legalidad y legitimidad hasta que se demuestre lo contrario ante autoridad judicial.

De una revisión de actuados, según sale de la Resolución Administrativa DPI/SD/REN/REV-N°100/2012 de 11 de julio y la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-345/2012 de 6 de diciembre (Actuados Administrativos 9 y 11), además de lo aseverado por las partes, la Fábrica Nacional de Conservas DILLMANN Sucursal de Carlos Peña S.R.L. solicitó el 13 de septiembre de 1989 el registro de la marca "BIMBO" (denominación y logotipo), emitiendo en consecuencia el SENAPI la Resolución Administrativa 331-90 de 27 de marzo de 1990, concediendo el registro del signo "BIMBO" de naturaleza mixta -por combinar letras y dibujos5-, para distinguir productos de la Clase 30, es decir, café, té, cacao y sucedáneos del café; arroz; tapioca y sagú; harinas y preparaciones a base de cereales; pan, productos de pastelería y confitería; helados; azúcar, miel, jarabe de melaza; levadura, polvos de hornear; sal; mostaza; vinagre, salsas (condimentos); especias; hielo6; y, en el caso concreto pan en diferentes variedades, pastelería fresca y seca, confitería, helados comestibles, por el término de diez años. Asimismo, mediante memorial de 6 de junio de 2000, la Corporación DILLMANN S.A. -previa inscripción del cambio de nombre-, solicitó la primera renovación del registro, emitiendo el SENAPI la Resolución Administrativa SNPI-RA N°0026-2002 de 24 de enero -casi año y medio después de la solicitud-, que la concedió también por el término de diez años, computables desde el 27 de marzo de 2000.

La controversia se suscita en virtud de la segunda solicitud de renovación del registro, a partir de la interpretación de las partes del contenido del Certificado N°003156 de Renovación del Signo Distintivo de 24 de enero de 2002 que refiere textualmente: "El presente signo distintivo tiene un duración de diez años contados a partir de la fecha..." (Actuado Administrativo 3), el Título de Renovación de Marca N° 001835 de 24 de enero de 2002 que señala: "El registro ha quedado renovado sin perjuicio de terceros, por diez años, contados desde la fecha de su otorgación podrá renovarse indefinidamente por periodos ulteriores de diez años..." (Actuado Administrativo 2) y el Certificado N°068-2009 de 12 de febrero que establece: "La marca "BIMBO" (Denominación) (...), se encuentra registrada a nombre de la firma CORPORACIÓN INDUSTRIAL DILLMANN S.A. bajo número de registro 49949-C de fecha 27 de marzo de 1990 y fue renovada bajo número 59344-A en fecha 24 de enero de 2002..." (Actuado Administrativo 1), aclarando que, si bien el SENAPI en su memorial de contestación a la demanda y a tiempo de ejercer su derecho a la réplica, cuestiona la presentación de fotocopias simples por parte del actor, a fs. 1 del expediente éste acompaña en original el Título de Renovación de Marca N°001835, por lo demás, la prueba arrimada por el demandante no ha sido refutada en su contenido por la entidad demandada, máxime cuando ésta tenía a su cargo la remisión de los antecedentes del trámite sustanciado en sede administrativa, pues es su obligación acreditar que se dieron las circunstancias de hecho que constituyen requisitos para el ejercicio de sus competencias, extrañándose en el caso concreto, la Resolución Administrativa 331-90 de 27 de marzo de 1990, que concedió el registro del signo "BIMBO", asimismo, la Resolución Administrativa SNPI-RA N°0026-2002 de 24 de enero, que concedió la primera renovación del registro de la marca por diez años, y otra documental inherente a la presente causa.

En ese sentido, se advierte que la documental descrita precedentemente genera confusión respecto a la Resolución Administrativa SNPI-RA N°0026-2002 de 24 de enero, que estableció que el cómputo del plazo de duración de los diez años del registro, debía hacerse a partir del 27 de marzo de 2000; así tenemos que, el Certificado N°003156 de Renovación del Signo Distintivo señala que, los diez años del registro son computables "a partir de la fecha", habiendo sido emitida la certificación el 24 de enero de 2002; asimismo, el Certificado N° 068-2009 simplemente refiere que la marca fue renovada el 24 de enero de 2002, sin aclarar desde que fecha debe computarse el plazo de los diez años; y por último, el Título de Renovación de Marca N° 001835 de 24 de enero de 2002, señala que el registro ha quedado renovado por diez años, desde la fecha de su otorgación, sin precisar si se hace referencia a la Resolución Administrativa SNPI-RA N° 0026-2002 o al propio título. Es por esta razón que, el actor consideró que el plazo para solicitar la renovación de la marca vencía el 24 de enero de 2012, afirmando que las Certificaciones y el Título tendrían mayor validez que la propia Resolución que concedió la renovación, contrariamente al criterio del SENAPI que considera que el plazo vencía el 27 de septiembre de 2010, conforme lo estableció la Resolución Administrativa SNPI-RA N° 0026-2002 de 24 de enero, teniendo las certificaciones y el título, un carácter accesorio.

Ante este incordio interpretativo, y para comprender mejor la forma en que la Administración Pública interactúa con los particulares en el ejercicio de sus competencias, debemos conceptualizar lo que son los actos administrativos, para lo cual nos remitimos al concepto acuñado por Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, ed. Heliasta 2003, pág. 50, que señala: "La decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas", siendo catalogados como tales todas las resoluciones y disposiciones, verbales o escritas, acuerdos, órdenes, decretos, reglamentos, instrucciones, circulares u ordenanzas; por su parte, según el art. 115 del Reglamento de Procedimiento Interno de Propiedad Industrial, respecto a las certificaciones emitidas precisamente por el SENAPI establece: "Se entenderá por certificación, toda información emitida por la autoridad competente, garantizando la veracidad de un acto o hecho que cursa en los archivos de la Dirección de Propiedad Industrial".

Bajo tales entendimientos, si bien la emisión de un certificado o un título por parte de la Administración Pública constituye un acto administrativo en los términos del art. 27 de la LPA, éstos tienen un carácter simplemente informativo o declarativo, pues no definen una situación jurídica, o afectan derechos, deberes e intereses como la hace una resolución administrativa, por lo cual lo aseverado por el demandante respecto a la prevalencia de los títulos o certificaciones con relación a las resoluciones administrativas, no tiene ningún respaldo legal.

Ahora bien, considerando el tracto del registro de la marca y el término de duración del registro establecido normativamente se tiene que, el registro de la marca "BIMBO" en nuestro país, tiene su antecedente en la Resolución Administrativa N°331-90 de 27 de marzo de 1990, bajo la nomenclatura 49940-C, que otorgó el registro conforme a la previsión del art. 9 de la Ley Reglamentaria de Marcas de 15 de enero de 1918, impartiendo a su titular la protección y demás derechos establecidos en la ley por el término de diez años a partir de la concesión, es decir, desde la fecha de emisión de la resolución que corresponde al 27 de marzo de 1990 hasta antes del 27 de marzo de 2000; sin embargo, la Corporación Dillmann S.A., mediante solicitud de 6 de junio de 2000, tramitó la primera renovación del registro de la

marca "BIMBO", no obstante, en aplicación del Apartado 99 de la Decisión 344, referida al Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente desde el 1 de enero de 1994 según la Disposición Transitoria Segunda, el titular de la marca tenía un plazo de gracia de seis meses a partir de la fecha de vencimiento del registro, período en el cual éste mantenía su vigencia; en dicho mérito, el SENAPI emitió la Resolución Administrativa SNPI-RA N°0026-2002 de 24 de enero, concediendo la primera renovación de la marca, encontrándose por ello la solicitud de renovación dentro del término establecido por la norma comunitaria, y a pesar de que el pronunciamiento del SENAPI fue emitido año y medio después de interpuesta la solicitud de renovación, interpretando favorablemente la norma comunitaria, y teniendo en cuenta que no es posible dejar al administrado en el limbo jurídico el lapso de tiempo que demore un acto administrativo, se considera que ese año y medio en el que el SENAPI demoró en dar respuesta a la solicitud de renovación del registro, la referida marca, aún estaba protegida por la Ley y por el Derecho Comunitario. En ese ínterin, el SENAPI emitió el Certificado N°003156, la Certificación- N° 068-2009 y el Título de renovación de marca N°001835, dejando entrever que por haber sido renovado el registro de la marca el 24 de enero de 2002, el término de duración del plazo de los diez años, empezaba a computarse desde esta fecha, razón por la cual la Corporación Dillmann S.A. presentó su solicitud de renovación el 15 de noviembre de 2011, asumiendo que aún se encontraba dentro del plazo de los diez años computables a partir de la concesión, o el periodo de gracia de seis meses computables a partir del vencimiento del registro, conforme lo establece la norma comunitaria, circunstancia que sin duda socaba el principio de buena fe que rige la actividad de la Administración Pública.

A pesar de la antinomia en que incurrió la Administración Pública, las previsiones de la norma comunitaria establecidas en los arts. 152 y 153 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, son claras en cuanto a la duración del registro de la marca y la forma como éste debe renovarse, normativa a la cual él demandante debió ceñirse, concluyendo por las razones precedentemente expuestas en el incumplimiento de tales previsiones, y por lo mismo en la extemporaneidad de su última solicitud de renovación de registro de marca, por encontrarse fuera del término de diez años y tampoco dentro de los seis meses de gracia una vez vencido el registro; en tal sentido, la pretensión del demandante de que su solicitud de renovación de la marca "BIMBO" se tenga por presentada oportunamente es inatendible, habiendo en consecuencia el Responsable de Signos Distintivos del SENAPI, aplicando el art. 174 de la Decisión 486, dispuesto correctamente la caducidad de pleno derecho de la referida marca a través de la Resolución de 22 de marzo de 2012, ratificada por la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-345/2012 de 6 de diciembre.

Sin embargo, y a propósito de los razonamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que en la interpretación prejudicial de autos, abordó la temática de las marcas notorias y las marcas renombradas, señalando: "...cuando se trata de la falta de renovación del registro de una marca cuya notoriedad haya sido probaba (o una marca renombrada), el efecto jurídico no es la extinción del derecho otorgado mediante el registro, debido a que en virtud de lo regulado en el Artículo 229 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, no se negará la calidad de notorio a un signo por el solo hecho que no esté registrado o en trámite de registro en el País Miembro o en el extranjero"; por lo que, este Alto Tribunal de Justicia considera pertinente hacer hincapié en que, los titulares de las marcas notorias y renombradas si fuera el caso, se encuentran facultados a solicitar el registro y en su caso la renovación, incluso si perdieron su derecho debido a la falta de

renovación, para lo cual, la autoridad competente deberá tomar en cuenta las previsiones de los arts. 224, 225, 228, 229 y 230 de la Decisión 486, en cuanto a la distinción y la determinación de un signo distintivo notoriamente conocido, labor que deberá desarrollar la Administración Pública, resguardando no solamente el principio de legalidad, sino también el debido proceso y los derechos de los titulares de las marcas.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, en virtud de los fundamentos expuestos, declara IMPROBADA la demanda de fs. 112 a 115, en consecuencia, se mantiene firme y subsistente la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-345/2012 de 6 de diciembre, emitida por el Servicio Nacional de Propiedad Industrial (SENAPI).

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la- autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Olvis Egüez Oliva

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

8

Santa Cruz Securities Agencia e Bolsa Filial e FASSIL FP S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 33 a 38, impugnando la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-013NN/2013 de 6 de septiembre (fs. 1 a 9), el memorial de contestación de fs. 95 a 98 vta., la réplica de fs. 103 a 105, no habiendo la autoridad demandada hecho uso de su derecho a la dúplica, los antecedentes procesales y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA:

Que, Jorge Zamora Tardío, en representación legal de la firma Santa Cruz Securities Agencia de Bolsa Filial de FASSIL FFP SA, en virtud al Testimonio de Poder N°387/2013 de 26 de noviembre (fs. 11 a 28), se apersonó por memorial de fs. 33 a 38, manifestando que al amparo de los arts. 778 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y 70 de la Ley N°2341, formula demanda contenciosa administrativa en contra de la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/3-013NN/2013 de 6 de septiembre emitida por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI).

Señaló que, el 22 de noviembre de 2011 solicitó el registro de la marca "Santa Cruz Agencia de Bolsa" para proteger: "Servicios de agencia de bolsa comprendidos en la clase internacional 36", a nombre de Santa Cruz Securities Agencia de Bolsa Filial de FASSIL FFP SA y publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia N°340, bajo el número 151116, solicitud que fue denegada por Resolución Administrativa N°317/2012, documento administrativo que fue debidamente notificado a la entidad solicitante, siendo esta determinación confirmada por la autoridad que resolvió el recurso de revocatoria y confirmada totalmente en la instancia jerárquica.

I.2. Fundamentos de la demanda

La entidad demandante señaló que la Decisión 486 Régimen Común de la Propiedad Industrial, constituye el marco normativo destinado a amparar la protección de la propiedad industrial, en cada País Miembro de la Comunidad Andina, de la Organización Mundial de Comercio y del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, el art. 136 de la mencionada decisión establece claramente las causales de irregistrabilidad de una marca, la concesión del registro de la marca "Santa Cruz Agencia de Bolsa", Clase Internacional 36 no incurre en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en el art. 136 de la Decisión 486 ya que no existe conexión competitiva alguna con la marca SANTA CRUZ SA CI

Int. 36 la cual funda la denegatoria de la solicitud de registro presentada; se debe tomar en cuenta que los servicios que protege la solicitud de registro de la marca "Santa Cruz Agencia de Bolsa" están limitados a: "servicios de agencia de bolsa, comprendidos en la clase 36 de la clasificación internacional en vigencia".

La marca BANCO SANTA CRUZ SA, sobre la cual la resolución administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°317/2012 funda la denegatoria de la marca solicitada, distingue servicios comprendidos en la clase internacional 36 como ser: "negocios financieros y negocios monetarios".

Al respecto, de las interpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la conexión competitiva, se puede evidenciar que conforme al principio de especialidad con la limitación de servicios queda eliminada toda conexión competitiva posible entre los servicios que ambas marcas protegen o pretenden proteger, en consecuencia, ambas marcas pueden coexistir. En las sentencias 5-IP-2012 Y 63-IP-2005, entre otras emitidas por el Tribunal Andino se ha señalado lo siguiente: "En relación con lo mencionado, el Tribunal ha establecido algunos de los siguientes criterios y factores de análisis para definir la conexión competitiva entre los productos que también pueden ser utilizados para servicios: a) La inclusión de los productos en una misma clase del nomenclátor, b) Canales de comercialización, c) Similares medios de publicidad, d) Relación o vinculación entre productos, e) Uso conjunto o complementario de productos y Mismo género de los productos", en el caso que nos ocupa se puede evidenciar que al estar limitados los servicios que protegen las marcas "Santa Cruz Agencia de Bolsa" y "BANCO SANTA CRUZ SA", queda eliminada la conexión competitiva y por tanto es viable la coexistencia de ambas marcas.

Mencionó también que analizando estos criterios se puede evidenciar que al estar limitados los servicios que protegen las marcas "Santa Cruz Agenda de Bolsa" y BANCO SANTA CRUZ SA, queda eliminada la conexión competitiva y por tanto es viable la coexistencia de ambas marcas, y que si bien ambas marcas se encuentran en la misma clase internacional 36, ambas están limitadas y no abarcan toda la clase, una distingue negocios financieros y negocios monetarios que provee un Banco al público (marca BANCO SANTA CRUZ SA), y la otra distingue servicios de agencia de bolsa (marca Santa Cruz Agencia de Bolsa), que pertenece a otro mercado (mercado de valores).

Refirió que los servicios de la marca BANCO SANTA CRUZ SA, tienen diferentes canales de comercialización a los de la marca Santa Cruz Agencia de Bolsa, así el primero está dirigido al público en general, mientras que en el mercado bursátil participan consumidores especializados, corredores de bolsa, emisores de acciones e inversionistas, siendo los medios de publicidad de dichos servidores distintos, así como los servicios de un banco se publicitan a través de medios masivos, en tanto los servicios de una agencia de bolsa se publicitan a público especializado, que tenga valores para emitir o quiera invertir.

Agregó diferencias existentes entre una agencia de bolsa y un banco, indicando lo siguiente:

La agencia de bolsa es un intermediario autorizado a transar con valores, sobre el que recaen exigencias de solvencia legal, económica, moral y profesional, por tanto, un agente de bolsa es una empresa autorizada para comprar y vender valores, usualmente por encargo de terceros, cobrando para sí una comisión por sus servicios. Los agentes de bolsa promueven una relación intangible entre los proveedores (ahorradores e inversionistas) y

demandantes (empresarios y gobierno), de recursos monetarios mediante la transacción de valores negociables o autorizados, siendo los principales servicios que ofrece una agencia de bolsa: Intermediación bursátil, Asesoramiento financiero y Administración de cartera.

Que los bancos son entidades que se organizan de acuerdo a leyes especiales y que se dedican a trabajar con el dinero, para lo cual reciben y tienen a su custodia depósitos hechos por las personas y las empresas y otorgan préstamos usando esos mismos recursos, actividad que se denomina intermediación financiera. Refirió que para realizar la actividad de recibir dinero y luego darlo en préstamo, los bancos le cobran intereses a quienes lo necesitan y piden préstamos, asimismo a quienes les entregan dinero en depósito, les pagan intereses por la confianza depositada, siendo la diferencia entre lo que se les paga y lo que ellos pagan, la ganancia que permite que el banco opere normalmente, por lo que los principales servicios que ofrece un banco son: Depósitos, Transacciones, Préstamos, entre otros.

Finalizó indicando que las agencias de bolsa y los bancos deben ser entidades con objeto social único y especializado, no existiendo forma en que un banco ofrezca servicios de bolsa, y aún si ambos se encuentran protegidos en la misma clase internacional, por disposiciones regulatorias dichos rubros merecen regulación separada, por lo que es razonable afirmar que no existe conexión competitiva entre ambos, ya que los servicios que ofrece un banco son diferentes a los servicios que ofrece una bolsa de valores, no pudiendo el consumidor confundir una compra de valores con un depósito bancario, no existiendo ninguna causal de irregistrabilidad dispuesta en el art. 136 de la Decisión 486.

I.3. Petitorio.

Concluyó solicitando que se declare probada la demanda, y se revoque la Resolución DGE/OP0/3-013NN/2013, ordenando al Servicio Nacional de Propiedad Industrial conceder el registro de la marca solicitada.

II.- DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Que, por providencia de fs. 40 se admitió la demanda contenciosa administrativa en la vía ordinaria de puro derecho, corriéndose en traslado a la autoridad demandada para que responda en el término de ley más el que corresponda en razón de la distancia, ordenando asimismo que remita los antecedentes que dieron lugar a l emisión de la resolución impugnada. Por otra parte, a efecto de la citación y emplazamiento a la autoridad demandada, se ordenó que la misma deberá ser citada mediante provisión citatoria, cuyo cumplimiento se encomendó a través de la Presidencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

Presentado el memorial de contestación a la demanda de fs. 95 a 98 vta., se tuvo apersonada a Jhilda Gabriela Murillo Zarate en representación legal del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI), en virtud de la Resolución Ministerial N°190.2012 de 26 de octubre (fs. 93 y 94) y teniéndose por respondida la demanda en forma negativa, se corrió traslado a la parte demandante para la réplica.

En el memorial de contestación negativa a la demanda, la autoridad demandada señaló que, de la revisión de antecedentes, se tiene que la marca que se pretende registrar se denomina Santa Cruz Agencia de Bolsa, y que existe otra marca ya registrada denominada BANCO SANTA CRUZ SA, la cual distingue la clase int. 36, por lo que distingue servicios de negocios financieros y negocios monetarios, advirtiéndose que aparte de esta

última marca referida, también existen registros sobre dos marcas, siendo estas BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SA y CONGLOMERADO MERCANTIL SANTA CRUZ, por lo que es importante tomar en cuenta que al comparar dos marcas denominativas, el examinador deberá someterlas a las reglas recomendadas por la doctrina para el cotejo marcarlo y prestar especial atención al criterio que señala que a los signos se les observara a través de una visión de conjunto, sin descomponer o fraccionar sus partes.

Continuó manifestando que, los signos analizados son signos denominativos, conocidos como nominales o verbales, toda vez que en su estructura se utilizan expresiones acústicas o fonéticas, en este caso formadas por varias letras, que integran un conjunto o un todo pronunciable y que pueden o no tener significado conceptual, por lo que de acuerdo a las reglas de cotejo marcarlo determinados por la doctrina, se tiene lo siguiente: Regla 1.- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas, de ahí se tiene la similitud ortográfica, la similitud fonética y la similitud ideológica, Regla 2.- Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente, Regla 3.- Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas y la Regla 4.- Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos o servicios.

Señaló que observando los elementos denominativos, se percibe que los signos previamente registrados, se hallan compuestos por BANCO SANTA CRUZ SA, BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SA y CONGLOMERADO MERCANTIL SANTA CRUZ, y que la marca solicitada se halla compuesta por Santa Cruz Agencia de Bolsa, debiendo indicarse que los términos banco y agencia de bolsa, son términos genéricos y débiles dentro de la clase 36 internacional, por lo que al no ser susceptibles de monopolio exclusivo no apodan elementos distintivos, con la aclaración que sobre la no monopolización de términos genéricos, se observa que ambos signos comparten la descripción principal de Santa Cruz en su estructura, evidenciando similitud ortográfica entre los elementos de mayor percepción entre de dichos signos, siendo la pronunciación de los términos Santa Cruz predominantes y similares entre los signos de conflicto, existiendo también similitud fonética.

Manifestó que existen reglas sobre el análisis de conexión competitiva de productos de los servicios protegidos entre los signos analizados, las cuales son: i) La inclusión de los servicios en una misma clase del nomenclátor; ii) Canales de comercialización; iii) Similares medios de publicidad; iv) Relación o vinculación entre servicios; v) Uso conjunto o complementario de servicios; y vi) Mismo género de los servicios.

Finalmente refirió que, se evidencia que el ámbito de protección del signo base de la denegatoria, por su generalidad se encuentra relacionado con los servicios que busca proteger la marca solicitada, existiendo por ello de forma objetiva, conexión competitiva de servicios, pudiendo existir riesgo de confusión entre varios signos y productos que cada marca ampara, los cuales serían los siguientes: (i) que exista identidad entre los signos en disputa y también entre los productos o servicios distinguidos por ellos; (ii) o identidad entre los signos y semejanza entre los productos o servicios, (iii) o semejanza entre los signos e identidad entre los productos y servicios, (iv) o semejanza entre aquéllos y también semejanza entre éstos.

En consecuencia, se evidencia que por las similitudes ortográficas, fonéticas e ideológicas entre los signos analizados (Santa Cruz Agencia de Bolsa y BANCO SANTA CRUZ SA), se cumplen los supuestos esenciales para originar un riesgo de confusión directo,

haciendo que la marca solicitada no pueda coexistir pacíficamente con la marca registrada, en consecuencia, la marca solicitada se halla inmersa dentro de las causales de irregistrabilidad establecidas en el art. 136 incisos a) y b) de la Decisión 486 de la CAN.

II.2.- Petitorio

Solicitó se dicte sentencia rechazando la demanda, y confirmando la Resolución Administrativa Jerárquica.

III.- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

Continuando con el trámite del proceso, se advierte que la parte demandante, presentó el memorial de réplica que cursa de fs. 103 a 105, sin embargo, se advierte que el SENAPI no hizo uso de su derecho a la dúplica, en virtud de lo cual, por providencia de fs. 110, siendo el estado de la causa, así como no habiendo más que tramitar, se decretó "autos para sentencia".

Que el procedimiento Contencioso Administrativo, constituye una garantía formal que beneficia al sujeto administrado en el ejercicio del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos, logrando el restablecimiento de los derechos lesionados con la interposición del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa.

En este marco legal, el art. 778 del Código de Procedimiento Civil, establece que “El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo redamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado”.

Que así establecida la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, en relación con los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, reconocida la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena para la resolución de la controversia, por la naturaleza del procedimiento contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, cuyo objeto es conceder o negar la tutela solicitada por la parte demandante, teniéndose presente que el trámite en la fase administrativa se agotó en todas sus instancias con la resolución del recurso jerárquico, corresponde a este Supremo Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por la parte demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual.

En el desarrollo del proceso en sede administrativa, se cumplieron las siguientes fases, hasta su agotamiento, de cuya revisión se evidencia:

III.1.- Que, la firma Santa Cruz Securities SA Agencia de Bolsa Filial de Fassil FFP SA, mediante memorial de 22 de noviembre de 2011, solicitó a la Dirección de Propiedad Industrial dependiente del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (fs.27 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), el registro de la marca Santa Cruz Agencia de Bolsa Clase Internacional 36, en atención a dicha solicitud el Director de Propiedad Industrial dependiente del SENAPI mediante Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°317/2012 de 7 de septiembre (fs. 30 a 32 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), resolvió denegar la

solicitud de registro del signo distintivo "Santa Cruz Agencia de Bolsa" (Denominativa) en la clase 36 de la Clasificación Internacional.

III.2.- Que en conocimiento de dicha determinación la firma solicitante mediante memorial de 15 de enero de 2013, interpuso en contra del mismo recurso de revocatoria (fs. 44 a 46 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), el cual es resuelto a través de la Resolución Administrativa REV-SD-N°23/2013 de 15 de febrero (fs. 51 a 54 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), la cual rechazó el recurso de revocatoria interpuesto.

III.3.- Que, contra esta última resolución, la firma Santa Cruz Securities SA Agencia de Bolsa Filial de Fassil FFP SA, interpuso recurso jerárquico (fs. 58 a 59 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), el cual fue resuelto por el SENAPI, quien emitió la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-013NN/2013 de 12 de julio (fs. 72 a 80 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), que resolvió rechazar el recurso jerárquico interpuesto por la firma Santa Cruz Securities SA Agencia de Bolsa Filial de Fassil FFP SA, en consecuencia confirmó de forma total la Resolución Administrativa REV-SD-N°023/2013, acto administrativo que dio lugar al presente proceso contencioso administrativo.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Expuestos los antecedentes administrativos e ingresando a efectuar el control de legalidad sobre la aplicación de la ley, se establece:

Que el motivo de la Mis dentro del presente proceso, tiene relación con las supuestas vulneraciones que se hubieran producido por la Autoridad Jerárquica al pronunciar la Resolución hoy impugnada, de acuerdo con el siguiente supuesto: 1) Si el SENAPI a confirmar la denegatoria de la solicitud de registro de la marca "Santa Cruz Agencia de Bolsa", aplicó correctamente normas de la Decisión 486, sobre cuya legalidad corresponde pronunciarse a este Tribunal Supremo, adoptando la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que a criterio de la firma demandante dicho registro debe concederse.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

De la revisión de los antecedentes que cursan en el expediente del proceso, se evidencia lo siguiente:

V.1.- Análisis y fundamentación

Que establecida la controversia y analizado el contenido de los actos y resoluciones administrativas y los argumentos y defensas formuladas por las partes en el presente caso, corresponde realizar las siguientes precisiones:

De la revisión de antecedentes se advierte que a fs. 27 del único anexo consta solicitud de registro de la marca "Santa Cruz Agencia de Bolsa" (denominación) aplicada a distinguir productos o servicios comprendidos en la clase 36 de la clasificación internacional de la firma Santa Cruz Securities SA Agencia de Bolsa Filial de Fassil FFP SA, la cual es denegada por Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N° 317/2012 de 7 de septiembre (fs. 30 a 32 del Anexo de los antecedentes administrativos). Interpuestos los recursos de revocatoria y jerárquico los mismos fueron resueltos por las Resoluciones Administrativas REV-SD-N°23/2013 de 15 de febrero y N°DGE/DEN/3-013NN/2013 de 12 de julio (fs. 51 a 54 y 72 a 80 del Anexo de los antecedentes administrativos), la primera rechazando el recurso de revocatoria confirmando la resolución DPI/SD/Denegatoria-

N°317/2012 y la segunda de igual forma rechazando el recurso jerárquico y confirmando la resolución REV-SD N° 023/2013.

Relacionados así los hechos suscitados en sede administrativa corresponde resolver la controversia, indicando que el fundamento legal en base al cual el SENAPI denegó la solicitud de registro de la marca "Santa Cruz Agencia de Bolsa"(denominación) Clase 36 de la Clasificación Internacional de la firma Santa Cruz Securities SA Agencia de Bolsa Filial de Fassil FFP SA, fue que la marca solicitada se encontraba dentro de las causales de irregistrabilidad establecidas en el art. 136, inciso a) de la Decisión 486 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así entonces para verificar la conclusión determinada por la entidad demandada es necesario establecer si la marca cuyo registro fue solicitado cumplía los requisitos para tal efecto, aplicando los parámetros establecidos en la interpretación prejudicial efectuada en el presente caso por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a requerimiento de este Tribunal (fs. 125 a 134).

En ese entendido y en base al art. 134 del Decisión 486 de la COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA, el Tribunal Andino de Justicia ha definido la marca como: "un bien inmaterial constituido por un signo conformado por palabras o combinación de palabras, imagenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos, sonidos, olores, letras, números, color determinado por su forma o combinación decolores, forma de productos, sus envases o envolturas y otros elementos de soporte, individual o conjuntamente estructurados que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie, seleccione y adquiera sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio"(Proceso 144-IP-2014).

Asimismo, el citado art. 134 enumera los signos que pueden constituir marca: a) las palabras o combinación de palabras; b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; c) los sonidos y los olores; d) las letras y los números; e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; f) la forma de los productos, sus envases o envolturas; g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.

De lo mencionado, se puede establecer que los requisitos para el registro de una determinada marca son: a) La susceptibilidad de representación gráfica; entendida como la aptitud que tiene un signo de ser descrito o reproducido en palabras, imágenes, formulas u otros soportes, en síntesis algo perceptible de ser captado por el público consumidor; y b) La distintividad; que es la capacidad que tiene un signo para individualizar, identificar y diferenciar en el mercado los productos o servicios, haciendo posible que el consumidor o usuario los seleccione, este requisito constituye el presupuesto indispensable para identificar el origen empresarial, la calidad del producto o servicio, sin riesgo de confusión y asociación. Esta a su vez se divide en: Distintividad Intrínseca y Extrínseca, la primera, que es la aptitud del signo para identificar e individualizar los productos sin confundirse con él o con sus propiedades o características, en cambio la segunda, se refiere a su no confundibilidad con otros signos previamente solicitados o registrados por terceros.

Ahora bien, de la revisión de antecedentes, se tiene que la Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°317/2012, evidenció la existencia de una marca previamente registrada denominada "BANCO SANTA CRUZ SA"(Denominativa), y que la marca solicitada "Santa Cruz Agencia de Bolsa" se constituye en una marca denominativa, las cuales son

conocidas como nominales o verbales, toda vez que en su estructura se utilizan expresiones acústicas o fonéticas, en este caso formadas por cuatro y cinco palabras, que integran un conjunto o un todo pronunciable y que pueden o no tener significado conceptual, que vendría a constituir la distintividad extrínseca, por lo cual se establece que la marca solicitada carece de la suficiente capacidad distintiva en virtud de inducir en riegos de confusión directa o indirecta con la marca previamente registrada como "BANCO SANTA CRUZ SA", ya que no posee fuerza distintiva y de permitirse su registro se estaría atentando contra el interés del titular de la marca anteriormente registrada, así como el de los consumidores. Es así que dicha prohibición, contribuye a que el mercado de productos y servicios se desarrolle con transparencia y, como efecto, que el consumidor no incurra en error al realizar la elección de los productos o servicios.

Así, la carencia de distintividad es causal de irregistrabilidad conforme lo estableció el art. 135, inciso b) de la Decisión 486, por otro lado, se tiene que la causal por la que se denegó la solicitud del registro de marca en el presente caso se encuentra establecida en el art. 136, inciso a) de la citada Decisión que establece: “No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación, (..)", conforme la jurisprudencia del Tribunal Andino, los signos distintivos en el mercado se exponen a diversos factores de riesgo, habiendo establecido tradicionalmente dos tipos de riegos de confusión y asociación, "el riego de confusión es la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto piense que está adquiriendo otro (confusión directa),o que piense que dicho producto tiene origen empresarial diferente al que realmente posee (confusión indirecta) y por su parte el riesgo de asociación, es la posibilidad de que el consumidor, que aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica '(Proceso 144-IP-2014).

Asimismo, ha señalado que para valorar el riesgo de confusión es necesario considerar los siguientes tipos de similitud: i) La similitud fonética que se da por la semejanza de los sonidos de los signos en conflicto; ii) La similitud ortográfica, se refiere a la semejanza de las letras de los signos en conflicto desde el punto de vista de su configuración; iii) La similitud figurativa o gráfica se refiere a la semejanza de elementos gráficos de los signos en conflicto y la iv) Similitud conceptual o ideológica se configura entre signos que evocan una idea y/o valor idéntico y/o semejante.

De la revisión de los antecedentes, se advierte que la marca previamente registrada "BANCO SANTA CRUZ SA "de la clase 36, es una marca Denominativa, en atención a que está compuesta por elementos denominativos (palabras), por otro lado, la marca "Santa Cruz Agencia de Bolsa" solicitada, también de la clase 36, está compuesta también por elementos denominativos (palabras); por lo que las marcas señaladas contemplan grandes similitudes debido a la coincidencia de las palabras "SANTA CRUZ", en similar disposición que constituye en la denominación de las marcas, que al tener la misma denominación "SANTA CRUZ" son idénticas dentro del campo visual y ortográfico, en virtud a ser iguales en toda su composición de letras y vocales.

Asimismo, se aprecia confusión fonética que al ser pronunciados tienen un sonido similar, aclarando que los elementos BANCO y Agencia de Bolsa, al no ser susceptibles de monopolio exclusivo, no constituyen elementos que aporten distintividad suficiente, encontrándose grandes similitudes fonéticas en los elementos principales "Santa CRUZ" "Santa Cruz", y por ultimó también se aprecia la confusión ideológica, que conlleva a la persona a relacionar el signo o denominación con el contenido o significado real del mismo, entendiéndose que ambas marcas tienen un significado real, debido a que ellas evocan el término "Santa Cruz", dejando la misma idea en el consumidor que también puede ocasionar un riesgo de asociación.

Finalmente se debe realizar el análisis de conexión competitiva, al respecto el Tribunal Andino de Justicia en la Interpretación Prejudicial que se encuentra adjuntada a fs. 125 a 134 de obrados estableció lo siguiente: "...para establecer la existencia de relación, vinculación o conexión entre productos y/o servidos la autoridad consultante, en el caso en concreto, debe analizar si entre ellos existe sustituibllidad (intercambiabilidad), complementariedad o la posibilidad razonable de provenir del mismo empresario".

Corresponde precisar también lo siguiente: a) El grado de sustitución (intercambiabilidad) entre los productos o servicios. Existe conexión cuando los productos o servicios en cuestión, resultan sustitutos razonables para el consumidor, es decir que este podría adquirir uno u otro sin problema alguno, al ser intercambiables entre sí. La sustitución se presenta claramente cuando un ligero incremento en el precio de un producto origina una mayor demanda en el otro. Para apreciar la sustituibilidad entre productos o servicios se tiene en consideración el precio de dichos bienes o servicios, sus características, su finalidad, los canales de aprovechamiento o de distribución o de comercialización, etc.; b) La complementariedad entre sí de los productos o servicios. Existe conexión cuando el consumo de un producto genera la necesidad de consumir otro, pues este es complementario del primero. Así, el uso de un producto supone el uso del otro. Esta complementariedad se puede presentar también entre productos y servicios; y C) La posibilidad de considerar que los productos o servicios provienen del mismo empresario (razonabilidad). Existe conexión cuando el consumidor, considerando la realidad del mercado, podría asumir como razonable que los productos o servicios en cuestión provienen del mismo empresario, sin duda alguna en el presente caso no provienen del mismo.

En conclusión, se establece que la marca "Santa Cruz Agencia de Bolsa"solicitada por la firma Santa Cruz Securities SA Agencia de Bolsa Filial de Fassil FFP SA, carece de la suficiente capacidad distintiva extrínseca requerida para su registro debido a que induce a un riesgo de confusión o asociación respecto a la marca previamente registrada "BANCO SANTA CRUZ SA', tomando en cuenta por otro lado que la autoridad jerárquica evidenció también que existen las marcas BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SA y CONGLOMERADO MERCANTIL SANTA CRUZ registradas en la misma clase internacional 36, consiguientemente la marca solicitada se encuentra dentro de las causales de irregistrabilidad establecida en el art. 136. a) de la Decisión 486, debido a que la 'Misma induce a riesgo de confusión y asociación al existir similitud ortográfica, fonética e ideológica, en virtud a que esta última y la marca previamente registrada, amparan el servicio de "negocios financieros. y negocios monetarios" de la misma Clase 36 de la Clasificación Internacional y tomando en cuenta que la marca tiene como función principal la de identificar los productos o servicios de un fabricante, con el objeto de diferenciarlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a 'otra empresa o persona, este Tribunal considera que

no es atendible la solicitud de registro, confirmando la determinación del SENAPI en su resolución administrativa jerárquica.

V.3.- Conclusiones

En el marco de la fundamentación jurídica precedente y de la pretensión deducida en la demanda, se concluye lo siguiente:

Por lo expuesto, sobre la base de las normas cuya aplicación corresponde, se establece que no es evidente que el SENAPI al emitir la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-013NN/2013 de 6 de septiembre, confirmando el rechazo del registro de la marca "Santa Cruz Agencia de Bolsa", hubiera incurrido en las vulneraciones acusadas de acuerdo con la problemática planteada, detallada en el numeral IV. De la presente resolución, que constituye el objeto del proceso, no existiendo ninguna conculcación de normas legales, al contrario, se advierte que la autoridad demandada interpretó correctamente las normas aplicables a la materia, en consecuencia, se debe mantener firme la resolución impugnada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N° 620 de 29 de diciembre de 2014, en virtud de los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contencioso administrativa de fs. 33 a 38, interpuesta por Jorge Zamora Tardío, en representación legal de la firma Santa Cruz Securities SA Agencia de Bolsa Filial de Fassil FFP SA contra el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual, en consecuencia, mantiene firme y subsistente la Resolución Administrativa N° DGE/DEND-013NN/2013 de 6 de septiembre.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada. Sea con las formalidades de rigor.

Relator: Magistrado Dr. Ricardo Torres Echalar

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

9

Empresa Metalúrgica VINTO c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 23 a 28 interpuesta por la Empresa Metalúrgica, en la que se impugna la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 458/2012 de 2 de julio, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT); providencia de admisión de fs. 30, la contestación de fs. 54 a 55, los memoriales de réplica y dúplica de fs. 61 y fs. 66, respectivamente, los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

I.1 Fundamentos de la Demanda.

El demandante transcribe los fundamentos de la Resolución de Recurso Jerárquico y manifiesta que la AGIT incorrectamente ratificó la depuración del crédito fiscal de Bs. 2.384.345.- por la supuesta falta de medios fehacientes de pago de las Facturas Nos. 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500 y 501 emitidas por COMIBOL-HUANUNI, por cuanto no reconoce la diferencia de crédito fiscal dentro del 87% de lo efectivamente pagado y demostrado con medios fehacientes de pago de las facturas, aspecto también reclamado en el Recurso de Alzada y que no responde a la verdad, toda vez que la misma Resolución Jerárquica reconoció que existe el registro detallado de los Lotes que correspondían a los importes facturados y sus medios de pago, donde las cifras de las columnas "Valor de la Factura" coinciden con los importes efectivamente facturados en las notas fiscales citadas, detallándose además los medios fehacientes de pago por las operaciones en las columnas "Liquidación Provisional $us.", "Liquido Pagable Final" y "RM", coincidiendo los resultados finales con el porcentaje de los importes facturados en las notas fiscales descritas, de los cuales la EMV ha retenido y empozado la Regalía Minera por la compra de concentrados a COMIBOL, siendo el crédito fiscal observado de Bs. 1.932.358,89.- y no así de Bs. 2.384.345,00.-.

Refiere que las retenciones efectuadas por concepto de Regalía Minera, observadas en la Resolución Jerárquica, se encuentran respaldadas con las liquidaciones adjuntas por los concentrados de Estaño que se constituyen en medios fehacientes de pago y que fueron revisadas y confirmadas por la AGIT, por lo que no correspondía respaldarlas con los formularios que acrediten la retención y empoce respectivo a la entidad recaudadora como medio fehaciente de pago, más aún cuando el SIN no requirió tal documentación y se tiene la Resolución Administrativa del Ministerio de Minería y Metalurgia que acredita esta condición, accionar respaldado en el art. 1 de la Ley 3787 que modifica a la Ley N°1777.

Señala que de forma adjunta a la demanda presentó el Libro de Compras — Control Regalías Mineras, que en relación a COMIBOL registra un total de Sus. 367.592,34.-, que al cambio resultan Bs. 2.562.119.00.-, importe que coincide con el monto pagado del Formulario 3009, en el que no solo están las regalías de COMIBOL, sino también de algunas otras cooperativas, documentación suscrita por el Jefe de Compras y el Responsable de Impuestos de la E.M.V., acompañando además el respectivo Form. 3009.

No obstante que la cifra total demandada dentro del 87%, es de Bs. 451.986,34.-, existiendo una diferencia de Bs. 38.117,54.- con el total de Regalías Mineras que asciende a Bs. 413.868,80.-, al no encontrarse justificada la depuración de esta diferencia, de igual manera solicita se disponga su devolución.

Invoca los fundamentos técnicos con los que la Resolución de Recurso de Alzada validó el crédito fiscal contenido en las facturas observadas y establece que si bien los medios de pago no respaldan el total de la compra esto no implica que las transacciones no se hubieran efectuado o que se realizaron parcialmente, debiendo la AT observar la totalidad de la factura o reconocer el total del crédito fiscal, pero no tomarlo en cuenta solo en la medida de su cancelación cuando esta situación no tiene respaldo legal, pues de ser así las compras a crédito no podrían generar crédito fiscal, debiendo además considerarse que los proveedores declararon el débito fiscal de las facturas observadas, lo que implica la generación de crédito fiscal a favor del comprador.

Como fundamento legal que determina la devolución del total del crédito de las facturas emitidas por la COMIBOL - Empresa Minera Huanuni, cita el art. 125 de la Ley N°2492 CTB, los artículos 1 y 2 de la Ley 1963 que modifican los arts. 12 y 13 de la Ley N°1489, el art. 8 inc. a), 11 de la Ley N°843, los artículos 3, 10,24 num. 3) del DS N°25465, el art. 1 de la Ley N°3787, el art. 21 del DS N°29577 de las Obligaciones Tributarias y Regalía Minera, el art. 3 del DS N°28656 y el art. 5 II, III y V de la RND 10-0012-06

Por último, refiere que la EMV, funde y luego exporta el mineral, cobrando únicamente su costo de tratamiento y vendiendo a la cotización internacional porque no puede exportar impuestos, siendo utilizados los CEDEIM's recuperados para la devolución a sus proveedores de concentrados, aspecto que hace de vital importancia su recuperación para el futuro funcionamiento de la empresa.

I.2. Petitorio.

Concluye solicitando se declare PROBADA la demanda y se revoque la Resolución impugnada, en consecuencia, se mantenga firme y subsistente la Resolución de Recurso de Alzada ARIT LPZ/RA 00190/2012.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

Citada la autoridad demandada, se apersonó Julia Susana Ríos Laguna en su condición de Directora Ejecutiva General a.i. de la AGIT, quien contesto negativamente la demanda contenciosa administrativa por memorial presentado el 28 de marzo de 2013, manifestando que pese a que la Resolución impugnada se encuentra plenamente respaldada en sus fundamentos técnicos jurídicos, corresponde realizar las siguientes precisiones.

Sobre el punto II. 1 aclara que el art. 12 - III del DS N°27874, que modifica el art. 37 del DS. 27310, dispone que cuando se solicite devolución impositiva, las compras por importes mayores a 50.000 UFV, deberán ser respaldadas por los sujetos pasivos y/o terceros, con medios fehacientes de pago, para que la Administración Tributaria reconozca el

crédito correspondiente, asimismo el art. 70 num. 4 de la Ley N°2492 CTB, establece como obligación del sujeto pasivo el respaldar las actividades y operaciones gravadas, mediante libros, registros generales y especiales, facturas, notas fiscales, así como otros documentos y/o instrumentos públicos, conforme las disposiciones normativas.

En relación a la retención efectuada por concepto de Regalía Minera en las facturas Nos. 492, 493, 494, 495, 496, 498, 499, 500 y 501, señala que estas operaciones no fueron respaldadas con los formularios oficiales que acrediten la retención señalada y empoce respectivo a la entidad recaudadora; asimismo no se adjuntó la Resolución Administrativa emitida por el Ministerio de Minería y Metalurgia que acredite esta condición al momento de exportar, aspectos señalados en el art. 21 del DS N°29577, de lo que concluye que la demanda contencioso administrativa carece de sustento jurídico-tributario, al no existir agravio ni lesión de derechos que se le hubiera causado con la Resolución Jerárquica.

II.1. Petitorio

Solicita se declare IMPROBADA la demanda y se mantenga firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0458/2012 de 2 de julio de 2012 emitida por la AGIT.

III. APERSONAMIENTO DEL TERCERO INTERESADO

Verónica Jeannine Sandy Tapia, en representación legal de la Gerencia Distrital Oruro del Servicio de Impuestos Nacionales, se apersonó al proceso en calidad de tercero interesado, exponiendo los siguientes argumentos.

Manifiesta que conforme el art. 65 del CTB concordante con el art. 4 inc. g) de la Ley N°2341 LPA, los actos de la Administración Tributaria se presumen legítimos y ejecutivos, habiendo realizado la depuración del crédito fiscal por no presentación de medios fehacientes de pago y regalía minera, en aplicación de los artículos 66 num. 11 y 70 num. 4 de la Ley N°2492 CTB, y el art. 37 del DS N°27310 modificado por el art. 12 III. del DS N°27874, ya que conforme antecedentes se constató que este no fue respaldado en su totalidad, observándose el crédito fiscal de Bs. 2.384.345,00.- como importe no sujeto a devolución.

Señala que la pretensión del demandante de que se reconozca este importe como sujeto a devolución, no tiene asidero legal, toda vez que la normativa claramente prevé que los importes superiores a UFV's 50.000.- deben ser respaldados en su totalidad con medios fehacientes de pago, lo que no ocurre en el presente caso pues en sus registros se evidencia que el contribuyente para pagar a su proveedor deduce el importe de la Regalía Minera, vale decir, no paga efectivamente este monto a su proveedores, no correspondiendo en consecuencia su devolución, por ser contrario a lo establecido en el art. 12 del DS N°27874, no existiendo además la presentación oportuna de los formularios que acrediten el empoce de la regalía minera ante la AT conforme el art. 21 del DS N°29577, siendo inválida su presentación ante esta instancia en virtud a la pertinencia y oportunidad probatoria establecida en el art. 81 de la Ley N°2492 CTB, pues su aceptación atentaría contra los derechos y garantías de la AT.

Asimismo, refiere que los pagos de la regalía minera no respaldan el pago de la transacción por la compra del mineral, evidenciando a partir de la documentación presentada que la base para el cálculo del importe total facturado incluye la regalía minera retenida, lo cual contraviene lo establecido en el art. 4 del DS. N°29577, por lo que actualmente la E.M.V. solicita la devolución del crédito fiscal IVA de exportación con componente de regalía minera,

contraviniendo lo establecido en el DS N°25465 que estipula que los impuestos sujetos a devolución impositiva son el IVA, ICE y GA.

Conforme lo expuesto, alega que como AT consideró los pagos efectivamente respaldados con medios fehacientes de pago de las facturas señaladas, determinando la devolución de Bs. 12.959.504.-, no existiendo vulneración de derechos del contribuyente quien debió presentar todos los documentos que efectivamente acrediten las compras realizadas, no habiendo demostrado el 100% del pago de los importes facturados por sus proveedores.

III.1 Petitorio

Solicita se declare IMPROBADA la demanda, y en consecuencia se mantenga firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 0458/2012 de 2 de julio que a su vez mantiene firme la Resolución Administrativa CEDEIM Previa N°23-00883-11 de 8 de octubre.

IV. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

A efecto de resolver los fundamentos de la demanda, corresponde señalar que los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente:

IV.1. El 2 de marzo de 2011, la Administración Tributaria (AT) notificó a la E.M.V. con la Orden de Verificación Externa N°00110VE00568, dando inicio a la verificación de los hechos, elementos e impuestos vinculados al crédito fiscal IVA, correspondiente al período fiscal comprometido de octubre 2010, solicitándole además la presentación de la documentación pertinente.

IV.2. Como resultado del proceso de verificación la AT emitió el Informe CITE: SIN/GDO/DF/VE/INF/183/2011, observando el crédito fiscal de Bs. 2.384.345.- por ausencia de respaldo de notas fiscales con importes iguales o mayores a UFV's 50.000.-

IV.3. El 19 de octubre de 2011, la AT notificó personalmente al representante legal de la E.M.V. con la Resolución Administrativa CEDEIM PREVIA N°23-00883-11, estableciendo como importe sujeto a devolución del periodo octubre 2010 la suma de Bs. 12.959.504,00.-, y como importe no sujeto a devolución la suma de Bs. 2.384.345,00.-, producto de la depuración del crédito fiscal.

IV.4. Contra esta determinación la E.M.V. interpuso Recurso de Alzada, mismo que fue resuelto mediante Resolución de Recurso de Alzada ARIT-LPZ/RA 0190/2012 de 5 de marzo, que determinó REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa CEDEIM Previa N°23-00883-11 de 18 de octubre, dejando sin efecto el reparo sobre el importe de Bs. 2.384.345,00.- y declarándolo como importe sujeto a devolución.

IV.5. Impugnada la resolución de alzada por la AT a través del Recurso Jerárquico, la AGIT" emitió la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R.1 0458/2012 de 2 de julio, resolviendo REVOCAR TOTALMENTE la Resolución de Recurso de Alzada respecto al reparo por medios fehacientes de pago, que asciende a Bs. 2.384.345,00.-, manteniéndolos como no sujetos a devolución.

V. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

De los antecedentes del proceso, la fundamentación de derecho y reconocida como se encuentra la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena para la resolución de la controversia, tomando en cuenta la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, en el que el Tribunal analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos, en este caso, por la parte demandante, corresponde realizar el control de legalidad sobre los actos ejercidos por las instancias de impugnación, así como de la administración tributaria.

Consecuentemente, al existir denuncia de vulneración de normas legales tributarias, corresponde su análisis y consideración, estableciendo que el objeto de la controversia se refiere a determinar: .1) Si las retenciones por regalías mineras constituyen medios fehacientes de pago que acrediten el pago de las facturas observadas. 2) Si es incorrecta la depuración parcial de/ crédito fiscal de las facturas N°492, 493, 494, 495, 496, 498, 499, 500 y 501, emitidas por COMIBOL — Empresa Minera Huanum, " por no contar con medios fehacientes de pago que respalden la totalidad de las compras efectuadas.

VI.- ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

El Proceso Contencioso Administrativo, constituye una garantía formal que beneficia al sujeto administrado, librándolo del abuso de poder de los detentadores del poder público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos, para lograr el restablecimiento de sus derechos lesionados con la interposición precisamente del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa.

Quedando establecida la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo y reconocida la competencia de este Supremo Tribunal, en su Sala Plena, para la resolución de la controversia, por la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las características de juicio ordinario de puro derecho en única instancia, cuyo objeto es conceder o negar la tutela solicitada por el demandante, teniéndose presente que el trámite en la fase administrativa se agotó en todas sus instancias con la Resolución de Recurso Jerárquico, por consiguiente, se procede a analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por el demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por la AGIT y la Administración Tributaria; todo esto al tenor de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley N°620.

VI.1.- Sobre las retenciones por regalía minera como medios fehacientes de pago.

En el caso de autos, la E.M.V. pretende que se consideren a las retenciones efectuadas a su proveedor COMIBOL-Empresa Minera Huanuni por concepto de regalías mineras, como medios que acrediten el pago del importe facturado, debiendo revocarse en este aspecto la Resolución de Recurso Jerárquico AGIR-RJ 0651/2014 de 25 de abril, que desestimó su consideración por no haberse acreditado las retenciones con los formularios oficiales que acrediten su empoce ante la entidad recaudadora, requisito establecido en el art. 21 del DS N°29577; a este efecto presenta ante esta instancia, como prueba de reciente obtención, de forma adjunta a la demanda, copias del formulario N°3009 "Boleta de Pago de la Regalía Minera", y copias del Libro de Compras — Control RM de su empresa.

A objeto de resolver la referida controversia, se debe tener presente que el art. 66.11 de la Ley 2492, establece como facultad específica de la Administración Tributaria: "aplicar los montos mínimos establecidos mediante reglamento a partir de los cuales las operaciones de devolución impositiva deben ser respaldadas por los contribuyentes y/o responsables a través de documentos bancarios como cheques, tarjetas de crédito y cualquier otro medio fehaciente de pago establecido legalmente. La ausencia del respaldo hará presumí r la inexistencia de la transacción", asimismo, el art. 70.4 de la misma Ley, señala que: "constituye obligación tributaria de/sujeto pasivo respaldar las actividades y operaciones gravadas, mediante libros, registros generales y especiales, facturas, notas fiscales, así como otros documentos y/o instrumentos públicos...". Por su parte, el art. 12.111 del DS 27874 de 26 de noviembre de 2004, que modificó el art. 37 del DS N°27310 de 9 de enero de 2004, establece que cuando se solicite devolución impositiva, las compras por importes mayores a 50.000.- UFV's deberán ser respaldadas por los sujetos pasivos, a través de medios fehacientes de pago, para que la Administración Tributaria reconozca el crédito correspondiente, y el art. 3 del DS 25465 dispone que el crédito fiscal IVA correspondiente a los costos y gastos por importaciones definitivas o compras de bienes en el mercado interno, incluyendo bienes de capital, activos fijos, contratos de obras o prestación de servicios vinculados a la actividad exportadora, será reintegrado conforme al art. 11 de la Ley 843, en este sentido, como los exportadores no generan o generan parcialmente, débito fiscal por operaciones gravadas, después de restar éste del crédito fiscal, el excedente de crédito que resultare en el período fiscal respectivo, será devuelto hasta un monto máximo igual a la alícuota del IVA aplicada sobre el valor FOB de exportación.

Ahora bien, en el caso de autos corresponde determinar si la retención por Regalías Mineras se constituye en un medio fehaciente de pago y a quién corresponde el deber de pago; a este efecto resulta necesario referirnos al Diccionario de la Lengua Española que apunta que regalía (del latín regális, regio) es la preeminencia, prerrogativa o excepción particular y privativa que en virtud de suprema potestad ejerce un soberano en su reino o Estado; p. ej., el batir moneda. 5. Econ. Participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo.

Asimismo, la Ley 3787 de 24 de noviembre de 2007, modificatoria de la Ley 1777 (Código de Minería), sobre el régimen regalitario e impositivo minero, señaló en su art. 96 que quienes realicen las actividades mineras de: a) prospección y exploración, b) explotación y concentración, c) fundición y refinación, d) comercialización de minerales y metales, están sujetos al pago de una Regalía Minera (RM) conforme a lo establecido en el presente título. Por su parte, el DS 29577 de 21 de mayo de 2008, reglamentario de la anterior, estableció la forma de liquidación y pago, así como la base de cálculo, señalando en su art. 21 que las empresas de fundición y refinación de minerales y metales que no incluyan en su proceso productivo actividades de explotación minera propia, como es el caso de la Empresa Minera Vinto, están obligadas a la retención y empoce de la Regalía Minera de sus proveedores de minerales en formulario oficial habilitado al efecto, hasta el día quince (15) del mes siguiente a aquel en que se efectuó la retención; se concluye entonces, que el concepto regalía minera forma parte de un privilegio estatal impuesto por ley a las empresas que cumplen actividades mineras y que la E.M.V. es agente de retención.

En el marco anterior, resulta evidente que el Formulario 3009, Boleta de Pago de la Regalía Minera, es un documento fehaciente que evidencia no sólo la existencia de una transacción sino el pago de la misma; sin embargo, el monto pagado pertenece al proveedor

que es el sujeto pasivo u obligado al pago de la regalía y el pagador (EMV) es simplemente un agente de retención, motivo por el cual, no puede obtener crédito fiscal de dicha operación como erróneamente pretende el demandante; en este sentido la Regalía Minera no se encuentra sujeta al Impuesto al Valor Agregado y por tanto, no genera crédito fiscal, motivo por el cual, no corresponde otorgarle validez como medio fehaciente de pago, habiendo actuado correctamente la AGIT al confirmar la depuración que la AT realizó sobre este importe parcial en las facturas N°492, 493, 494, 495, 496, 498, 499, 500 y 501 emitidas por COMIBOL — Empresa Minera Huanuni emitidas por la Corporación Minera de Bolivia (COMIBOL).

VI.2.- Facturas observadas por medios fehacientes de pago.

La empresa demandante refiere que la depuración parcial de las facturas N°492, 493, 494, 495, 496, 498, 499, 500 y 501 emitidas por COMIBOL — Empresa Minera Huanuni es incorrecta, pues pese a no haber acreditado documentalmente el pago de los importes totales registrados en las facturas, ha demostrado la adquisición de concentrado de estaño a la empresa proveedora COMIBOL Empresa Minera Huanuni, quien además realizó el registro de dichas ventas y efectuó el pago del débito fiscal correspondiente a los totales facturados, generando en consecuencia el crédito fiscal a su favor.

Al respecto, corresponde señalar que este Tribunal Supremo de Justicia en su vasta jurisprudencia ha establecido que la validez del crédito fiscal se encuentra condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos esenciales: a) Que, la transacción se encuentre respaldada con la factura original; b) Que, la compra se encuentre vinculada a la operación gravada; y e) Que, la transacción se hubiere realizado efectivamente; requisitos contemplados en los arts. 4 y 8 de la Ley 843 y 8 del DS 21530.

En ese contexto como resultado de la verificación realizada a la E.M.V. la AT constató la inexistencia de medios que respalden el pago total de las facturas sujetas a verificación, observando y depurando en consecuencia el importe y crédito fiscal no respaldado en cada factura, y validando sólo el porcentaje acreditado por el contribuyente, pese a que la normativa no contempla la figura de depuración u observación parcial de una factura, pues conforme lo dispuesto en los artículos 66 -11. y 70-4. de la Ley N°2492 CTB y el art. 37 del DS N°27310, debió depurarse la totalidad del crédito fiscal contenido en las facturas.

Sin embargo, pese a no encontrarse regulada la depuración parcial de una factura, con su accionar la AT realizó una interpretación más favorable al sujeto pasivo, situación que no puede modificarse en la fase de impugnación en desmedro o perjuicio de los derechos ya reconocidos a favor del 'contribuyente, esto en aplicación del principio non reformatio in peius, lo que no representa el desconocimiento del deber ineludible que tiene el sujeto pasivo cuando presenta una solicitud de devolución impositiva, de respaldar con información fehaciente los gastos efectuados por el exportador y que son objeto de devolución, siendo en consecuencia, responsabilidad del interesado acreditar en todos los casos con la documentación pertinente y legalmente establecida, resultando entonces, que la inobservancia de la normativa de cumplimiento obligatorio es únicamente atribuible a la responsabilidad del interesado. En este entendido, es menester dejar establecido que lo sustentando por la empresa demandante no resulta coherente con las normas que reglamentan la devolución impositiva, ya que el art. 37 del DS 27310 que Reglamenta el Código Tributario Boliviano, modificado por el art. 12.111 del DS 27874 —vigente para el periodo octubre 2010-, establece que las compras por importes mayores a 50.000.- UFV's,

deberán ser acreditadas por el sujeto pasivo o tercero responsable, a través de medios fehacientes de pago para que la Administración Tributaria reconozca el crédito fiscal correspondiente, disposición concordante con el art. 70.5 de la Ley 2492, que prevé como obligación del contribuyente demostrar la . procedencia y cuantía de los créditos impositivos que considere le correspondan; por ello, en el caso de autos, al no haber demostrado el demandante que las facturas N°492, 493, 494, 495, 496, 498, 499, 500 y 501, emitidas por COMIBOL — Empresa Minera Huanuni, cuentan con los medios fehacientes de pago que respalden la totalidad de las compras efectuadas, en virtud al principio de legalidad, este Tribunal no puede ordenar la restitución de los montos solicitados, por no cumplir la empresa con el tercer requisito para la validez del crédito fiscal reclamado.

Finalmente, respecto al reconocimiento y pago del débito fiscal por parte del proveedor, es necesario resaltar que el comprador para beneficiarse del crédito fiscal contenido en las facturas de compra, debe responder solo hasta el límite de las obligaciones que le impone la norma, no siendo pasible de ser sancionado o afectado por las actitudes u obligaciones atribuibles al proveedor, en este sentido, la validez del crédito fiscal declarado por el comprador, no puede condicionarse al pago del débito fiscal por parte del proveedor, pues implicaría subordinar el valor de la factura al cumplimiento de una obligación del proveedor, interpretación que si bien, en este caso, pretende beneficiar al comprador, el efecto que conllevaría aceptar esta lógica, le representaría más bien un perjuicio, toda vez que si el proveedor no declarara la factura o la declarara en una menor cuantía, esto significaría que no se generó debito fiscal en la cuantía requerida para validar la factura del comprador, soslayando los derechos del comprador, y poniendo en riesgo la independencia en las responsabilidades de los sujetos pasivos, pues la única obligación que tiene el comprador es la de demostrar su derecho al crédito fiscal, situación que no ocurre en el presente caso y por el cual no corresponde validar el crédito fiscal no respaldado.

VI.3.- Conclusiones

En mérito al análisis precedente, este Tribunal concluye que la AGIT al pronunciar la Resolución impugnada, no ha incurrido en ninguna conculcación de normas legales, al contrario, realizó correcta valoración e interpretación en su fundamentación técnica jurídica que se ajusta a derecho; máxime, si los argumentos expuestos en la demanda por la empresa demandante no desvirtúan de manera concluyente los fundamentos expuestos en la Resolución Jerárquica impugnada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en el ejercicio de la atribución conferida en los arts. 4 y:6 de la Ley 620 de la Ley 620 de 29 de diciembre de 2014 y 781 del Código de Procedimiento Civil, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa cursante de fojas 23 a 28; y en consecuencia, mantiene firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0458/2012 de 2 de julio, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

No interviene el Magistrado José Antonio Revilla Martínez, por emitir voto disidente.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrada Dra. María Cristina Díaz Sosa

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

10

PROCOM LA PAZ S.R.L. c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 35 a 39 vta, presentada por PROCOM LA PAZ S.R.L., impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico N° AGIT-RJ 784/2014 de 26 de mayo, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), la providencia de admisión de fs. 41, la contestación de fs. 45 a 52 vta., los memoriales de réplica y dúplica de fs. 70 a 73 vta. y 77 a 78, respectivamente, los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante manifiesta que la AGIT se parcializa con la Administración Tributaria (AT), ya que no coligió el aspecto formal de las notificaciones mal realizadas de la Vista de Cargo N° 32-0060-2013 y Resolución Determinativa N°00196/2013 que nunca fueron notificadas personalmente, pese a que los adeudos tributarios superan lo establecido en el art. 89 de la Ley N°2492 Código Tributario Boliviano (CTB), situación que no fue considerada por la AGIT aun cuando esta contravención vulnera los numerales I. y II. del art. 83 de la Ley N°2492 CTB, por lo que debieron anularse ambos actos administrativos, conforme con los inc. a) y b) del art. 35 de la Ley N°2341 Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), aplicable supletoriamente en materia tributaria por mandato del art. 201 de la Ley N° 2492 CTB.

Alega que el aspecto de fondo más gravoso es que la AGIT no observó los vicios de nulidad en que incurrió la AT al emitir la Resolución Determinativa, ya que en las disposiciones tercera y cuarta de su parte resolutiva, impuso sanciones solo en Unidades de

Fomento a la Vivienda (UFV's) sin consignar su equivalente en bolivianos, incumpliendo con los arts. 47 y 99 de la Ley N°2492 CTB, toda vez que la AGIT equivocadamente aplicó el art. 42 del DS N°27310 y la Resolución Normativa de Directorio (RND) N°10-0037-07, sin considerar lo dispuesto en el art. 326 de la Constitución Política del Estado (CPE), que es superior a toda norma inferior, como lo prescrito en el art. 404 del Código Civil, ya que el boliviano en nuestro país es de curso legal siendo de obligatoria aceptación como instrumento de pago, además de curso forzoso porque existe la característica de la inconvertibilidad lo que significa que el Banco Central de Bolivia no puede cambiar la moneda de curso legal por otra unidad.

Asimismo, denuncia que la AGIT sin argumentos ni disposiciones tributarias que lo respalden, valida, legaliza y confirma la conversión del crédito fiscal en deuda tributaria realizada por la AT, ya que GRACO la Paz habría fiscalizado el crédito fiscal IVA contenido en las facturas por los periodos enero y marzo de la gestión 2010, en forma equivocada como deuda tributaria, siendo ambos conceptos totalmente diferentes, conforme señalan los arts. 8 y 47 de la Ley N°2492 CTB.

Finalmente ratifica que todas las facturas utilizadas para el crédito fiscal son totalmente legales según lo dispuesto en los arts. 4 y 8 de la Ley N°843 y 76 de la Ley N°2492, puesto que fueron dosificadas y autorizadas por la propia AT, cumpliendo con los requisitos exigidos para tales conceptos.

Petitorio.

Concluye solicitando se declare PROBADA su demanda, y en consecuencia se declare nula y sin valor legal la Resolución de Recurso Jerárquico AGITR N°0784/2014 de 26 de mayo.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Daney David Valdivia Coria, en representación legal de la AGIT, se apersonó al proceso y respondió negativamente a la demanda, argumentando lo siguiente:

En cuanto al reclamo sobre las notificaciones de los actos administrativos, manifiesta que los mismos fueron resueltos de manera detallada y con respaldo normativo en el acápite "IV.4.2. Sobre la notificación de los Actos Administrativos" de la Resolución Jerárquica, puntualizando que se observaron los arts. 83 y 85 de la Ley N°2492 CTB, y el art. 36.11. de la Ley N°2341 LPA, ya que verificó el procedimiento desarrollado para las notificaciones por cédula de la Vista de Cargo y la Resolución Determinativa, evidenciando que la AT dio cumplimiento al procedimiento establecido en el art. 85 de la Ley N°2492 CTB, y si bien la norma establece que las resoluciones determinativa que superen la cuantía establecida por la reglamentación deben notificarse de manera personal, esta disposición no excluye la notificación mediante cédula prevista en el art. 85 de la Ley N° 2492 CTB, que condiciona su aplicación a los casos en el que el interesado no fuera encontrado en su domicilio, advirtiéndose que en este caso no se pudo encontrar al representante del contribuyente, por lo que se procedió a la notificación por cédula.

En cuanto a la aplicación del art. 90 del CPC, señala que el art. 74 de la Ley N°2492 CTB establece la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo y demás normas en materia administrativa, solo ante falta de disposición expresa, situación que no se suscita en el presente caso.

En relación al argumento del demandante referido a la determinación de la deuda en UFV's con su respectiva equivalencia en bolivianos, manifiesta que este ya fue desarrollado en el acápite IV.4.5. de la Resolución Jerárquica, sin embargo, indica que el art. 47 de la Ley N°2492 CTB tiene relación con el art. 1 del DS N°26390 que prevé la creación de la Unidad de Fomento a la Vivienda y autoriza su uso en todo tipo de actos jurídicos u operaciones, aspecto que desvirtúa los argumentos del demandante, no existiendo vulneración alguna al ordenamiento jurídico, debiendo considerarse además que la Resolución Determinativa expone la deuda tributaria en UFV's así corn en Bolivianos, por tanto no advierte falencias en la exposición de importes, ni vulneración al art. 326 de la CPE, pues el pago definitivo de la deuda tributaria debe realizarse en bolivianos, aspecto que pone en evidencia la incorrecta interpretación dl demandante.

Asimismo, sobre la reclamada conversión del crédito fiscal en deuda tributaria, sostiene que el crédito fiscal proviene de la aplicación de la alícuota del 13% a las facturas que respalden las compras realizadas por el contribuyente en un determinado período fiscal, con el cual se puede compensar el importe determinado para el débito fiscal generado por la aplicación de la alícuota a las facturas de ventas, en consecuencia, la verificación del crédito fiscal no se encuentra dentro del marco del cumplimiento de los deberes formales, ni puede ser considerada contravención conforme lo establece el art. 160 de la Ley N°2492 CTB, por lo que al haberse determinado reparos por el IVA producto de la depuración de crédito fiscal no respaldado con medios fehacientes de pago, se establece la vulneración de los num. 4 y 5 del art. 70 de la Ley N°2492 y art. 8 de la Ley N°843, ostentando la AT todas las facultades para verificar la correcta determinación y pago del tributo, por las que el sujeto pasivo es responsable, siendo en consecuencia correcto y legal su accionar.

Hace notar que en la demanda no se observaron los acápites "IV.4.3 Sobre el método de determinación" y “IV. 4.4. Sobre la prescripción de la omisión de pago", entendiéndose que el demandante estaría consintiendo en estos dos últimos, lo que demuestra la incongruencia de su petitorio, cuando solicita se declare nula la resolución jerárquica, pese a que consiente la misma en parte.

Finalmente transcribe los fundamentos técnicos jurídicos de la resolución jerárquica impugnada y señala que los argumentos de la demanda no desvirtúan los fundamentos expuestos, ni establecen de forma indubitable una errada interpretación, sino que realiza afirmaciones por demás generales y no precisas, sin exponer razonamientos de carácter jurídico por las cuales considera que su pretensión no fuese valorada correctamente.

Petitorio

Concluye solicitando, se declare IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa interpuesta por PROCOM LA PAZ S.R.L.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

A efecto de resolver los fundamentos de la demanda, corresponde señalar que los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente:

III. 1 El 26 de abril de 2013, la AT notificó a PROCOM LA PAZ S.R.L. con la Orden de Verificación Externa (OVE) N°00130VE00562, dando inicio a la verificación del crédito fiscal IVA, contenido en facturas declaradas por la referida empresa, en los períodos enero y marzo

de la gestión 2010, y otorgándole el plazo de cinco días para la presentación de la documentación requerida.

III.2 El 24 de septiembre de 2013, la AT notificó mediante cédula la Vista de Cargo N°32-0060-2013 de 13 de septiembre, en la que, presumiendo la comisión de la contravención de Omisión de Pago, estableció de forma preliminar, una deuda tributaria de UFV's 21.626.- equivalente a Bs.40.274.-, importe que incluye tributo omitido, intereses, sanción por omisión de pago y multa por incumplimiento a deberes formales.

III.3 El 28 de noviembre de 2013, la AT notificó mediante cédula a PROCOM LA PAZ S.R.L. con la Resolución Determinativa N°17-0792-2013, determinando una deuda tributaria de UFV's 21.232.- equivalente a Bs.39.910.-

III.4 Interpuesto el Recurso de Alzada contra la Resolución Determinativa, la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria (ARIT) La Paz, emitió la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-LPZ/RA 0186/2014, que resolvió CONFIRMAR la resolución impugnada.

III.5 Contra la determinación de la instancia de alzada, el contribuyente interpuso Recurso Jerárquico, mismo que fue resuelto mediante la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 784/2014 de 26 de mayo, que a su vez, CONFIRMÓ la Resolución de Recurso de Alzada.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

De los antecedentes del proceso, la fundamentación de derecho y reconocida como se encuentra la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena para la resolución de la controversia, tomando en cuenta la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, en el que el Tribunal analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos en este caso por la parte demandante, corresponde realizar el control de legalidad sobre los actos realizados en sede administrativa.

Consecuentemente, al existir denuncia de vulneración de normas legales, corresponde su análisis y consideración, estableciendo que el objeto de la controversia se refiere a determinar: 1) Si la ausencia de notificación personal de la Vista de Cargo y Resolución Determinativa, vulneran los arts. 83, 84 y 89 de la Ley N°2492 CTB, y art. 90 del Código Procesal Civil, viciando estos actos de nulidad conforme lo dispuesto en el art. 35 inc. a) y b) de la Ley N°2341 LPA.; 2) Si es incorrecta la determinación de la deuda tributaria en UFV's sin consignar su equivalente en bolivianos; y 3) Si erróneamente la AT asimiló al crédito fiscal como deuda tributaria, pese a ser ambos conceptualmente diferentes.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

V.1. DE LA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La Ley N°2492 CTB, en sus artículos pertinentes, respecto a los medios de notificación en materia tributaria, establece:

ARTÍCULO 83.- (MEDIOS DE NOTIFICACIÓN). I. Los actos y actuaciones de la Administración Tributaria se notificarán por uno de los siguientes medios, según corresponda: 1. Por medios electrónicos; 2. Personalmente; 3. Por Cédula; 4. Por Edicto; 5. Por correspondencia postal certificada, efectuada mediante correo público o privado o por

sistemas de comunicación electrónicos, facsímiles o similares; 6. Tácitamente; 7. Masiva; 8. En Secretaria.

II. Es nula toda notificación que no se ajuste a las formas anteriormente descritas. Con excepción de las notificaciones por correspondencia, edictos y masivas, todas las notificaciones se practicarán en días y horas hábiles administrativos, de oficio o a pedido de parte. Siempre por motivos fundados, la autoridad administrativa competente podrá habilitar días y horas extraordinarias.

ARTÍCULO 84.- (NOTIFICACIÓN PERSONAL).

I. Las Vistas de Cargo y Resoluciones Determinativas que superen la cuantía establecida por la reglamentación a que se refiere el Artículo 89 de este Código; así como los actos que impongan sanciones, decreten apertura de término de prueba y la derivación de la acción administrativa a los subsidiarios serán notificados personalmente al sujeto pasivo, tercero responsable, o a su representante legal.

II. La notificación personal se practicará con la entrega al interesado o su representante legal de la copia íntegra de la resolución o documento que debe ser puesto en su conocimiento, haciéndose constar por escrito la notificación por el funcionario encargado de la diligencia, con indicación literal y numérica del día, hora y lugar legibles en que se hubiera practicado.

III. En caso que el interesado o su representante legal rechace la notificación se hará constar este hecho en la diligencia respectiva con intervención de testigo debidamente identificado y se tendrá la notificación por efectuada a todos los efectos legales.

ARTÍCULO 85.- (NOTIFICACIÓN POR CÉDULA).

I Cuando el interesado o su representante no fuera encontrado en su domicilio, el funcionario de la Administración dejará aviso de visita a cualquier persona mayor de dieciocho (18) años que se encuentre en él, o en su defecto a un vecino del mismo, bajo apercibimiento de que será buscado nuevamente a hora determinada del día hábil siguiente.

II. Si en esta ocasión tampoco pudiera ser habido, el funcionario bajo responsabilidad formulará representación jurada de las circunstancias y hechos anotados, en mérito de los cuales la autoridad de la respectiva Administración Tributaria instruirá se proceda a la notificación por cédula.

III. La cédula estará constituida por copia del acto a notificar, firmada por la autoridad que lo expidiera y será entregada por el funcionario de la Administración en el domicilio del que debiera ser notificado a cualquier persona mayor de dieciocho (18) años, o fijada en la puerta de su domicilio, con intervención de un testigo de actuación que también firmará la diligencia.

En el caso de autos el demandante pretende la nulidad de las notificaciones de la Vista de Cargo y Resolución Determinativa, efectuadas por la AT mediante cédula al contribuyente, porque considera que se incumplió con lo dispuesto en el art. 84 de la Ley N°2492 CTB, que impone a obligación de notificar personalmente dichos actuados.

Al respecto, resulta necesario recordar la naturaleza y finalidad de la notificación personal y por cédula, siendo ambas formas de notificación válidas reconocidas por la normativa tributaria, entendiéndose que la primera se formaliza cuando conociéndose el domicilio y/o referencias necesarias para la localización de sujeto a notificación, el mismo es

encontrado por el funcionario actuante quien procede a entregarle en mano propia los actuados y la diligencia de notificación personal, situación ideal en todo proceso; sin embargo, partiendo de una premisa fáctica similar, donde se conocen el domicilio o referencias del sujeto a notificar, la notificación por cédula se constituye en un proceso supletorio a la notificación personal, donde pese a conocerse de forma cierta el domicilio o referencias del sujeto a ser notificado, este no puede ser habido por cualquiera fuera el impedimento, situación que no puede, bajo el principio de celeridad, prolongarse indefinidamente hasta que se concurra al encuentro físico de la parte, sino que de forma supletoria y excepcional, entendiendo que el domicilio en el que se lo busca es efectivamente el habilitado y autorizado legalmente para efectos de notificación, se le hace conocer bajo la figura del primer aviso la necesidad que se tiene de encontrarlo, fijándose al efecto una fecha y hora fijas para el retorno del funcionario, quien al no poder encontrar al buscado por una segunda vez, pese al aviso previo, se encuentra autorizado por ley para efectuar representación jurada de sus actuados y solicitar la autorización de notificación por cédula, que no se constituye sino en el acto de dejar en el domicilio del interesado los actuados a ser notificados, ya sea entregándoselos a un mayor de edad o fijándolos en el mismo domicilio con presencia de testigos, a efecto de cumplir con la notificación.

Ahora bien, ambas formas de notificación son legales y tienen como objetivo el poner en conocimiento un determinado actuado a efecto de que la parte notificada pueda asumir conocimiento y defensa, si corresponde, de lo actuado en este caso por la AT, objetivo que ha sido alcanzado en este caso en particular, por cuanto la empresa PROCOM LA PAZ S.R.L., tuvo conocimiento efectivo del contenido de la Vista de Cargo y Resolución Determinativa a través de la notificación por cédula, aspecto refrendado con la interposición del recurso de alzada en contra de esta última, no siendo evidente, en consecuencia, que la notificación cedularia le hubiese ocasionado agravio alguno.

Asimismo, en relación a la nulidad acusada por el demandante, se tiene que este Tribunal Supremo de Justicia en atención a los principios constitucionales que rigen la administración de justicia, así como los principios específicos propios de las nulidades procesales, ha modulado la jurisprudencia trazada por la Ex Corte Suprema de Justicia, superando aquella vieja concepción que vislumbraba a la nulidad procesal como el mero alejamiento de las formalidades o el acaecimiento de un vicio procesal en resguardo simplemente de las formas previstas por la ley procesal; pues lo que en definitiva debe analizarse, es si realmente se transgredieron las garantías del debido proceso con incidencia en la igualdad y el derecho a la defensa de las partes en litigio recayendo en una injusticia, cuya situación no pueda ser remediada de algún otro modo, y solo en caso de ocurrir esta situación se halla justificada decretar la nulidad procesal a fin de que las partes en conflicto hagan valer sus derechos dentro del marco del debido proceso y en un plano de igualdad de condiciones ante un juez natural y competente, siempre y cuando que el estado de indefensión no haya sido provocado o atribuible a la propia parte litigante que reclama la nulidad; esta posición de ningún modo implica desconocer los principios rectores que rigen las nulidades procesales, tales como el de especificidad o legalidad, trascendencia, convalidación entre otros, más por el contrario deben ser acatados y cumplidos; dentro de esa corriente se configura precisamente el espíritu de los arts. 16 y 17 de la Ley N°025 del Órgano Judicial y los arts. 105 y 106 de la Ley N°439 Código Procesal Civil; en ese sentido se tienen emitidas varias resoluciones por la misma Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia,

entre las cuales se citan a los A.S. N° 223/2013 de 6 de mayo; 336/2013 de 5 de julio; 78/2014 de 17 de marzo; 514/2014 de 8 de septiembre, entre otros.

En el presente caso, a partir de los antecedentes, resulta evidente que la intención primigenia de la AT fue la notificación personal de la Vista de Cargo y Resolución Determinativa, pues se acudió al domicilio fiscal en busca del representante legal de PROCOM LA PAZ S.R.L. hasta en tres oportunidades; empero, esta no pudo concretarse pese al conocimiento efectivo por parte de la empresa de que se requería a la representante legal para su notificación, situación atribuible únicamente a la empresa, por cuanto ante el primer aviso de visita pudo optar por esperar al notificador en la fecha y hora señaladas para la segunda visita, o en todo caso pudo acudir ante la institución a efecto de notificarse, sin embargo, no lo hizo, y dejó transcurrir el procedimiento para la consolidación de la notificación cedularia, sin efectuar ningún reclamo en su oportunidad, ni asumir acciones, no pudiendo alegar ahora nulidad cuando con sus propios actos el contribuyente fue quien impidió que se consolide la notificación personal, motivo por el cual no se advierte que la actuación de la AT hubiera generado un estado de indefensión al contribuyente, que justifique la nulidad de los actuados de notificación, pues no se evidencia el agravio invocado en la demanda.

V.2 DE LA CONSIGNACIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA EN UNIDADES DE FOMENTO A LA VIVIENDA

En relación a la deuda tributaria la Ley N°2492 CTB establece que:

ARTÍCULO 470 (Componentes de la Deuda Tributaria). Deuda Tributaria (DT) es el monto total que debe pagar el sujeto pasivo después de vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación tributaria, ésta constituida por el Tributo Omitido (TO), las Multas (M) cuando correspondan, expresadas en Unidades de Fomento de la Vivienda (UFV 's) y los intereses (r), de acuerdo a lo siguiente:

$$DT = TO \times (1 + r/ 360) n + M$$

El Tributo Omitido (TO) expresado en Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV-s) es el resultado de dividir el tributo omitido en moneda nacional entre la Unidad de Fomento de la Vivienda (UFV) del día de vencimiento de la obligación tributaria. La Unidad de Fomento de la Vivienda (UFV) utilizada para el cálculo será la publicada oficialmente por el Banco Central de Bolivia.

En la relación anterior (r) constituye la tasa anual de interés activa promedio para operaciones en Unidades de Fomento de la Vivienda (UFV) publicada por el Banco Central de Bolivia, incrementada en tres (3) puntos.

El número de días de mora (n), se computará desde la fecha de vencimiento hasta la fecha de pago de la obligación tributaria.

Los pagos parciales una vez transformados a Unidades de Fomento de la Vivienda (UFV), serán convertidos a Valor Presente a la fecha de vencimiento de la obligación tributaria, utilizando el factor de conversión para el cálculo de intereses de la relación descrita anteriormente y se deducirán del total de la Deuda Tributaria sin intereses.

La obligación de pagar la Deuda Tributaria (DT) por el contribuyente o responsable, surge sin la necesidad de intervención o requerimiento de la administración tributaria.

El momento de hacer efectivo el pago de la Deuda Tributaria total expresada en UFV's, la misma deberá ser convertida a moneda nacional, utilizando la Unidad de Fomento de la Vivienda (UFV) de la fecha de pago.

También se consideran como Tributo Omitido (TO), los montos indebidamente devueltos por la Administración Tributaria expresados en Unidades de Fomento de la Vivienda (UFV).

Por su parte el art. 99 respecto a los requisitos que debe contener la Resolución Determinativa, dispone:

ARTÍCULO 99° (Resolución Determinativa).

I Vencido el plazo de descargo previsto en el primer párrafo del Artículo anterior, se dictará y notificará la Resolución Determinativa dentro el plazo de sesenta (60) días y para Contrabando dentro el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, aun cuando el sujeto pasivo o tercero responsable hubiera prestado su conformidad y pagado la deuda tributaria, plazo que podrá ser prorrogado por otro similar de manera excepcional, previa autorización de la máxima autoridad normativa de la Administración Tributaria.

En caso que la Administración Tributaria no dictara Resolución Determinativa dentro del plazo previsto, no se aplicarán intereses sobre el tributo determinado desde el día en que debió dictarse, hasta el día de la notificación con dicha resolución.

II. La Resolución Determinativa que dicte la Administración deberá contener como requisitos mínimos; Lugar y fecha, nombre o razón social del sujeto pasivo, especificaciones sobre la deuda tributaria, fundamentos de hecho y de derecho, la calificación de la conducta y la sanción en el caso de contravenciones, así como la firma, nombre y cargo de la autoridad competente. La ausencia de cualquiera de los requisitos esenciales, cuyo contenido será expresamente desarrollado en la reglamentación que al efecto se emita, viciará de nulidad la Resolución Determinativa.

III. La Resolución Determinativa tiene carácter declarativo y no constitutivo de la obligación tributaria.

Asimismo, la Constitución Política del Estado en su art. 326, prevé:

"I. El Estado, a través del Órgano Ejecutivo, determinará los objetivos de la política monetaria y cambiaria del país, en coordinación con el Banco Central de Bolivia.

II. Las transacciones públicas en el país se realizarán en moneda nacional."

Y el art. 404 del Código Civil, invocado igualmente por el demandante, establece: «ARTÍCULO 404. (DEUDAS DE SUMAS DE DINER0). - Las deudas pecuniarias se pagan en moneda nacional y por el valor nominal de ella"

A partir de la normativa expuesta precedentemente, se evidencia que los argumentos del demandante son falsos, toda vez que los arts. 99 y 47 de la Ley N°2492 CTB no establecen como requisito de validez de la resolución determinativa, la consignación de la deuda tributaria en UFV's con su respectivo equivalente en bolivianos, sino que por el contrario el art. 47 establece de forma textual que la deuda tributaria ésta constituida por el Tributo Omitido y las Multas expresadas en Unidades de Fomento de la Vivienda (UFV's) siendo exigible su conversión a bolivianos sólo en el momento de hacer efectivo el pago de la deuda tributaria, y no así necesariamente para su consignación en los actos administrativos,

por consiguiente, la falta de conversión en la Vista de Cargo y la Resolución Determinativa que reclama el demandante no se constituye en causal de nulidad prevista por ley.

Asimismo, la determinación de la deuda tributaria o imposición de una sanción a través de un acto administrativo no se constituye en una "transacción pública", ya que en términos económicos una transacción se constituye una operación de distinto tipo que se lleva a cabo entre dos o más partes y que implica el intercambio de bienes o servicios a cambio del correspondiente capital, y por su parte el procedimiento de verificación o fiscalización que ejecuta la AT sobre las acciones de los sujetos pasivos tiene como objeto el determinar la existencia o inexistencia de una deuda tributaria, por lo que no se asimila a ninguna de las características de una transacción, y consiguientemente no existe vulneración al art. 326 constitucional cuando consigna, en este caso la sanción por omisión de pago y multa por incumplimiento a deberes formales en UFV's, más aún cuando la norma ya establece la obligación de que el pago de la deuda tributaria que realizase eventualmente el sujeto pasivo, debe efectuarse en bolivianos.

Finalmente, en relación al invocado art. 404 del Código Civil, debemos señalar que bajo el Principio de Especialidad, no corresponde la aplicación de esta norma civil en el ámbito tributario, en primer lugar, porque no existe vacío legal en la Ley N°2492 CTB, respecto a la imposición de sanciones en UFV's y su pago posterior, que requiera la aplicación supletoria de otra norma; y en segundo lugar, porque en caso de evidenciarse la falta de disposición expresa que regule esta situación, conforme lo previsto en el art. 74.1. de la Ley N°2492 CTB, por su naturaleza y finalidad, corresponde la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo y demás normas en materia administrativa.

V.3 DEL CREDITO FISCAL Y LA DEUDA TRIBUTARIA

En cuanto a la denuncia de que la AGIT habría validado la conversión del crédito fiscal fiscalizado por la AT en deuda tributaria, sin argumentos ni disposiciones tributarias que respalden dicha posición, siendo ambos conceptos totalmente diferentes, se verifica que la Resolución Jerárquica en su punto «IV. 4.6. Sobre la depuración del crédito fiscal", de forma clara y precisa refirió que el contribuyente es sujeto pasivo del IVA, y para efectos del pago de este impuesto compensó el débito fiscal determinado para los períodos enero y marzo de 2010, con el crédito fiscal proveniente de compras respaldadas con las correspondientes facturas, entre estas, las que fueron fiscalizadas por la AT, por lo que al haberse determinado reparos en la vinculación de las facturas fiscalizadas con la actividad gravada, estas fueron declaradas no válidas para descargo del IVA, en consecuencia, la depuración del crédito fiscal no respaldado por el contribuyente repercute anulando su valor en la proporción en que este habría sido utilizado para cubrir el débito fiscal que debió pagar el contribuyente por concepto de ventas en los respectivos períodos, emergiendo un saldo impago por concepto de IVA débito fiscal, que habría sido evadido por el contribuyente en su oportunidad, mismo que se constituye en el Tributo Omitido como base de la deuda tributaria, conforme dispone el art. 47 de Ley N°2492 CTB.

V.4. CONCLUSIONES

Del análisis precedente, este Tribunal Supremo de Justicia concluye que la autoridad jerárquica al emitir la Resolución impugnada, cumplió con la normativa administrativa legal citada, no habiéndose encontrado infracción y vulneración de derechos, acto administrativo sobre los que la autoridad jurisdiccional ejerció el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa,

correspondiendo, en consecuencia, mantener firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal, en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 2-2) y 4 de la Ley N°620, y la Disposición Final Tercera de la Lay n°439, falla en única instancia declarando IMPROBAA la demanda contenciosa administrativa de 35 a 39 vta. Presentada por PROXOM LA PAZ S.R.L., y en consecuencia mantiene firme y subsistente la Resolución de Recurso jerárquico N° AGIT-RJ 78472014 de 26 de mayo.

No interviene el Magistrado José Antonio Revilla Martínez por ser de voto disidente.

Relator: Magistrada Dra. María Cristina Díaz Sosa

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 14 de febrero de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

11

Gerardo Tórrez Antezana c/ Consejeros del Consejo de la Judicatura
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS: La demanda contenciosa administrativa de fs. 157 a 160, aclarada de fs.166 a 168 promovida por Gerardo Tórrez Antezana, representado por Aurora Miranda Carballo, impugnando la Resolución N°76/2010 de 18 de marzo, emitida por los Consejeros de la Judicatura, actualmente denominado Consejo de la Magistratura, los antecedentes del proceso; la contestación a la demanda de fs. 195 a 196; los antecedentes del proceso y de la emisión de la resolución impugnada.

I. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

1.- Demanda y petición.

Señala:

El 21 de junio de 2005, una persona realizó denuncia en contra de Gerardo Tórrez Antezana, porque éste habría percibido dos haberes en su condición de Vocal de la Corte Superior de La Paz y como jubilado de las Fuerzas Armadas de la Nación el año 2000 y 2001 hasta el mes de febrero. En virtud a ello, la Dirección Distrital del Consejo de la Judicatura de La Paz, inició investigación al amparo del Reglamento de Incompatibilidades del Poder Judicial, en el que, indica, hubiese aportado bastante prueba. Sin embargo, el Representante Distrital del Consejo de la Judicatura de La Paz, dictó la Resolución Administrativa N° RDCJ-20/2009 de 17 de julio de 2009 declarando la Incompatibilidad Funcionaria, por supuestamente incurrir en la prohibición e impedimento establecido en el art. 14 del Reglamento de Incompatibilidades del Poder Judicial, aprobado mediante Acuerdo N°136/2005, por el Plenario del ex Consejo de la Judicatura. (Transcribe al efecto el art. 8 del Reglamento de Incompatibilidades del Poder Judicial).

Contra esta resolución interpuso recurso de revocatoria, expresando que el caso fue resuelto y archivado hace más de 8 años. En cuanto a la percepción de la renta de las Fuerzas Armadas y en cuanto a COSSMIL, se trataría de un Régimen de Seguridad Social distinto, con fondos propios e independientes del Tesoro General de la Nación (TGN), conforme establece la Ley N°11901 de 21 de octubre de 1974, pero aun siendo así este caso también fue resuelto por el Consejo de la Judicatura el año 2004 con lo que se habría cerrado el caso. Empero el Representante Distrital del Consejo de la Judicatura de La Paz, persistiendo en la ilegalidad, confirmó la resolución Impugnada.

Posteriormente, interpuesto su recurso jerárquico, fue resuelto mediante Resolución N°76/2010 de 18 de marzo, el que confirma las Resoluciones Administrativas Impugnadas

Nos. RDVCJ-20/2009 de 17 de julio y la RDCJ-22/2009 de 10 de agosto, mediante las cuáles se declaró la incompatibilidad funcionaria del demandante como Vocal de la Corte Superior de La Paz, utilizando argumentos fuera de contexto legal como, que el derecho administrativo se funda en el Principio de Informalismo, y los principios de la nueva Constitución Política del Estado (CPE), de imprescriptibilidad de aquellas conductas de los servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado o le causen daño económico, y en cuanto a la irretroactividad manifestó que en materia administrativa rige el principio de verdad material, en consecuencia no es atendible el fundamento de la irretroactividad al primar el reiterado principio de verdad material.

Posteriormente indica que el caso de prohibición, no de incompatibilidad, fue resuelto y archivado definitivamente el año 2004 por el Consejo de la Judicatura, por los descargos y justificaciones presentadas, como la Resolución Ministerial (RM) N°026 de 11 de enero de 1999, resolución que persigue suspender la doble percepción de pagos y que efectivamente se dio cumplimiento con lo dispuesto en la RM citada y la RM N°1302 de 15 de octubre de 1999 por lo que el referido Consejo dio por concluido y cerrado el caso en aquella oportunidad y sin embargo, luego de muchos años, reabre el caso, significando violar el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 178 de la CPE, así como el principio de imprescriptibilidad, aspecto que el Plenario del Consejo de la Judicatura debió enmendar las ilegalidades incurridas en la Dirección de Distrital de esta repartición pública en La Paz. Sin embargo, al confirmar la resolución impugnada interpretando erróneamente el principio de informalismo que rige en los procesos administrativos, que se entiende como la excusa de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que pueden ser cumplidas posteriormente, violando también el principio de sometimiento a la Ley, al debido proceso a la seguridad jurídica.

Asimismo, en cuanto al principio de imprescriptibilidad se basaron en la previsión contenida en el art. 112 de la CPE, incurriendo nuevamente en un error en la interpretación por cuanto la norma citada hace referencia a delitos penales "Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de Inmunidad", por lo que para su caso, la supuesta prohibición en la que habría Incurrido, no constituye falta disciplinaria menos delito penal. La prescripción responde a un derecho natural, puesto que no se puede mantener a una persona en situación de incertidumbre, de amenaza de un proceso por tiempo indefinido, por ello el Reglamento de Procesos Disciplinarios del Consejo de la Judicatura estableció la prescripción de la responsabilidad funcionaria luego de dos años sin que se hubiera iniciado una investigación o por haber transcurrido ese tiempo sin obtener resultados. Sin embargo, el Plenario del repetido Concejo interpretó erróneamente aquello, desconociendo los principios de sometimiento a la Ley, de imparcialidad, de legalidad, de seguridad jurídica, de imprescriptibilidad, al debido proceso, los que se encuentran reconocidos en la CPE y los Tratados Internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

También la entidad demandada concluyó que no es atendible el fundamento de la irretroactividad, pero tenía la obligación de sustentar tal afirmación en la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia y de ningún modo en una interpretación errónea del Principio de Verdad Material que rige materia administrativa, lo cual evidencia otra vulneración al Debido Proceso.

En el caso se aplicó el Reglamento de Incompatibilidades del Poder Judicial aprobado mediante Acuerdo N°136/2005 de 3 de mayo, a un hecho del año 1999-2001 y que fue resuelto en su momento, en aplicación de la Resolución Administrativa 026 de 11 de enero de 1999 que en su art. 3 refiere: "Los asegurados que cuenten con renta en curso de pago, podrán continuar ejerciendo funciones, previa suspensión de pago de su renta mientras se hallen en servicio activo...sí la renta y salario provienen de la misma fuente", aspecto que fue cumplido, con lo que regularizó su situación.

Indica también que en su recurso jerárquico adujo que se demostró que COSSMIL es un seguro social, con autonomía de gestión técnica y administrativa y lo principal con patrimonio propio y recursos independientes, conforme lo señala el art. 6 de la Ley 11901 de 21 de octubre de 1974. Sin embargo, en los fundamentos legales de esta resolución jerárquica omitieron el análisis de ese punto, omisión que implicaría vulneración al debido proceso.

Petitorio.

En ese sentido pide, se declare PROBADA la demanda y consecuentemente NULA y sin valor legal la Resolución N°76/2010 de 18 de marzo de 2010, pronunciado, por el Plenario del Consejo de la Judicatura del Estado Plurinacional de Bolivia.

2.- Contestación a la demanda y petición.

En síntesis, indica lo siguiente:

Luego de señalar los antecedentes concernientes a la causa, concluyen indicando que al ser autoridades nuevas electas del Consejo de la Magistratura, carecen de competencia en el presente caso, máxime si se desconoce la existencia de las resoluciones administrativas, ahora demandadas ante las autoridades jurisdiccionales por la que se pretende dejarlas sin efecto, habiéndose enterado de tales resoluciones a través de la presente causa, consiguientemente puntualizan que no existiría norma legal que conmine a la Sala Plena del Consejo de la Magistratura o a sus componentes, a que se deba responder por las decisiones asumidas por el extinto Consejo de la Judicatura.

A continuación de conformidad al art. 342 del Código de Procedimiento Civil (CPC-1975) plantean excepción de falta de acción y derecho del demandante, toda vez que las resoluciones impugnadas fueron emitidas por una entidad que a la fecha es inexistente, en virtud de su extinción institucional el 31 de diciembre de 2011, conforme señala el art. 2 de la Ley N°212 de Transición para el Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura y Tribunal Constitucional Plurinacional; sin embargo dejan en claro que el acto generador de la presente acción no emerge del Poder Ejecutivo, sino del extinto Consejo de la Judicatura que formó parte del Poder Judicial.

El Consejo de la Magistratura es una nueva entidad con vigencia a partir del 3 de enero de 2012, tiene a la fecha una normativa totalmente diferente a la del ahora inexistente Consejo de la Judicatura, siendo el nuevo instrumento normativo, la Ley del Órgano Judicial N°025 de 24 de junio de 2010 y la CPE.

Al margen el basamento jurídico procedimental de esta demanda se encuentra contenida en el art. 778 del CPC- 1975, para la sustanciación de los trámites de procesos contenciosos administrativos que dieren lugar las resoluciones del "Poder Ejecutivo", y que la resolución que se pide sea declarado nulo es una resolución emanada del Poder Judicial a través del extinto Consejo de la Judicatura. Es decir, se encontraría inaplicable la adopción de

un procedimiento, que regule y dé lugar a la interposición de demanda contenciosa administrativa de resoluciones del Poder Ejecutivo, cuyo efecto legal es la inaplicación de la analogía, por ser entes independientes cuyas atribuciones constitucionales son completamente diferentes. Es más, estos entes de organización del Estado hoy en día se extinguieron y dieron nacimiento a los Órganos de un nuevo Estado Plurinacional de Bolivia.

Petitorio.

Por lo expuesto, contesta negando todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda contenciosa administrativa interpuesta y solicita, dictar Sentencia declarando IMPROBADA la demanda interpuesta, con la imposición de costas y multas de ley, declarando en consecuencia probada la excepción planteada de su parte.

II ANTECEDENTES PROCESALES EN SEDE ADMINISTRATIVA.

1.- Ante denuncia de doble percepción, la Dirección Distrital del Consejo de la Judicatura de La Paz, inició investigación al amparo del Reglamento de Incompatibilidades del Poder Judicial, el que después del periodo de prueba respectivo, culminó con acto administrativo el Representante Distrital del Consejo de la Judicatura de La Paz, dictó la Resolución Administrativa N° RDCJ-20/2009 de 17 de julio de 2009 declarando la Incompatibilidad Funcionaria, por incurrir en la prohibición e impedimento establecido en el art. 14 del Reglamento de Incompatibilidades del Poder Judicial, aprobado mediante Acuerdo N°136/2005, por el Plenario del ex Consejo de la Judicatura.

2.- Contra esta resolución interpuso recurso de revocatoria, expresando que el caso fue resuelto y archivado hace más de 8 años. En tal sentido se emitió la Resolución Administrativa N° RD 0-22/2009 de 10 de agosto, que rechaza el recurso interpuesto.

3.- Posteriormente, interpuesto su recurso jerárquico, fue resuelto mediante Resolución N°76/2010 de 18 de marzo, que confirma las Resoluciones Administrativas impugnadas Nos. RDVCJ-20/2009 de 17 de julio y la RDCJ-22/2009 de 10 de agosto, mediante las cuales se declaró la incompatibilidad funcionaria del demandante como Vocal de la Corte Superior de La Paz.

III PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

En autos, la entidad demandante controvierte la legalidad de la Resolución Jerárquica que confirma a la de Alzada, ratificando la incompatibilidad funcionaria, en desmedro de la prescripción e irretroactividad peticionada por el demandante.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL JURISPRUDENCIAL.

El Procedimiento Contencioso Administrativo, constituye garantía formal que beneficia al sujeto administrado librándolo del abuso de poder de los detentadores del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos para lograr el restablecimiento de sus derechos lesionados con la interposición, precisamente del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa. En consecuencia, corresponde a este Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por el demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por las instancias de impugnación. Conforme lo dispone el art. 109-4 de la CPE, que señala que todos los derechos por ella reconocidos son directamente aplicables y gozan de

iguales garantías para su protección, de su parte los arts. 115 y 1174 de la misma norma, garantiza el derecho al debido proceso que se constituye también en uno de los principios de la jurisdicción ordinaria conforme al mandato del art. 30-12 de la Ley del Órgano Judicial que señala: "...impone que toda persona tenga derecho a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido en disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar". En la que además se busque la averiguación de la verdad material, trascendente para que el proceso conduzca a decisiones justas, en un Estado Social Constitucional de Derecho, donde la solución de los conflictos, se basa en el establecimiento de la verdad como como única garantía de la armonía social.

V. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

Conforme a la problemática planteada, corresponde la resolución de la causa, centrándonos primero en la prescripción alegada por el demandante por el efecto extintivo que conlleva y al estar relacionado directamente con lo demandado, en tal sentido:

De modo general, la prescripción extintiva es un modo de extinguir los derechos y las acciones "por el mero hecho de no dar ellos adecuadas señales de vida durante el plazo fijado por la Ley (DE CASTRO). Así se pone de relieve cómo junto con el transcurso del tiempo lo característico de la prescripción extintiva es la inacción del titular del derecho durante toda la extensión de aquél; es lo que se ha denominado con acierto como «el silencio de la relación jurídica» (ALAS, DE BUEN Y RAMOS)". La Enciclopedia Jurídica consultada, continúa señalando "...la cuestión tradicionalmente problemática al estudiar la prescripción ha sido la de determinar cuál es su fundamento; pues en principio parece extraño que simplemente por el no uso pueda verse alguien privado de su derecho. Las justificaciones de la doctrina han sido muy diversas: se ha basado en la renuncia tácita del titular del derecho, en el mantenimiento del buen orden social, en el intento de evitar las dificultades en la prueba de las relaciones jurídicas que se prolongan indefinidamente en el tiempo (probatio diabolica), en la idea de sanción contra el propietario que actúa negligentemente con sus bienes, en la seguridad jurídica que no puede lograrse si las situaciones inciertas se mantienen prolongadamente, siendo necesario que el derecho objetivo ponga fin a las mismas. Todas ellas son válidas, si bien sólo contemplan aspectos parciales de la institución. Pero, en definitiva, lo cierto es que la prescripción, aunque puede dar lugar en ocasiones a situaciones injustas, constituye una necesidad de orden social, pues sin ella se primaría la negligencia en el ejercicio de los derechos. Gracias a la prescripción se logra una purificación en el tráfico jurídico que impide las reclamaciones desleales por parte de quienes no se consideran merecedores de la protección del ordenamiento, dada la pasividad con que se comportan sobre sus derechos..."

Conforme se argumenta sobre la prescripción corresponde señalar que esta figura se relaciona directamente con el Principio de Legalidad, entendido como, una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, a decir que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley.

El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la Ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la Ley.

En ese sentido de la lectura del recurso jerárquico, judicializado se tiene que en su Considerando HI, numeral 2, refiere textualmente: "En cuanto a la prescripción invocada, se debe tomar en cuenta que el Derecho Administrativo se funda en normas propias, bajo los principios de sometimiento a la ley, informalismo y los principios que establece la nueva Constitución Política del Estado de imprescriptibilidad de aquellas conductas de los servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado o le causen daño económico, por lo tanto, al tener el proceso de incompatibilidad funcionaria un Reglamento específico, este debe ser aplicado, (con el advertido de que el Reglamento de Incompatibilidades, desde el Acuerdo 43/99 del año 1999 y el último vigente Acuerdo 136/2005 tienen los mismos términos), no pudiendo emplearse normas que no regulan el mismo, ya que es evidente que no se trata de una causa penal o de una falta disciplinaria, correspondiendo el actuar del Vocal de la R. Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, a una prohibición e impedimento señalado no solamente por la Ley de Organización Judicial vigente desde el año 1993".

En relación al daño económico al Estado y vulneración del art. 324 de la CPE, si bien dicha disposición señala que no prescribirán las deudas por daños económicos causados al Estado, se entiende que está relacionado con la responsabilidad por la función pública; es decir, por actos cometidos por funcionarios públicos que causen menoscabo patrimonial al Estado o por particulares que se beneficiaren indebidamente con recursos públicos o fueran causantes del daño patrimonial en el marco legal señalado por la Ley N°1178 de 20 de julio de 1990, Ley de Administración y Control Gubernamentales, concordante con el art. 322 de la misma CPE, se refiere a la deuda como ingresos extraordinarios que puede percibir el Estado, y no a los ingresos como son las obligaciones tributarias o peor aún, las multas por incumplimiento de deberes formales.

De donde se concluye, que en el ejercicio de la función pública, los funcionarios del ex Consejo de la Judicatura u otros funcionarios, así como los particulares pueden ser sujetos de responsabilidad civil cuando su conducta ocasione daño patrimonial al Estado, por lo expuesto, no resulta necesario realizar mayores consideraciones al respecto. De lo que se puede colegir que el daño económico inmerso en la fundamentación del recurso jerárquico, sólo puede ser considerado como tal, como consecuencia de un acto cometido por un servidor público, situación que no se adecua en absoluto al caso concreto, habiéndose sustanciado en sujeción del procedimiento y reglas del debido proceso.

En ese contexto, el argumento usado en el recurso jerárquico para negar la prescripción no es el correcto, empero ello no equivale a decir que se haya operado la prescripción, ya que es necesario, revisar la normativa extintiva adecuada al caso.

En ese sentido, el Reglamento de Incompatibilidades del Poder Judicial tanto el aprobado mediante Acuerdo 43/99, así como 136/2005, no norman nada en lo referente a la prescripción, debido a que el objeto de estos reglamentos radica en normar y regular los aspectos inherentes a las incompatibilidades, prohibiciones e impedimentos de los funcionarios judiciales, acorde con sus derechos y deberes, garantizando el ejercicio ético y transparente de su actividad, manteniéndolo ajeno a los intereses personales, familiares, de grupo y político-partidarios, con el fin de que pueda desarrollar sus tareas con arreglo a los principios establecidos en la Ley y los Reglamentos de Sistema de Carrera del Poder Judicial.

En esa línea el art. 14 del Reglamento de Incompatibilidades del Poder Judicial aprobado mediante Acuerdo 136/2005, refiere a las prohibiciones e impedimentos generadas de la percepción simultánea de rentas y salarios, afirmando que no podrá ejercer funciones

en el Poder Judicial quien se encuentre percibiendo rentas de vejez u otras: hasta tanto no se presente la. Resolución que suspende legalmente la percepción de dichas rentas.

De la lectura se evidencia que dicho artículo que fue base para la declaratoria de incompatibilidad funcionaria, norma específicamente sobre las prohibiciones y el impedimento, las cuales no se constituyen en sanciones o infracciones las que, si reconocen un régimen de prescripción de dos años, contenidas en normativa administrativa como la del art. 79 de la Ley N°2341, inaplicable al caso de autos.

En tal sentido no se evidencia que se haya operado la prescripción en el caso de autos.

Por otro lado, en relación a que se habría violado el principio de irretroactividad normativa al aplicar el reglamento 136/2005 de 3 de mayo de 2005, a un caso del año 2001 al 2003, resulta desatinado en aplicación del Principio de Verdad Material, toda vez que se encuentra demostrad que el demandante percibió paralelamente remuneración de diferentes instituciones como del SENASIR, COSSMIL y el Poder Judicial, con el argumento de descargo del actor, a que COSSMIL tendría su propio presupuesto o de naturaleza jurídica diferente de las fuerzas armadas o que, se trataría de un régimen de seguridad social distinto, con fondos propios e independientes del TGN o que en el caso del Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR), devolvería lo indebidamente cobrado, no enerva el hecho comprobado de la existencia de incompatibilidad funcionaria, correspondiendo desestimar este argumento, máxime si el reglamento de la gestión 1991 guarda los mismos términos que el de 2005 y más allá de la normativa interna usada, el demandante no destruyó la incompatibilidad vehementemente Ocurrida, peor aún dada la calidad de persona, conocedora de sus derechos y obligaciones por sus amplios conocimientos de la normativa prohibitiva existente, no siendo ya necesario mayor argumentación al respecto.

Finalmente, no se evidencia que la marcada incompatibilidad, haya sido resuelta expresamente y con anterioridad, con calidad de cosa juzgada el año 2004, y debido a tal condición se haya archivado definitivamente el caso, toda vez que el funcionario procesado pudo hacer valer tal circunstancia por medio de alguna excepción, lo cual no aconteció.

Conclusiones.

En el marco de la fundamentación jurídica precedente y de la pretensión deducida en la demanda, se concluye que no son evidentes los reclamos planteados por el demandante y consiguientemente la Autoridad demandada, no incurrió en las vulneraciones acusadas de acuerdo con la problemática planteada, que constituye el objeto del proceso, no existiendo ninguna conculcación de normas legales; al contrario, se advierte que la autoridad demandada interpretó y aplicó correctamente las normas jurídicas inherentes al caso concreto, en consecuencia se debe mantener firme la resolución de recurso jerárquico impugnada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo Justicia en ejercicio de la atribución conferida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, 778 a 781 el CPC-1975 y en virtud de los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contencioso administrativa de fs.157 a 160, aclarada de fs. 166 a 168 promovida por Gerardo Tórrez Antezana, representado por Aurora Miranda Carballo, contra la Resolución N°76/2010 de 18 de marzo, emitida por los Consejos de la Judicatura.

No suscribe el Magistrado Edwin Aguayo Arando, por emitir voto disidente.

No intervine el Magistrado Olvis Egüez Oliva, al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal pro la autoridad emanada.

Relator: Magistrado Dr. José Antonio Revilla Martínez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Sucre, 14 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

12

Gerencia Sectorial de Hidrocarburos actual Gerencial Grandes Contribuyentes Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria

Contencioso Administrativo

Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs. 39 a 41, interpuesta por Jhonny Padilla Palacios, representante legal de la Gerencia Sectorial de Hidrocarburos actual Gerencia Grandes Contribuyentes Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales, en la que impugnó la Resolución de Recurso Jerárquico AGrT-RJ 0303/2010 pronunciada el 12 de agosto, por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), la contestación de fs. 188 a 194; notificación del tercero interesado de fs. 165; los antecedentes del proceso y de emisión de la Resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

I.1. Fundamentos de la demanda.

La entidad demandante señaló que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0303/2010 realizó una interpretación informal sobre las facultades de la Administración

Tributaria previstas en el art. 95 del CTB, toda vez que dicha normativa tributaria, establece que para ejercer la facultad determinativa, la Administración Tributaria: "...debe controlar, verificar, fiscalizar o investigar los hechos, actos, datos, elementos, valoraciones y demás circunstancias que integren o condicione el hecho imponible declarados por el sujeto pasivo..." (Textual), sin diferenciar entre la orden de fiscalización y orden de verificación.

Citando los arts. 62 parágrafo I del CTB y 29 inc. b) del Decreto Supremo (D.S.) N°27310, manifestó que la facultad de verificación inició cuando se notificó la orden el 31 de diciembre de 2008, suspendiéndose por seis meses.

Añadió que la Ley no establecería mayor o menor valor entre la orden de fiscalización y la orden de verificación, las cuales concluyen en la emisión de una Resolución Determinativa cuya finalidad es establecer si existe o no de deuda tributaria.

I.2. Petitorio.

La institución demandante solicitó, se emita Sentencia declarando probada la demanda y en consecuencia se revoque la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-111 0303/2010 de fecha 12 de agosto emitida por la AGIT y se declare firme y subsistente la Resolución Determinativa impugnada.

II. De la contestación a la demanda.

Apersonado al proceso Daney David Valdivia Coria, en representación legal de la AGIT, respondió negativamente a la demanda con memorial presentado el 28 de septiembre de 2017, que cursa de fs. 188 a 194, y señaló lo siguiente:

Relacionando los antecedentes de hecho, manifestó falta de congruencia en la demanda que esgrime aspectos que no se apegan a los dilucidados en la resolución impugnada, pues el art. 62 parágrafo I de la Ley 2492 (CTB), es claro al establecer que el curso de la prescripción se suspende con la notificación del inicio de la fiscalización, por lo que asemejar la verificación con la fiscalización, resulta contrario al "principio de legalidad" entendido por el Tribunal Constitucional Plurinacional' como el límite a la discrecionalidad de los servidores públicos que no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas; asimismo, se debe considerar el principio de "legalidad o reserva de la ley", previsto en el art. 6 del CTB; en cuyo marco, al no haberse generado una fiscalización propiamente dicha, no se suspendió el término de prescripción en el presente caso, aspecto que fue aclarado por la Resolución de Recurso Jerárquico impugnada.

Por otra parte, citó la Sentencia 276/2012, emitida por Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, referida a la suspensión del plazo de prescripción cuando se notifica el inicio de la fiscalización, en el marco del art. 62 parágrafo I del CTB, no así con la orden de verificación. También citó las Resoluciones de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0031/2010 (respaldada por la Sentencia N°391/2015 emitida por Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia) y AGIT-111 1040/2012, referidas a la suspensión del plazo de prescripción con el inicio de la fiscalización conforme al art. 62 parágrafo I del CTB.

Finalmente, citó las Sentencias N°510/2013 de 27 de noviembre y N°238/2013 de 5 de julio, emitidas por Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, que versan sobre el deber de la parte actora de establecer y demostrar con argumentos apropiados y sólidos la errada interpretación de la normativa en la que habría incurrido la AGIT y sobre el impedimento de

ingresar al fondo cuando el demandante se limita a copiar los recursos interpuestos en instancia recursiva administrativa respectivamente.

II.1. Petitorio.

El demandado solicitó declarar improbada la demanda interpuesta por la Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del Servicio de Impuestos Nacionales, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0303/2010 de 12 de agosto, que emitió la AGIT.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

A efecto de resolver la problemática planteada, corresponde señalar que, los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente:

1. El 31 de diciembre de 2008, la Administración Tributaria notificó a YPFB Refinación S.A. con la Orden de Verificación 78080VE0046 de 30 de diciembre de 2008, para la verificación del crédito fiscal IVA de los períodos fiscales junio y julio 2004 (fs. 2 y fs.8 de antecedentes administrativos, anexo 1).

El 16 de marzo de 2009, la Administración Tributaria notificó a YPFB Refinación S.A. con la Vista de Cargo N° SIN/GSH/DF/VC/78080VE0046/0018/2009 de 10 de marzo, que establece una deuda tributaria de UFV"s16.362.316.- equivalente a Bs24.548.546.- por concepto de tributo omitido del IVA períodos fiscales junio y julio 2004, intereses, multas y sanción (fs. 60 a fs. 363 de antecedentes administrativos, anexo 2).

El 15 de junio de 2009, la Administración Tributaria notificó a YPFB Refinación S.A. con la Resolución Determinativa N°55/2009 de 10 de junio, que determina una deuda tributaria en la suma de UFV"s1.891.294.- equivalente a Bs2.884.110.- por concepto de tributo omitido del IVA períodos fiscales junio y julio 2004, intereses, multas y sanción (fs. 541 a fs. 549 de antecedentes administrativos, anexo 3).

2. Contra la Resolución Determinativa, YPFB Refinación S.A. interpuso Recurso de Alzada (fs. 108 a 112 del anexo 1 de antecedentes en impugnación administrativa), resuelto a través de la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-SCZ/RA 0134/2009 de 22 de septiembre (fs. 252 a 261, del anexo 2 de antecedentes en impugnación administrativa), que confirmó la Resolución Determinativa N°55/2009.

Contra la Resolución de Alzada, YPFB Refinación S.A. interpuso recurso jerárquico cursante de fs. 284 a 290 y vta., del anexo 2 de antecedentes en impugnación administrativa, el cual una vez tramitado, se emitió la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 0444/2009 de 11 de diciembre (fs. 408 a 420 y vta., del anexo 3 de antecedentes en impugnación administrativa), que resolvió anular la Resolución de Alzada ARIT-SCZ/RA 0134/2009 de 22 de septiembre, disponiendo se emitiera una nueva que incluya el acta de audiencia de 18 de septiembre de 2009, a fin que YPFB Refinación S.A., pueda exponer sus alegatos. En cumplimiento a la indicada Resolución Jerárquica, se emitió la Resolución de Alzada ARIT-SCZ/RA 0042/2010 de 17 de mayo (fs. 456 a 463 y vta, cursante en el anexo 3 de antecedentes en impugnación administrativa), que resolvió revocar totalmente la Resolución Determinativa N°55/2009, por encontrarse prescritas las facultades de la Administración Tributaria para determinar la deuda tributaria de los periodos fiscales de junio y julio de la gestión 2004.

Contra la Resolución de Alzada emitida, el ente fiscal interpuso recurso jerárquico que tuvo como Resultado la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0303/2010 de 12 de agosto (fs. 501 a 510 de antecedentes en impugnación administrativa) que confirmó la resolución de alzada; en consecuencia, se dejó nula y sin efecto legal por prescripción la Resolución Determinativa N°55/2009; por consiguiente, la Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del SIN interpuso la presente demanda contenciosa administrativa.

3. Concluida la tramitación de las etapas en el proceso contencioso administrativo, se dictó la Sentencia N°412/2015 de 7 de octubre, misma que declaró probada la demanda y dejó sin efecto la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0303/2010 de 12 de agosto, así como la Resolución de Alzada ARIT-SCZ/RA 0042/2010 de 17 de mayo y en su mérito, mantuvo firme y subsistente la Resolución Determinativa N°55/2009 de 10 de junio.

4. Dentro la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por YPFB Refinación S.A., se emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1472/2016-S3 de 12 de diciembre, que dejó sin efecto la Sentencia N°412/2015, por no haberse notificado al tercero interesado para que puede asumir defensa dentro la tramitación de la demanda, debiendo en consecuencia emitir nueva resolución previo saneamiento del procedimiento.

5. En el curso del proceso contencioso administrativo, se dio cumplimiento al procedimiento de puro derecho señalado en los arts. 781 y 354 parágrafos II y III del Código de Procedimiento Civil (CPC-1975).

6. Cursa también el apersonamiento de Luis Marcelo Callejas Tito en representación de YPFB Refinación S.A. como tercero interesado, planteando por memorial de fs. 205 a 207 (saneado por memorial de fs. 244 a 246), la excepción de extinción del proceso por pago total de la deuda, mismo que fue resuelto por Resolución N°83/2018 de 2 de octubre cursante de fs. 258 a 259 y vta., que rechazó la solicitud de extinción y ordenó la prosecución del proceso, ya no existiendo más trámite pendiente en la causa, se decretó autos para Sentencia (fs. 263).

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

En el caso de autos, el objeto de la presente controversia radica en determinar si en la notificación de la Orden de Verificación 78080VE0046 de 30 de diciembre de 2008, es aplicable la suspensión del plazo de prescripción prevista en el parágrafo I del art. 62 del CTB y como resultado de este, si operó o no la prescripción de la facultad de la Administración Tributaria para determinar la deuda tributaria por concepto IVA de los periodos fiscales junio y julio agosto de la gestión 2004; es decir, si existió o no la causal de la suspensión del plazo de prescripción.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

V.1. Para el análisis del presente caso es necesario considerar que:

“…prescripción, "es una categoría general del Derecho, cuya finalidad es modular el efecto del paso del tiempo sobre la inactividad de quien pudiendo ejercer un derecho no lo hace" (García Novoa Memoria III Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario 2010); y a decir de este autor, "su fundamento radica en la seguridad jurídica, pues las pretensiones deben ejercitarse en un lapso temporal razonable no siendo aceptable que cualquier sujeto de derecho quede indefinidamente a merced de la actuación de otro."2; en ese sentido, es necesario realizar un análisis sobre el concepto de prescripción y la aplicación normativa al efecto, estableciendo si el plazo legalmente establecido para la prescripción fue superado o

no, debiendo considerar que el procedimiento iniciado por la Administración Tributaria que recae sobre el IVA de los periodos fiscales junio y julio de la gestión 2004, por lo que el hecho generador de tributo ocurrió durante la vigencia del CTB sin modificaciones.

En ese contexto, se tiene establecido que el parágrafo I del art. 59 del CTB (sin modificaciones), señala: "Prescribirán a los cuatro (4) años las acciones de la Administración Tributaria para: 1. Controlar, investigar, verificar, comprobar y fiscalizar tributos. 2. Determinar la deuda tributaria. 3. Imponer sanciones administrativas. 4. Ejercer su facultad de ejecución tributaria.", debiendo entenderse que el computo de la prescripción lo establece el parágrafo I del art. 60 de la ya referida Ley tributaria, señalando: "Excepto en el numeral 4 del parágrafo I del Artículo anterior, el término de la prescripción se computará desde el 1 de enero del año calendario siguiente a aquel en que se produjo el vencimiento del periodo de pago respectivo."; siendo que el desarrollo del plazo de la prescripción puede ser suspendida por las causales establecidas en el art. 62 del CTB, dentro de estas causales se encuentra la establecida puntualmente en el parágrafo I del referido artículo, estableciendo que la prescripción se suspende con: "La notificación de inicio de fiscalización individualizada en el contribuyente. Esta suspensión se inicia en la fecha de la notificación respectiva y se extiende por seis (6) meses."; conforme a la normativa señalada debe considerar que el plazo de la prescripción es de 4 años computables desde el 1° de enero del año siguiente al que se realizó el vencimiento del pago correspondiente, plazo que puede ser suspendido durante 6 meses cuando la Administración Tributaria notifica el inicio de la fiscalización; ahora bien, es necesario establecer si la suspensión referida se genera con la notificación de la orden de verificación.

Dentro del contexto señalado, se debe considerar que el procedimiento de verificación se inicia con la notificación de la orden de verificación conforme al art. 32 del D.S. N°27310; por su parte el procedimiento de fiscalización se inicia con la notificación de la orden de fiscalización conforme establece el parágrafo I del art. 104 del CTB, siendo que el procedimiento a seguir en ambos casos se desarrolla bajo los parámetros establecidos en los arts. 95, 96, 98 y 99 todos del CTB; es decir, que el inicio, desarrollo y culminación de la verificación y la fiscalización son realizados de la misma forma, teniendo en cuenta que, posterior a la notificación con la orden de verificación o fiscalización y previa verificación de la documentación obtenida, se procede a la emisión de la Vista de Cargo cuya notificación otorga el plazo para la presentación de descargos de 30 días; posteriormente, la Administración Tributaria tiene el plazo de 60 días para emitir la Resolución Determinativa; procedimiento que es realizado con igualdad de plazos y emisión de actuados, indistintamente si se inició con orden de verificación u orden de fiscalización, entendiendo que el procedimiento de determinación tributaria es uno solo y es el medio por el cual la Administración Tributaria efectiviza el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias de todo sujeto pasivo.

Conforme a lo expuesto precedentemente se llega al entendimiento de que al ser idénticos los procedimientos de verificación y de fiscalización, se obtiene un mismo resultado; es decir, ambos concluyen con una determinación tributaria, permitiendo este extremo la aplicación de lo establecido en el art. 8 del CTB, considerando el análisis extensivo de la normativa tributaria, toda vez que dos procedimientos idénticos con igualdad en resultados, no pueden tener efectos jurídicos tributarios diferentes, realizando una diferenciación única en cuanto a los efectos de suspensión de la prescripción, por lo que se puede establecer que tanto la notificación con la orden de fiscalización, como la notificación con la orden de

verificación son causales de suspensión de la determinación tributaria; más aun considerando que dentro la aplicación de la prescripción, esta se interrumpen con la notificación de la Resolución Determinativa, indistintamente esta sea iniciada por orden de fiscalización o por orden de verificación, conforme dispone el inc. a) del art. 61 del CTB, por lo que análogamente se puede establecer que la suspensión de 6 meses establecida en el parágrafo I del art. 62 del CTB. es aplicable también con la notificación de la Orden de Verificación, criterio que ya fue asumido por este Tribunal cuando se estableció que:

"(...) esto en previsión del art. 8.III de la Ley 2492, que claramente señala que para llenar los vacíos legales, se aplicará la analogía, por lo que existiendo un vacío jurídico en la aplicación de la suspensión del término de la prescripción en cuanto a la notificación con la orden de verificación, es aplicable por analogía, lo prescrito en el art. 62.I de la señalada Ley; considerando que el procedimiento que se utiliza tanto en la orden de fiscalización como en la orden de verificación, es el mismo y en ambos casos se concluye con la emisión de la Resolución Determinativa, como se dejó establecido con anteriondad.".

En el entendido de lo expuesto y aplicando el parágrafo I del art. 62 del CTB al presente caso, se tiene que el cómputo de la prescripción sobre el IVA de los periodos fiscales junio y julio de la gestión 2004, inicio el 1° de enero de 2005, computando el plazo establecido en el parágrafo I del art. 59 del CTB, los cuatro años de prescripción finalizaban el 31 de diciembre de 2008; sin embargo, considerando la suspensión del cómputo por 6 meses, acontecido por la notificación de la Orden de Verificación 78080VE0046 efectuada a horas 11:42 el 31 de diciembre de 2008, cursante a fs. 8 de antecedentes administrativos anexo 1 (antes que se consoliden los 4 años de prescripción), el cómputo de prescripción finalizaba el 30 de junio de 2009, siendo que la diligencia de notificación con la Resolución Determinativa N°55/2009, fue realizada el 15 de junio de 2009; es decir, que no se llegó a configurar el plazo legalmente establecido para que opere la prescripción, por lo que el análisis efectuado por la entidad demandada no es correcta, puesto que uno de los elementos para establecer la prescripción es el transcurso del tiempo legalmente establecido, que en el caso de análisis no ha transcurrido.

Respecto a las Sentencias N°276/2012 de 15 de noviembre y N°391/2015 de 21 de julio, citadas por la entidad demandada como precedentes que respaldan su posición, se deberá considerar lo fundamentado Supra, que en uniformidad con la jurisprudencia ordinaria contenida en las Sentencias de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, N°013/2013 de 6 de marzo, N°139/2014 de 8 de agosto, N°24-1 de 27 de marzo de 2017 (previamente citada), entre otras, se estableció con fundamento jurídico tributario, que la notificación de la orden de verificación, al igual que la notificación con la orden de fiscalización, suspende el plazo previsto para el ejercicio efectivo de la facultad de determinación tributaria de la Administración Tributaria.

En cuanto a las Resoluciones de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0031/2010 y AGIT-RJ 1040/2012, referidas a la suspensión del plazo de prescripción con el inicio de la fiscalización conforme al art. 62 parágrafo I del CTB, se establece que las mismas no se encuentran dentro los alcances de lo establecido en el art. 5 del CTB, por lo que su aplicación no es obligatoria; más aún, si se considera que las mismas fueron emitidas por la entidad ahora demandada.

Acerca del deber de la parte actora de establecer y demostrar con argumentos apropiados y sólidos la errada interpretación de la normativa en la que habría incurrido la

AGIT y sobre el impedimento de ingresar al fondo cuando el demandante se limita a copiar los recursos interpuestos en instancia recursiva administrativa, se debe tomar en cuenta lo expuesto en los párrafos que anteceden; más aún, si es la misma entidad demandada, quien ha identificado las pretensiones expuestas por la parte actora y las rebatió.

Por último y con la finalidad de evitar la vulneración de derechos, es necesario aclarar que los argumentos contenidos en el Recurso de Alzada versan sobre: 1) La prescripción de las facultades del ente fiscal; y 2) La existencia de suficiente documentación que acredite la correcta apropiación del crédito fiscal, encontrándose ya dilucidada la prescripción; empero, la Resolución del Recurso de Alzada ARITSCZ/ RA 0042/2010, así como la Resolución del Recuso Jerárquico AGIT-RJ 0303/2010, al determinar la procedencia de la prescripción solicitada, no ingresaron a valorar la depuración de crédito fiscal de los periodos fiscales junio y julio de la gestión 2004, por lo que en resguardo al derecho al debido proceso, a ser oído, la motivación de las resoluciones y evitar la indefensión en los sujetos de la relación jurídica tributaria, corresponde no solo dejar sin efecto la Resolución del Recurso de Alzada y la Resolución del Recurso Jerárquico emitidas, sino disponer la emisión de nuevas resoluciones desde instancia de la alzada para que pueda darse cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo I del art. 211 del CTB, permitiendo que las Autoridades de impugnación administrativa se pronuncien sobre la depuración de crédito fiscal establecida en la Resolución Determinativa N°55/2009.

VI. CONCLUSIONES.

En el marco de la fundamentación jurídica precedente, de las pretensiones deducidas en la demanda y la contestación, se advierte que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 0303/2010 de 12 de agosto, fue emitida desconociendo la aplicación normativa legal citada, puesto que la AGIT no efectuó una correcta y precisa aplicación de las normas tributarias referidas al término de la prescripción de la facultad de la Administración Tributaria para la determinación de la deuda por concepto del IVA de los periodos fiscales junio y julio de la gestión 2004, al no aplicar correctamente el cómputo de la prescripción y las causales establecidas en el parágrafo I del art. 62 del CTB, para la procedencia de la suspensión de la prescripción, al contrario, se limitó a una interpretación superficial de las normas jurídicas; consiguientemente, existe fundamento legal que motiva dejar sin efecto la Resolución del Recurso Jerárquico y existiendo cuestiones de fondo que deben ser resueltas en instancia de impugnación administrativa debe emitirse nueva Resolución de Alzada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de la atribución conferida en los arts. 778 y 781 del CPC-1975, falla en única instancia declarando PROBADA en parte la demanda de fs. 39 a 41, interpuesta por Jhonny Padilla Palacios, representante legal de la Gerencia Sectorial de Hidrocarburos actual Gerencia Grandes Contribuyentes Santa Cruz del SIN; en su mérito, se deja sin valor legal la Resolución del Recurso de Alzada ARIT-SCZ/RA 0042/2010 de 17 de mayo y la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 0303/2010 de 12 de agosto, disponiendo se emita nueva Resolución de Alzada que resuelva la pretensión del recurrente en cuanto a la depuración del crédito fiscal de los periodos fiscales junio y julio de la gestión 2004.

No suscriben los Magistrados-Antonio Revilla Martínez, Olvis Egüez Oliva y Edwin Aguayo Arando por emitir voto disidente.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Esteban Miranda Terán

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

13

Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del SIN ahora Gerencia GRACO del SIN c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs. 43 a 45, subsanada a fs. 137 a 138, interpuesta por el Gerente Sectorial a.i. del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN) ahora Grandes Contribuyentes (GRACO) Santa Cruz del SIN, impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-IU 0304/2010 de 12 de agosto, emitida por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT); contestación de la demanda de fs. 173 a 182; réplica de fs. 185 a 186 vta.; dúplica de fs. 189 a 191; la notificación del tercero interesado a fs. 197 de obrados; los antecedentes del proceso y de emisión de la Resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

La demanda únicamente señala como antecedente que, el 23 de agosto de 2010 se notificó a la entonces Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del SIN con la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-IU N°0304/2010 de 12 de agosto, por lo que interpone la presente demanda administrativa en tiempo hábil y oportuna a objeto que se emita Sentencia revocando totalmente la Resolución Jerárquica citada, debiendo declararse firme y subsistente la Resolución Determinativa impugnada (sin indicar mayores fundamentos respecto a dicha Resolución).

I.2. Fundamentos de la demanda.

Señala que la autoridad demandada asume una interpretación informal sobre las facultades de la Administración Tributaria, respecto al art. 95 de la Ley N°2492-Código Tributario Boliviano (CTB) y no hace un énfasis conceptual sobre la orden de fiscalización y la orden de verificación, que establezcan la supuesta diferencia que menciona la AGIT en la Resolución Jerárquica, excepto en lo que respecta al alcance e impuestos; puesto que, el art. 62 del CTB establece las causales de suspensión de la prescripción y el art. 29 del Decreto Supremo (DS) N°27310, dispone que la determinación de la deuda tributaria por parte de la Administración se realizará mediante los procesos de fiscalización, verificación control o investigación realizados por el SIN. El inc. b) del art. 29 del DS N°27310 dispone que se realizan determinaciones parciales comprendiendo la fiscalización de uno o más impuestos. El proceso de verificación se inició cuando se notificó la orden el 31 de diciembre de 2008, situación totalmente legal y válida, por lo que a partir de dicha fecha la prescripción de la gestión 2004, se encontraba suspendida por el lapso de seis meses.

Continúa señalando que, en ninguna parte del texto de la Ley N°2492, se establece que el procedimiento de fiscalización tiene mayor valor y formalidad que la verificación y en ese sentido, se tiene por una parte que tanto la verificación como la fiscalización, son facultades específicas de la Administración Tributaria, las cuales tienen como fin común la determinación de la existencia o no de una deuda por parte del SIN y su procedimiento finaliza en una Vista de Cargo, conforme lo prevé el art. 96 del CTB, siendo evidente que ambos procedimientos concluyen de la misma manera; es decir, el resultado consiste en la determinación de obligaciones tributarias, por lo cual es lógico que para surtir efectos requieran la formalidad de originarse con. una Orden específica y debidamente notificada, ' lo que a su vez produce los mismos efectos para extinguir, suspender o interrumpir las obligaciones.

Finalmente, la parte demandante en el memorial que subsanaba su demanda de fs. 137 a 138, reconoce y pone a conocimiento de este Tribunal que, el contribuyente YPFB Refinación SA mediante la Nota YPFBR-GGL-94-CE/2016 de fecha 06 de diciembre acreditó el pago de la deuda tributaria determinada en la Resolución Determinativa CITE: DTJC/UTJ/RD/52/2009 y sus consiguientes beneficios de la Ley N°812, a efectos de que la suscrita Administración Tributaria dé por concluido el proceso determinativo.

I.3. Petitorio.

Concluye solicitando se emita Sentencia declarando probada la demanda contencioso administrativa, revocando totalmente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ N°0304/2010 de 12 de agosto; y, en consecuencia, manteniendo firme y subsistente la Resolución Determinativa impugnada N°52/2009.

II. De la contestación a la demanda.

David Valdivia Coria, en representación legal de la AGIT, se apersona al proceso, responde negativamente a la demanda con memorial presentado el 31 de julio de 2018, que cursa de fs. 173 a 182, y señala lo siguiente:

Previa transcripción de las Sentencias Nos. 238/2013 de 05 de julio y 252/2017 de 18 de abril, ambas emitidas por Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, referidos a la falta de argumentos en las demandas contenciosas administrativas a tales casos; señala que la parte adversa pretende conferirle la misma calidad a una verificación con una fiscalización,

pero en la propia demanda solo se hallan afirmaciones sin sustento normativo y el art. 62 del CTB no da lugar a interpretación diferente a la que se confirió en la Resolución ahora demandada, pues solo el inicio de una fiscalización suspende el curso de la prescripción y una fiscalización se da por iniciada, tan solo con una orden de fiscalización. En el presente caso, vinculado al IVA de los periodos abril y mayo 2004, con vencimiento de pago en mayo y junio de 2004; respectivamente, el término de la prescripción aplicable es de 4 años, iniciándose el cómputo a partir de 1 de enero de 2005 y concluyendo el 31 de diciembre de 2008, conforme establecen los arts. 59 y 60 del CTB, no evidenciándose causales de suspensión o interrupción del curso de la prescripción durante dicho plazo porque la notificación de la Orden de Verificación N°78080VE0045 no tuvo ningún efecto suspensivo, ya que el inicio de la misma no influía sobre el curso de la prescripción de acuerdo al citado art. 62 del CTB.

Asimismo, el art. 29 del DS N°23710 dispone que la deuda tributaria puede ser determinada por el SIN mediante procesos de fiscalización, verificación control e investigación, a tal efecto, por su alcance clasifica la determinación en total o parcial, de acuerdo al alcance de los impuestos que se efectúan mediante fiscalizaciones, dispone también que la Administración Tributaria puede realizar por una parte procesos de verificación y control puntual de los impuestos pagados o por pagar y por otra parte verificación y control sobre el cumplimiento de los deberes por pagar y por otra parte verificación y. control sobre el cumplimiento de los deberes formales.

En sentido cada uno de estos procedimientos se encuentran regulados de forma

independiente en los arts. 104 y 170 del CTB y 31 y 32 del DS N°7310, cuyas previsiones permiten concluir que existen diferencias entre dichos procedimientos; y los procesos de verificación tiene un alcance determinado en cuanto elementos, hechos y transacciones económicas y circunstancias; en cambio los proceso de fiscalización, sean totales o parciales, son integrales, por lo que abarcan todos los hechos generadores de uno o más periodos y tener un criterio contario, sería ir en contra del principio de legalidad.

Manifiesta también que, existió imprecisión de la demanda y confesión judicial espontánea porque nunca estableció matiz alguno vinculado a violación de normas legales en la acción interpuesta y al reconocer la parte demandante que los alcances de la verificación y fiscalización son diferentes, confesó espontáneamente que dichos procesos eran distintos, conforme el art. 404.11 del Código de Procedimiento Civil, concordante con el art. 1321 del Código Civil; verificándose que una verificación no es igual a una fiscalización y ésta última si suspende el término de la prescripción.

Finaliza la respuesta citando como doctrina tributaria del sistema SIDOT V.3 de la Administración Tributaria, entre otras, las Resoluciones Jerárquicas AGIT-R3 Nos.0031/2010 y 1040/2012, respecto a las diferencias en los procesos de fiscalización y veacación, la prescripción y causales de suspensión o interrupción del término de la misma; y como jurisprudencia cita la Sentencias Constitucionales Nos. 1077/01-R de 4 de octubre, 1562/2011-R, 0824/2012 de 20 de agosto; Sentencias Nos. 510/2013 de 27 de noviembre, 229/2014 de 15 de septiembre y 20/2017 de 20 de marzo, emitidas por Sala Plena y Sala Contencioso y Contencioso Administrativa Primera del Tribunal Supremo de Justicia; respectivamente.

II.1. Petitorio.

Concluye solicitando se declare improbada la demanda contencioso administrativa interpuesta por la Gerencia Sectorial de Hidrocarburos del SIN, ahora GRACO Santa Cruz del SIN, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 N°0304/2010 de 12 de agosto emitida por la AGIT.

III.- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

Continuando con el desarrollo del proceso, GRACO Santa Cruz del SIN mediante memorial de fs. 185 a 186 vta., presentó su réplica alegando que, en fallos similares, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia estableció que la notificación con la Orden de Verificación suspende el plazo de la prescripción al igual que la notificación con la Orden de Fiscalización debido a que ambos procedimientos terminan con la emisión de una Resolución Determinativa respectiva y concluye solicitando que al momento de resolver la presente causa se considere también que el sujeto pasivo YPFB Refinación SA aceptó y reconoció de manera expresa la deuda tributaria establecida en la Resolución Determinativa N°52/2009 de 10 de junio, toda vez que el citado contribuyente efectuó el pago total de la deuda tributaria con los beneficios concedidos por la Ley N°812, siendo evidente la aceptación y reconocimiento expreso de la deuda determinada y en concordancia con el art. 51 del CTB, solicitan se disponga probada la demanda contencioso Administrativa; posteriormente se dispuso por providencia de fs. 187 que teniéndose presentada la misma con los argumentos expuestos, se corra traslado para la dúplica, que fue presentada mediante memorial de fs. 189 a 191, reservándose el decreto de autos hasta la devolución de la provisión citatoria destinada a la notificación al tercero interesado.

Luego, en virtud del memorial presentado por GRACO Santa Cruz del SIN, pone en conocimiento el diligenciamiento de la provisión citatoria al tercero interesado dentro del proceso, constatándose que se cumplió con el diligenciamiento como consta por el formulario de fs. 197 y su correspondiente devolución a fs. 200 de obrados; por lo que, posteriormente siendo el estado de la causa, no habiendo más que tramitar, se decretó "Autos para Sentencia", el 8 de marzo de 2019 conforme consta a fs. 214 de obrados.

III.1.- Que el procedimiento Contencioso Administrativo, constituye una garantía formal que beneficia al sujeto administrado en el ejercicio del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos, logrando el restablecimiento de los derechos lesionados con la interposición del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa.

En este marco legal, el art. 778 del Código de Procedimiento Civil (CPC-1975), vigente para este tipo de procesos, establece que Y/ proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de .revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado que, así establecida la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, en relación con los arts. 4y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, reconocida la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena para la resolución de la controversia, por la naturaleza del procedimiento contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, cuyo objeto es conceder o negar la tutela solicitada por la parte demandante, teniéndose presente que el trámite en la fase

administrativa se agotó en todas sus instancias con la Resolución del Recurso Jerárquico ahora impugnada, corresponde a este Supremo Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por la entidad demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por la AGIT.

III.2.- Sobre la base de la relación precedente, corresponde ahora considerar que este Supremo Tribunal de Justicia emitió la Sentencia N°490/2015 de 3 de noviembre, derivada de la presente demanda contencioso administrativa, impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ N°0304/2010 de 12 de agosto; sin embargo, por Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) N°1242/2016-S3 de 8 de noviembre, que confirmó la Resolución N°28 de 4 de agosto de 2016, pronunciada por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz; y en consecuencia, concedió la tutela solicitada en los mismos términos dispuestos por el Tribunal de Garantías; es decir, dejaron sin efecto la Sentencia N°490/2015 de 3 de noviembre emitida por la Sala Plena de este Tribunal, disponiendo la nulidad de actuados hasta el Auto de Admisión de la demanda; inclusive, debiendo notificarse con la misma a la empresa accionante para que pueda ejercer su derecho a la defensa en igualdad de condiciones que los otros sujetos procesales (fs. 104 a 108 vta.).

En ese sentido y en cumplimiento de la citada SCP N°1242/2016-S3, se citó al tercero interesado y concluyendo la tramitación conforme establece la Ley con el correspondiente decreto de Autos para Sentencia de 8 de marzo de 2019 a fs. 214, volvió a sortearse la causa el 24 de julio de 2019, de acuerdo a sello de sorteo a fs. 215 vta.

En el curso del proceso contencioso administrativo, se dio cumplimiento al procedimiento de puro derecho señalado en los arts. 781 y 354.11 y III del CPC- 1975.

III.3.- Por lo precedentemente relacionado y tomando en cuenta que, en el caso de autos, la propia entidad demandante "GRACO Santa Cruz del SIN", hizo conocer que el contribuyente YPFB Refinación SA mediante la emisión de Nota YPFBR-GGL-94-CE/2016 de fecha 06 de diciembre (NUIT 10169), por la cual el sujeto pasivo citado acreditó el pago de la deuda tributaria determinada en la Resolución Determinativa N°52/2009 de 10 de junio emitida por la Administración Tributaria; por consiguiente y en mérito al reconocimiento expreso realizado por el contribuyente, éste aceptó, reconoció y canceló el pago total de la deuda tributaria establecida en su contra una vez concluido el proceso de verificación que se le inició con la notificación de la Orden de Verificación N°78080VE0045; en ese sentido y conforme consta a fs. 137 vta. a 138, como a su vez a fs. 186 de obrados, tal reconocimiento de pago de la deuda tributaria por la que inició este proceso contencioso administrativo se debe considerar lo previsto en el art. 51 de! CTB, que señala: "(Pago Total). La obligación tributaria y la obligación de pago de aduanas, se extinguen con el pago total de la deuda tributaría", por consiguiente, y bajo estos nuevos antecedentes, se advierte que se produjo la desaparición de la litis en la causa en análisis, situación que produce la conclusión extraordinaria del proceso, causa conocida en la doctrina como "sustracción de materia" (el resaltado nos corresponde).

Sobre el referido tema, este Tribunal de Justicia en el Auto Supremo N°216/2018 de 22 de octubre emitido por la Sala Civil, expuso el siguiente criterio jurisprudencia: "...que la sustracción de materia no es otra cosa que un medio anormal de extinción del proceso (no regulado por el legislador), constituido por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes, no pudiendo el

tribunal interviniente emitir pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) sobre la pretensión deducida. Es que resulta perfectamente posible que lo que comienza siendo un "caso justiciable", no lo sea más por motivos -digámoslo así- exógenos... "La disposición proyectada supone que el tema de la controversia, no puede ser sometido ya a un determinado magistrado, como órgano singular de la administración de justicia; sino a todo el organismo judiciario. Es lo que se ha dado en llamar defecto absoluto de la potestad jurisdiccional. No se trata de una forma de incompetencia. Se trata de la negación del poder de juzgamiento..." Por supuesto que -y acá principiamos a retomar el hilo principal- puede suceder (y de hecho acontece con habitualidad) que un "caso justiciable" se torne en "no justiciable" ínterin se está tramitando, y que ello obedezca a circunstancias extrañas al sentir de los participantes en el proceso. Si ello ocurre se estará ante un supuesto de "sustracción de materia". Piénsese ahora, a guisa de ejemplo, en el caso recordado por Camelutti de "extinción de la constituido por la coyuntura del fallecimiento del denunciado como insano, mientras se está sustanciando el proceso promovido en miras a su declaratoria de incapacidad...". (El resaltado nos corresponde).

Asimismo, el Auto Supremo N°857/2016 de 20 julio emitido por la Sala Civil de este Tribunal, acudiendo a los razonamientos del Tribunal Constitucional Plurinacional que también viene aplicando en sus fallos la sustracción de materia, en la SCP N°0697/2014 de 10 de abril estableció lo siguiente: "La sustracción de materia perdida del objeto procesal, es una previsión desarrollada por la doctrina procesal y la jurisprudencia constitucional, que consiste en la imposibilidad de un Juez o tribunal para pronunciarse sobre una determinada pretensión, imposibilidad que tiene como causa que los argumentos ya sean estos de hecho o derecho han desaparecido, también se configura esta imposibilidad cuando el hecho ha dejado de vulnerar el derecho denunciado y por tanto la tutela que podría otorgarse se torna inoportuna e ineficaz, la jurisprudencia constitucional respecto al tema ha manifestado lo siguiente: "mes posible colegir que básicamente la sustracción de la materia o del objeto procesal consiste en la desaparición de los supuestos de hecho denunciados a través de la acción de amparo constitucional, luego cuando esto sucede, el Juez o tribunal de garantías, no podrá decidir o pronunciar sobre algo que ya no tiene elementos fácticos eme lo sustenten; vale decir acre el petitorio del que ha devenido es insubsistente; por lo que por simple lógica una vez identificado el acto lesivo denunciado y contando con la certeza de que dicho acto y sus consecuencias ya no existen, se Irrumpe la posibilidad de pronunciarse sobre el análisis de fondo de la pretensión, correspondiendo la declaración de la sustracción de la misma' (SCP 2202/2013 de 16 de diciembre); y bajo tal razonamiento confirmó la decisión del Tribunal de Garantías que denegó la tutela constitucional.

Finalmente, a manera de ahondar más sobre la temática, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-021/14 de 27 de enero de 2014, Punto III., 3.6 de la parte considerativa del fallo, bajo el denominativo de "Carencia actual de objeto por hecho superado", señaló lo siguiente: "La carencia actual de objeto se fundamenta en que la finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección del derecho fundamental amenazado o vulnerado de quien invoca el amparo, de manera que cuándo la situación de violación o amenaza ha cesado o el daño que se pretendía evitar se ha consumado, pierde sentido cualquier orden que la Corte pueda proferir para amparar los derechos de la persona a favor de la cual se interpone la acción de tutela pues por sustracción de materia resultaría inútil. La Corte ha señalado al respecto:

"Así las cosas, se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el mencionado artículo, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos.

No obstante, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto a que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción".

Hay carencia actual de objeto cuando la orden que pudiera adoptar el juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtirla ningún efecto como resultado de: (i) el hecho superado, (II) el darlo consumado, u (iii) otra circunstancia que determine que la orden de/juez de tutela sobre lo solicitado por el accionante no surta ningún efecto.

...(iii) También existe carencia actual de objeto cuando se presenta cualquier otra situación que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela. En efecto, es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto, como cuando las circunstancias existentes al momento de interponer la tutela se modificaron e hicieron que la parte accionante perdiera el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo "(El resaltado nos corresponde).

Por consiguiente y de todo lo anteriormente expuesto, se evidencia que la sustracción de materia, consiste en la desaparición de los supuestos, hechos o normas que sustentan una acción y cuando esto acontece, la autoridad sea administrativa o jurisdiccional no podrá decidir o pronunciarse sobre algo que ya no tiene nada que lo sustente, no posee la pertinencia que existía al momento de la solicitud o requerimiento en el inicio del proceso, al haberse presentado precisamente la ya referida y explicada figura de "sustracción de materia".

En ese sentido; cabe señalar que, el caso presente fue impugnada la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0304/2010 de 12 de agosto, que confirmaba la Resolución de Alzada ARIT-SCZ/RA N°0039/2010, que dejaba nula y sin efecto, por prescripción, la Resolución Determinativa N°52/2009 de 10 de junio de 2009 emitida por la Administración Tributaria respecto al adeudo tributario establecido en contra del contribuyente YPFB Refinación SA; sin embargo, ante el claro y expreso reconocimiento de la parte demandante sobre la cancelación del pago total de la deuda tributaria efectuada por el contribuyente; significó de manera evidente el cumplimiento efectivo de la Resolución Determinativa N°52/2009, que constituye base para el inicio y desarrollo del presente proceso contencioso administrativo; por lo que, este Supremo Tribunal de Justicia se encuentra impedido de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la causa, en relación con la pretensión de la parte demandante sobre la procedencia o improcedencia de la prescripción de las facultades de la Administración Tributaria para determinar la deuda tributaria; puesto que, como ya se explicó, dicha deuda ya fue cancelada y' reconocida por la misma entidad tributaria demandante en su demanda y posterior argumento dentro del uso a su derecho a la réplica (fs. 137 a 138 142 y

186); no ameritando mayor pronunciamiento sobre la prescripción o no de la deuda tributaria, pues la misma ya fue cubierta por el contribuyente.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, dispone el ARCHIVO de obrados.

Devuélvanse los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada, sea cumpliendo el procedimiento que corresponda.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Relator: Magistrado Dr. Olvis Egüez Oliva

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

14

Fundación Cinemateca Boliviana y Despachante de Aduana "Paceña" S.R.L. c/ Autoridad de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 99 a 106 vta., interpuesta por la Fundación Cinemateca Boliviana, representada por Carmela Florentina Márquez y la Agencia Despachante de Aduana "Paceña S.R.L", representada por Johnny R. Salas Espinoza, impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0628/2012 de 7 de agosto (fs. 36 a 48 y vta.) y el Auto Motivado AGIT-RJ 0075/2012 de 28 de agosto, corriente de fs. 50 a 52, emitidas por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), representada por Julia Susana Ríos Laguna; la contestación de fs. 156 a 158 vta., la réplica y la dúplica cursantes de fs. 189 a 192 vta, y de fs. 196 a 97, respectivamente, pronunciamiento del tercero interesado de fs. 398 a 404; los antecedentes del proceso y emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

Los representantes legales de la Fundación Cinemateca Boliviana y la Agencia Despachante de Aduana "PACEÑA S.R.L, señalaron que en fechas 9 de noviembre y 12 de octubre del 2011, fueron notificados por la Administración Aduanera, con la Vista de Cargo N°191/2011 de 22 de agosto, por haber vencido el plazo de 60 días otorgados para la regularización de la importación de mercancía con exoneración de tributos, bajo la modalidad de despacho inmediato, para la Declaración de importación C-9903 presentada por la Agencia Despachante Paceña SRL, para su comitente Fundación Cinemateca Bolivia, no obstante que la solicitud de exención fue presentada ante la Cancillería del Estado Plurinacional de Bolivia sin que a la fecha se hubiera pronunciado el Estado sobre su procedencia o no; declarándose firme la referida Vista de Cargo, mediante Resolución Determinativa N° 129/2011 de 27 de diciembre, contra la que se interpuso recurso de alzada, resuelto mediante Resolución ARITLPZ/RA N°0418/2012 de 21 de mayo, la que fue impugnada mediante recurso jerárquico, que fue resuelto mediante resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0628/2012 de 7 de agosto, complementada con el Auto Motivado AGIT-RJ 0075/2012 de 28 de agosto, dictados por la AGIT, con lo que se agotó la vía administrativa.

I.2. Fundamentos de la demanda.

Expresó, que la Resolución de Recurso Jerárquico y el Auto Motivado complementario no se ajustaron a derecho, argumentado al respecto:

I.2.1. Vulneración al debido proceso en su elemento congruencia

Argumentaron que la resolución hoy impugnada, señala que solo ingresará a los fundamentos de fondo del recurso, una vez analice y considere los vicios de nulidad acusados en el recurso jerárquico, sin embargo, no fueron objeto de valoración alguna, no evidenciándose así que se haya ingresado a los aspectos de forma denunciados y recurridos de su parte, habiéndose pronunciado de oficio de manera ultra petita, extra legal, sin haber sido objeto de agravio en el recurso jerárquico, lo que contradice el principio de congruencia, como elemento del debido proceso, por lo que al haber anulado todo lo obrado, todo el proceso de la Vista de Cargo disponiendo el cobro directo, sin que nadie lo hubiere reclamado, contradice los arts. 195, parág. III y 198 inciso e) de la Ley N°3092, violando así lo establecido en el art. 115

de la CPE.

I.2.2. Vulneración al derecho de defensa

Al anular la resolución de alzada, con reposición hasta el vicio más antiguo, es decir la Vista de Cargo N°191/2011 de 22 de agosto inclusive, para que la Administración Aduanera aplique los procedimientos previstos en la Ley N°2492 CTB y otras normas administrativas, disponiendo el cobro de la deuda tributaria de manera directa y la imposición de las sanciones que correspondan, asimismo el auto motivado complementario N°0075/2012 de 28 de agosto que dispuso no ha lugar a la complementación, vulnerando el derecho a la defensa, ya que de manera errada la AGIT, concluye en sentido que la Declaración de Mercancías de Importación con exoneración de tributos despachados bajo la modalidad de despacho inmediato, constituye una declaración jurada y por tanto un Título de Ejecución Tributaria de inmediata ejecución, sin considerar que la declaración jurada a la que hace referencia el numeral 6 del parág. I del art. 108 del CTB, debe ser determinada por el sujeto pasivo, sin ninguna intervención de la administración, lo que se denomina autodeterminación, que consiste que el sujeto pasivo por sí y de manera voluntaria decide y liquida cuánto corresponde pagar por concepto de tributos, en el caso concreto no declararon ningún monto a pagar con deuda 0, como se infiere de la DUI adjunta, por lo que en la DUI C-9903 no existe autodeterminación, naciendo de una Vista de Cargo que efectúa una liquidación llamada "liquidación por la administración aduanera" sometida a presentación de descargos, sin que en materia aduanera se haya previsto la determinación mixta, al haberse declarado cero tributos, no tiene facultad de efectuar liquidaciones para luego sin juicio previo, proceda al cobro, como lo dispone la resolución jerárquica, lo que importa flagrante violación al derecho de defensa consagrado en el art. 115.II y 117.I de la CPE; si bien en casos que incluyen al contrabando y a la omisión de pago, la administración efectúa la liquidación, ante la inexistente liquidación de la deuda por parte del contribuyente. Sin embargo, en el caso de la declaración de importación con exoneración de tributos bajo la modalidad de despacho inmediato, no determina deuda alguna, siendo una autoliquidación de deuda de cero (0), por tributo a pagar.

Por ello, se infiere claramente que la Declaración Única de Importación C-9903 por la que se importó a consumo con exoneración de tributos aduaneros bajo la modalidad de despacho inmediato, que declara cero tributos por pagar, no sirve para que la administración

efectúe liquidación y luego sin juicio previo, proceda al cobro, como dispone de manera ilegal la resolución jerárquica.

I.2.3 Contradicción de fallos emitidos por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

Argumenta que la prueba de la inconsistencia en la fundamentación para la nulidad de obrados, hasta la Vista de Cargo inclusive, son las propias resoluciones dictadas por la misma AGIT, que en casos fácticos idénticos, ha procedido a revisar el acto, para cuyos casos la Vista de Cargo constituye el medio idóneo y legal para iniciar un procedimiento de determinación de oficio por parte de la Aduana, ya que en tales casos no anuló obrados, con el argumento que no debió emitirse Vista de Cargo y en su lugar debió la administración cobrar de manera directa.

I.3. Petitorio.

En virtud a los argumentos expuestos, solicitaron se declare probada la demanda y se anule la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0628/ 2012 de 7 de agosto y auto motivado AGIT-RJ 0075/2012 de 28 de agosto complementario emitidos por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), hasta que la entidad dicte nueva resolución, valorando todos los agravios expresados en el recurso jerárquico, conforme lo dispuesto en el parág. I del artículo 211 del CTB.

II. De la contestación a la demanda.

Julia Susana Ríos Laguna, representante legal de la AGIT se apersonó al proceso y respondió negativamente, señalando que, no obstante que la resolución impugnada está plena y claramente respaldada en sus fundamentos técnico-jurídicos, precisa lo siguiente:

1. En cuanto a que ambos recurrentes denunciaron vicios de nulidad de procedimiento de las actuaciones de la Administración Aduanera y que no fueron valorados por la AGIT.

Señaló que en aplicación de los arts. 8 de la Ley N°1990 (LGA) y 6 del Reglamento a dicha ley, se tiene que el hecho generador de la obligación tributaria se da en la importación de mercancías extranjeras y se perfecciona en el momento en que se produce la aceptación por parte de la Aduana Nacional de la Declaración de Mercancías, considerando que el comitente de la Fundación Cinemateca, registró y validó la DUI C-9903, bajo la modalidad de despacho inmediato sin pago de tributos aduaneros, presentando la solicitud de exención tributaria N°359-07, despacho que conforme al art. 131 del reglamento a la LGA, debió ser regularizado dentro de un plazo improrrogable de 60 días, el cual se incumplió.

Siendo que la determinación de la obligación tributaria puede ser efectuada mediante una liquidación por parte de la Administración Aduanera, una vez que se configuró la deuda tributaria aduanera, esta se constituye por el tributo aduanero, interés y multa, dando lugar al procedimiento previsto en el párrafo cuarto del art. 10 del Reglamento a la LGA, modificado por el art. 46 del DS N°27310 RCTB.

Precisando que las actuaciones dirigidas al cobro de la declaración impaga, como efecto del rechazo a la solicitud de exención, deben enmarcarse en lo señalado en los arts. 10 cuarto párrafo del Reglamento a la LGA, modificado por el art. 46 del DS N°27310, 11 y 12 de la Ley N°1990 LGA, estando facultada a efectuar la liquidación de la DUI no pagada sujeta a exención total o parcial de tributos.

Estableciendo que no existió agravio ni lesión de derechos y mucho menos se falló ultra petita, emitiendo la resolución jerárquica en base a la solicitud de un debido proceso y apreciación de la prueba, por lo que, al evidenciar la existencia de vicios de nulidad, dispuso que se subsane anulando obrados hasta el vicio más antiguo, que fue la Vista de Cargo inclusive.

II. 1. Petitorio.

Solicitó se declare improbada la demanda, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0628/2012 de 7 de agosto, emitida por la Autoridad General de Impugnación Tributaria, y su auto complementario.

II.2. Réplica y dúplica.

Mediante memorial de réplica, cursante a fs. 189 a 192 vta., el representante legal de la Agencia Despachante de Aduana "Paceña SRL", expresó que la AGIT respondió de manera general, sin puntualizar sobre los agravios expresados, ratificándose en los fundamentos expresados en la demanda, pidiendo se declare probada la demanda y se disponga la nulidad de la resolución jerárquica como de su complemento, para que se dicte una nueva resolución, pronunciándose sobre los agravios argumentados en el recurso jerárquico.

Mediante memorial de dúplica, corriente a fs. 196 a 197 la representante legal de la AGIT se ratificó en los argumentos de su contestación, justificando su accionar de anular la resolución que resolvió la alzada, por lo que correspondió la nulidad hasta el vicio más antiguo, en este caso la Vista Cargo, para que la Administración Aduanera aplique los procedimientos previstos en las normas vigentes para el cobro de la deuda tributaria e imposición de sanciones que correspondan.

Reiteró que solicita se declare IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0628/2012 de 7 de agosto y su auto complementario.

III.- Del Tercero Interesado.

Habiéndose notificado legalmente al tercer interesado, La Administración Aduanera Interior La Paz de la Aduana Nacional de Bolivia, conforme consta en la diligencia de notificación de fs. 296, de fecha 3 de mayo de 2019, se apersonó mediante memorial de fs. 398 a 444 de obrados, señalando que resulta correcta la fundamentación de la resolución que resolvió el recurso jerárquico dictada por la AGIT, correspondiendo se disponga la nulidad por vicios insubsanables, hasta el más antiguo, la Vista de Cargo; solicitando se CONFIRME la Resolución Jerárquica AGIT-RJ 0628/2012 de 7 de agosto y su auto complementario.

No habiendo nada más que tramitar, a fs. 405, se dispuso "Autos para Sentencia".

IV. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

A efecto de resolver, corresponde señalar que los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso informan lo siguiente:

1. El 30 de julio de 2007, la Agencia Despachante de Aduana Paceña SRL, registró y validó la DUI C-9903, bajo la modalidad de despacho inmediato, por cuenta de su comitente Fundación Cinemateca Boliviana, sin el pago de tributos aduaneros conforme a la solicitud de

Exención Tributaria N°359/07 de 27 de julio, que corresponde a 415 cajas de material mobiliario y equipos cinematográficos.

2. El 22 de agosto de 2011, la Administración Aduanera emitió el Informe Técnico N°1436/11, el cual indica que el despacho inmediato correspondiente a la DUI C-9903, de 30 de julio de 2007, está pendiente de regularización, toda vez que el importador ni el agente despachante de aduana presentaron la resolución de exoneración tributaria emitida por el Ministerio de Economía y Fianzas Publicas, por lo que recomienda la emisión de la Vista de Cargo, donde se incluya la sanción de 200 UFV por incumplimiento de regularización en el despacho inmediato.

3. El 29 de septiembre de 2011, la Administración Aduanera notificó por cédula al representante de la ADA Paceña SRL con las Vistas de Cargo N°191/2011 y N°192/2011, ambas de 22 de agosto, ratificando el contenido del informe técnico, calificando la conducta de la ADA Paceña SRL y la Fundación Cinemateca Boliviana como omisión de pago de tributos aduaneros, prevista en los art. 160, numeral 3 y 165 de la Ley N°2492 CTB, estableciendo el monto de la sanción por contravención de omisión de pago de tributos aduaneros de 1.193.790,29 UFV, por el 100% del monto calculado por la deuda tributaria, abriendo el plazo de treinta días para la presentación de descargos.

4. El 27 de diciembre de 2011, la Administración Aduanera emitió el informe Técnico N°2997/2011, sugiriendo mantener firme la Vista de Cargo N°191/2011, una vez valorados los descargos presentados por la fundación Cinemateca Boliviana y la ADA Paceña SRL; asimismo, en sus conclusiones indica que el despacho inmediato correspondiente a la DUI C-9903, de 30 de julio, se encuentra pendiente de regularización, incurriendo en la tipificación prevista en los arts. 160, numeral 3 y 165 de la Ley N° 2492.

5. El 29 de diciembre de 2011, la Administración Aduanera notificó por cédula al representante de la ADA Paceña SRL, con la Resolución Determinativa N°129/2011, de 27 de diciembre, que declaró firme la Vista de Cargo N°191/2011 de 22 de agosto, por tributos omitidos e intereses en la suma de 763.522 UFV, más la omisión de pago en la suma de 674.708 UFV y la sanción de 200 UFV haciendo un total de 1.438.430 UFV, en aplicación del art. 165 de la Ley 2492 CTB.

6. El 21 de marzo se resolvió recurso de alzada, mediante Resolución ARIT-LPZ/RA 0418/2012, dictada por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria La Paz, interpuesto por la Fundación Cinemateca Boliviana y la Agencia Despachante de Aduana Paceña SRL, contra la Administración de Aduana Interior La Paz de la Aduana Nacional de Bolivia, confirmó la Resolución Determinativa AN-GRLPZLAPLI N°129/11 de 27 de diciembre de 2011, emitida por la Administración de Aduana Interior La Paz de la Aduana Nacional contra la Fundación Cinemateca Bolivia y solidariamente contra la Agencia Despachante de Aduana Paceña SRL; manteniendo firme y subsistente la deuda tributaria de 1.438.430 UFV, por el Impuesto al Valor Agregado, sanción por omisión de pago y multa por la contravención aduanera por el incumplimiento de regularización del despacho inmediato con DUI C-9903 de 30 de julio de 2007.

7. En fecha 7 de agosto, se resolvió el recurso jerárquico interpuesto por la Fundación Cinemateca Bolivia y la Agencia Despachante de Aduana Paceña SRL, mediante Resolución AGIT-RJ 0628/2012, que dispuso anular la Resolución de Alzada ARIT-LPZ/RA 0418/2012 de 21 de mayo, dictada por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria La Paz, dentro del Recurso de Alzada interpuesto por la Fundación Cinemateca Boliviana y la Agencia

Despachante de Aduana Paceña SRL, contra la Administración de Aduana Interior La Paz de la Aduana Nacional de Bolivia; con reposición hasta el vicio más antiguo, esto es, hasta la Vista de Cargo AN-GRLP-LAPLI N°191/2011 de 22 de agosto inclusive, debiendo la Administración Aduanera aplicar los procedimientos previstos en la Ley N°2492 (CTB), el DS 27310 que la reglamenta (RCTB), DS N°25870 Reglamento a la Ley General de Aduanas (RLGA) y la Resolución de Directorio N° RD 01-011-04 de 23 de marzo de 2004, para el cobro de la deuda tributaria y la imposición de las sanciones que correspondan; conforme lo establece el inciso c), Parágrafo I del Artículo 212 de la Ley N°3092 (Título V del CTB).

8. El 28 de agosto se dictó el Auto Motivado AGIT-RJ 0075/2012, que resolvió la solicitud de aclaración de la Resolución del Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0628/2012 de 7 de agosto, emitido por la AGIT, disponiendo no ha lugar a la aclaración y explicación solicitada, quedando firme y subsistente en todas sus partes la resolución referida.

En el desarrollo del proceso contencioso administrativo, se dio cumplimiento al procedimiento de puro derecho señalado por los arts. 781 y 354-II y III del Código de Procedimiento Civil, toda vez que aceptada la respuesta a la demanda, cursante a fs. 156 a 158 vta., se corrió traslado al demandante para la réplica que sale de fs. 189 a 192 vta., que reitera los fundamentos de la demanda, dúplica de fs. 196 a 197, que ratifica los términos de la respuesta a la demanda.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

La problemática legal sujeta de resolución en el presente proceso contencioso administrativo, se circunscribe a establecer:

Si la AGIT al momento de disponer la nulidad de la resolución de alzada hasta la Vista de Cargo, a efectos de aplicar los procedimientos previstos en la Ley 2492 (CTB), el DS 27310 que la reglamenta (RCTB), DS N°25870 Reglamento a la Ley General de Aduanas (RLGA) y la RD 01-011-04 de 23 de marzo, para el cobro de la deuda tributaria, vulneró el debido proceso en su elemento congruencia y derecho de defensa de los demandantes, siendo contradictorio a fallos dictados en casos similares.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

V.1. Sobre el Proceso Contencioso Administrativo.

El Proceso Contencioso Administrativo, constituye garantía formal que beneficia al sujeto administrado, librándolo del abuso de poder que los detentadores del poder público, podrán incurrir a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que sean gravosos, para lograr el restablecimiento de sus derechos lesionados con la interposición precisamente del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa, el art. 778 del Código de Procedimiento Civil, establece que: "El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente el acto administrativo y agotando ante este Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado".

Quedando establecida la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo y reconocida la competencia de éste Supremo Tribunal, en su Sala Plena, para la resolución de la controversia, por la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las

características de juicio ordinario de puro derecho en única instancia, no teniendo una etapa probatoria, cuyo objeto es conceder o negar la tutela solicitada por el demandante, teniéndose presente que el trámite en la fase administrativa se agotó en todas sus instancias con la resolución del recurso jerárquico; por consiguiente, se procede a analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por el demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por la AGIT y la Administración Tributaria; todo esto al tenor de lo dispuesto por los arts. 4 y 6 de la Ley 620.

Con relación a si la AGIT al momento de disponer la nulidad de la resolución de alzada hasta la Vista de Cargo, a efectos de aplicar los procedimientos previstos en la Ley 2492 (CTB), el DS 27310 que la reglamenta (RCTB), DS N°25870 Reglamento a la Ley General de Aduanas (RLGA) y la RD 01-011-04 de 23 de marzo, para el cobro de la deuda tributaria, vulneró el debido proceso en su elemento congruencia y derecho de defensa de los demandantes, siendo contradictorio a fallos dictados en casos similares.

Sobre este punto, se debe considerar previamente cuales los argumentos establecidos por la AGIT que la llevaron a determinar la nulidad dispuesta, hasta el vicio más antiguo, en este caso la Vista de Cargo.

Al respecto debe entenderse, que conforme al art. 6 de la Ley N°1990 LGA, las obligaciones aduaneras se constituyen en dos formas, la obligación tributaria aduanera y la obligación de pago en aduanas, generándose así la obligación tributaria aduanera, con la importación de mercancías extranjeras para el consumo u otros regímenes sujetos al pago de tributos aduaneros, que se perfecciona con la aceptación de la Declaración de Mercancías por la Aduana Nacional; es así que a quien omita el pago o que pague menos la deuda tributaria, conforme al art. 165 de la Ley N°2492, se lo sanciona con el cien por ciento del monto calculado para dicha deuda, así como con la multa por la omisión, expresadas en UFV.

En el caso concreto se evidencia que el 30 de julio de 2007, la ADA Paceña SRL, por cuenta de su comitente Fundación Cinemateca Boliviana, registró y validó la DUI C-9903, bajo la modalidad de Despacho Inmediato sin el pago de tributos aduaneros, presentando a tal efecto la Solicitud de Exención Tributaria N°359-07, teniendo el plazo improrrogable de sesenta días para su regularización, conforme a lo dispuesto en el art. 131 del DS N°25870 y no lo hizo; dejando en claro además que la determinación de la obligación tributaria aduanera puede ser efectuada mediante una liquidación por parte de la Administración Aduanera, y una vez configurada esta, se constituye por el tributo aduanero, interés y multa, dando lugar al procedimiento previsto en el párrafo cuarto del art. 10 del DS N°25870 RLGA, modificado por el Reglamento del CTB en su art. 46; por ello dejando en claro, que las actuaciones dirigidas al cobro de la declaración impaga, como efecto del rechazo a la solicitud de exención, deben enmarcarse en lo señalado en el párrafo del artículo y Decreto Supremo mencionado, modificado por el artículo del DS N°27310 RCTB que se hace referencia líneas arriba, las que permiten a la Administración Aduanera efectuar una liquidación de la DUI no pagada sujeta a exención total o parcial de tributos, además que el procesamiento de los ilícitos tributarios, considerando que el mismo no está vinculado a una determinación de oficio, sino en observancia del art. 168 de la Ley N°2492 CTB y la RD N°01-011-04.

En lo que corresponde a los motivos y fundamentos legales en los que funda su decisión la AGIT, para disponer su nulidad hasta el vicio más antiguo, resultó correcta al evidenciar que la Administración Aduanera realizó acciones dirigidas al cobro emergente de una DUI cuya mercancía fue despachada sin el pago de tributos aduaneros, condicionada a la

regularización, de que tenía que presentar la Resolución que otorga la exención de pago de tributos, habiendo realizado sus actuaciones mediante una determinación de oficio, lo que no se ajusta a lo establecido en los arts. 48 y 49 del DS N°27310 (RCTB), por lo que irregularmente procedió a la emisión directa de la Vista de Cargo, para luego emitir la Resolución Determinativa, suplantando y sin tomar en cuenta la declaración del contribuyente como autodeterminación, siendo que debió enmarcarse en lo dispuesto en el cuarto párrafo del art. 10 del DS 25870 que Reglamenta la Ley General de Aduana, modificado por el art. 46 del Decreto Supremo N°27310 (RCTB) 11 y 12 de la Ley 1990 (LGA), las cuales permiten a la Administración Aduanera efectuar una liquidación de la DUI no pagada sujeta a exención total o parcial de tributos y la intimación al pago bajo apercibimiento de ejecución tributaria.

Por lo que la AGIT al evidenciar que la Administración Aduanera no siguió este procedimiento descrito, sus actuaciones vulneraron las normas del debido proceso y el derecho de defensa del sujeto pasivo, consiguientemente en resguardo de los propios derechos de los ahora demandantes, es que se resolvió disponer la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo, en este caso la Vista de Cargo inclusive, a efectos que se cumpla con la normativa referida que rige en proceso administrativo, cumpliendo a cabalidad con el art. 36 parág. II de la Ley 2341 (LPA) y 55 del DS N°27113 (RLPA) que establecen: "Artículo 36. (Anulabilidad del Acto).

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuanto el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.”

"Artículo 55. (Nulidad de Procedimientos). Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo o adoptará las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas."

Los cuales se aplican por la supletoriedad dispuesta en el art. 74.1 de la Ley 2492 (CTB):

"ARTÍCULO 740 (Principios, Normas Principales y Supletorias). Los procedimientos tributarios se sujetarán a los principios constitucionales de naturaleza tributaria, con arreglo a las siguientes ramas específicas del Derecho, siempre que se avengan a la naturaleza y fines de la materia tributaria:

1. Los procedimientos tributarios administrativos se sujetarán a los principios del Derecho Administrativo y se sustanciarán y resolverán con arreglo a las normas contenidas en el presente Código. Sólo a falta de disposición expresa, se aplicarán supletoriamente las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo y demás normas en materia administrativa. "; consiguientemente al evidenciar el vicio de nulidad, no correspondió ingresar a la valoración de los demás vicios que argumentaron las partes al momento de interponer su recurso jerárquico, que indudablemente deberán ser saneados si son evidenciados, durante la nueva tramitación del proceso administrativo, donde se tiene que respetar el debido proceso, y los demás derechos que ello conlleva, por lo que este Tribunal no evidencia ninguna conculcación al debido proceso, así como violación a los derechos de defensa y debida

congruencia de la resolución, que en su decisión solo fue a determinar una nulidad por vicio insubsanable en su procedimiento de determinación de la deuda tributaria aduanera.

En cuanto a lo representado, que la AGIT al dictar la resolución que resolvió el recurso jerárquico N°0628/2012 de 7 de agosto, así como el auto motivado complementario N°0075/2012 de 28 de agosto que resolvió la solicitud de aclaración del primero, hubiere resuelto de manera contradictoria a otros fallos emitidos en casos similares; dejándose constancia, que en el presente caso se refiere a una nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo, dentro del proceso de determinación y sanción de la deuda tributaria, al evidenciar que la Administración Aduanera no siguió los procedimientos establecidos en las normas vigentes que rigen sobre la materia tributaria aduanera, es decir que no se ingresó al fondo de los puntos expuestos como agravios por los recurrentes, ni tampoco a otros vicios de nulidad representados, por lo que no permite realizar ningún tipo de comparación con relación a estas resoluciones impugnadas, respecto a otras que se dictaron resolviendo el problema o pretensión de fondo, por lo que este Tribunal se encuentra limitado para hacer alguna valoración respecto a lo representado,.

VI. Conclusiones

En mérito al análisis precedente, este Tribunal concluye que la AGIT al pronunciar la Resolución impugnada, no ha incurrido en ninguna conculcación de normas legales, como tampoco en vulneración de los principios acusados, al contrario, realizó correcta valoración e interpretación en su fundamentación técnica-jurídica que se ajusta a derecho; toda vez que los argumentos expuestos en la demanda por la Administración Tributaria demandante no desvirtúan de manera concluyente los fundamentos expuestos en la Resolución Jerárquica impugnada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en el ejercicio de la atribución conferida en los arts. 4 y 6 de la Ley 620 de la Ley 620 de 29 de diciembre de 2014 y 781 del Código de Procedimiento Civil, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa cursante de fs. 99 a 106 vta.; y en consecuencia, mantiene firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0628/2012 de 7 de agosto y su complementación el Auto Motivado AGIT-RJ 0075/ 2012 de 28 de agosto, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada, previa las formalidades de rigor.

Esta sentencia; de la que se tomará razón donde corresponda, es pronunciada en Sucre, Capital del Estado Plurinacional de Bolivia a los veinte y un día del mes de agosto de dos mil diecinueve años.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal, conforme lo previsto en la ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Relator: Magistrado Carlos Alberto Egüez Añez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

15

Fondo Financiero Privado FASSIL S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso-administrativa planteada por el Fondo Financiero Privado Fassil SA (fs. 148-155 y 159), impugnando la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPNPSF/URJ-SIREFI 085/2012 emitida el 28 de diciembre de 2012 por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (fs. 71-113), la contestación (fs. 226- 236); la réplica (fs. 240-246); la dúplica (fs. 255-261); los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. DEL CONTENIDO DE LA DEMANDA.

Roberto Arturo Corrales Dorado, en representación del Fondo Financiero Privado FASSIL S.A., se apersona ante este Tribunal, manifestando:

1. Relación de antecedentes.

Señala que mediante nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dispuso suspender el cobro de comisiones por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza; asimismo, dispuso la restitución de los importes cobrados por los conceptos detallados, instruyendo a la Gerencia general de FASSIL FFP S.A. remitir a la ASFI hasta el 31 de agosto de 2012, un informe refrendado por la Unidad de Auditoría Interna que detalle las acciones correctivas a ser implementadas para regularizar dichas deficiencias y que incluya la cuantificación de todos los casos sujetos a dicha restitución.

FASSIL por su parte, mediante carta con CITE: FSL-GG508/2012 de 1 de agosto, solicitó a la ASFI emitir resolución motivada y fundada que consigne lo siguiente: a) La instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de mantenimiento de Líneas de Crédito y Gestiones de Cobranza; y b) La instrucción de restituir los importes cobrados en relación al mantenimiento de Línea de Crédito y Gestiones de Cobranza.

El 23 de agosto de 2012, refiere haber sido notificado con la Resolución ASFI 408/2012 de 16 de agosto, elevándose a Resolución Administrativa la nota ASH/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio, planteándose recurso de revocatoria contra la misma; a cuyo efecto, el 10 de Octubre de 2012 es notificada con la Resolución ASFI 506/2012 de 2 de octubre, que confirma parcialmente la Resolución ASFI 408/2012 de 16 de agosto, suspendiendo la restitución de los cobros por concepto de comisiones por mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, mientras se agote la vía administrativa.

Interpuesto el recurso jerárquico, se emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre, revocando parcialmente la Resolución ASFI 506/2012, dejando sin efecto la decisión de ASFI únicamente en lo relativo a las determinaciones referidas al cobro de comisiones por concepto de mantenimiento de Líneas de Crédito, manteniendo firmes, vigentes y subsistentes las restantes determinaciones contenidas en las Resoluciones antes citadas.

La ASFI mediante nota ASFI/DSR II/R-12742/2012 de 25 de enero, instruyó a FASSIL:

a. Dar cumplimiento a la nota ASFI/DSR II/R 87191/2012, referente a la suspensión del cobro por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, según lo señalado en el capítulo II, numeral 3, inciso d) del Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-75961/2012, respecto a lo dispuesto a través de circular ASE/021/2009 cuyas disposiciones tienen vigencia a partir del 15 de diciembre de 2009; y

b. Restituir los importes cobrados por las verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, a partir de la vigencia de la mencionada Circular, debiendo la Gerencia General remitir hasta el 15 de febrero de 2013, un informe refrendado por la Unidad de Auditoría Interna, que detalle las acciones correctivas a ser implementadas para regularizar dichas deficiencias y que incluya la cuantificación de todos los casos sujetos a dicha restitución.

2. Fundamentos de la demanda contenciosa administrativa.

Señala que la ASFI y el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, violaron los principios de legalidad y el debido proceso administrativo al emitir las Resoluciones ASFI N°408/2012, ASFI N°506/2012 y MEFPNPSF/URJSIREFI 085/2012, por lo que pasa a puntualizar lo siguiente:

a. Respecto a la instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de Gestiones de Cobranza.

Señala que la Autoridad administrativa no consideró los siguientes fundamentos:

i. La obligación de pagar los gastos por concepto de gestiones de cobranza, ha sido, en todos los casos, contraída en forma expresa y libre mediante un contrato regulado y suscrito por cada cliente; es decir, que no hubo transgresión de la norma que prohíbe a las

entidades supervisadas efectuar cobros que no hayan sido aceptados expresamente por el cliente.

ii. Los cobros, además de haber sido aceptados contractualmente, estarían sujetos a condición no potestativa, ya que su materialización depende del cumplimiento o incumplimiento en el pago de lo debido por parte del cliente.

iii. La recuperación de los gastos de cobranza no debe estar asociada a un servicio o prestación efectiva al cliente, sino como parte de los gastos del pago de la obligación que debe cubrir el deudor conforme precisa el art. 319 del Código Civil (CC), que prevé, que los gastos corren por cuenta del deudor; por ello, independientemente de la responsabilidad que la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF) asigne a las entidades financieras, no se invalida la obligación que tiene el deudor de correr con los gastos que dicha gestión genere.

Añade, que la ASFI no se pronunció sobre el art. 319 del CC, omitiendo desvirtuar la aplicación de la disposición señalada a los cobros realizados por FASSIL, limitándose el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a afirmar que la RNBEF es de aplicación preferente, sin considerar que el art. 410 de la Constitución Política del Estado (CPE), establece la fórmula de solución frente a un eventual conflicto de normas determinando la jerarquía de las leyes, donde es de preferente aplicación el Código Civil que es una ley frente a una Resolución Administrativa que aprueba el RNBEF.

iv. En el marco de la RNBEF, las gestiones por cobranza están expresamente permitidas, dado que el Reglamento de Transparencia de la Información de la RNBEF contenido en el Capítulo I, Título I, Libro 5, determina que el cobro por gestiones de cobranza es válido siempre y cuando el mismo se encuentre a disposición del público; añade, que ese tipo de cobros se encuentra detallado en el Tarifario expuesto al público y a los clientes en todas las oficinas de FASSIL, el cual fue enviado en reiteradas ocasiones a la ASFI con anterioridad a la realización de la inspección ordinaria de riesgo de crédito con corte al 30 de abril de 2012 que originó la observación, lo cual no fue objetado por el Órgano de Supervisión, argumento que no hace referencia alguna la resolución impugnada.

b. Respecto a la instrucción de proceder con la restitución de importes cobrados.

Argumenta, que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, fundamentó su decisión en los arts. 3324 de la CPE y 154-1) y 3 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (LBEF) y 4-b) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), determinando que la ASFI tiene suficientes atribuciones para exigir el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias y, ejecutar por sí misma sus propios actos, lo que conlleva implícitamente, la facultad de ordenar la devolución de los cobros realizados en ejercicio de medidas correctivas o rectificatorias que harían a sus atribuciones. Al respecto:

i. La Resolución ASFI 408/2012, a manera de fundamento precisó que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 53/2008, reconoce que la autoridad puede adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica del administrado; sin embargo, la misma se trataría de una cita inadecuada que tiene dos elementos importantes: a) La no participación del cliente o usuario en el hecho que genera menoscabo, toda vez que los cobros realizados por el FONDO fueron pactados contractualmente y; b) El reconocimiento a la competencia

judicial, pues la ASFI puede adoptar medidas correctivas o rectificatorias dentro de su competencia, empero no puede arrogarse otras competencias.

ii. Señala, que según los arts. 331 y 332 de la CPE, y 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la ASFI posee facultades expresas para supervisar a las entidades; empero, tal regulación tiene los límites señalados por, el art. 154-16) de la LBEF, por lo que la ASFI carece de facultades para instruir u ordenar a las entidades supervisadas, la restitución de dineros o derechos al no haber existido una ampliación que emane de la ley.

c. Violación de principios administrativos.

Manifiesta, que el Derecho Administrativo Sancionador se apoya básicamente en el principio de tipicidad que es plenamente concordante con el principio de legalidad; sin embargo, la ASFI plantearía interpretaciones forzadas que invierten el orden constitucional de las normas, con el fin de establecer una sanción que escaparía de su competencia.

d. Claridad respecto a la necesidad de contar con predeterminación normativa de las infracciones y las sanciones.

Según la resolución jerárquica MEFP/VPSF7URJ-SIREFI 082/2012 de 28 de diciembre, por el principio de legalidad se impone la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan al órgano sancionador actuar con demasiado arbitrio y no con el prudente razonamiento que permita una especificación normativa.

Con este criterio, la autoridad demandada determinó que la ASFI, realizó un análisis incorrecto y que en ningún caso podría arbitrariamente realizar interpretaciones fuera de sus facultades, disponiendo en su parte resolutiva, anular el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos inclusive; empero, no comprende ¿por qué la Autoridad administrativa se alejó de ese precepto y no realiza el mismo análisis en su caso?, ¿por qué una parte del análisis se realiza bajo una línea lógica y la otra parte merece otra forma de lectura?, y ¿cómo se puede pretender que FASSIL devuelva montos sin que exista respaldo normativo para dicha disposición?

e. Transgresión al Debido Proceso.

Refiere, que del análisis de la normativa señalada y de los hechos que hacen al caso, se establece que no existe norma previa y expresa que otorgue competencia a la ASFI para instruir la devolución de montos de dinero y cualquier interpretación extensiva de la normativa sería arbitraria y antojadiza, incurriendo en lo dispuesto por el art. 122 de la CPE, dejando al administrado en una indefensión jurídica atentatoria a los principios de tipicidad, legalidad y el debido proceso.

f. Transgresión a la Ley de Procedimiento Administrativo.

Acusa el incumplimiento del art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), toda vez que no existe norma que otorgue competencia a la ASFI para instruir a FASSIL la devolución de montos de dinero, dado que las resoluciones impugnadas no cuentan con sustento de derecho en el que se funde la decisión; entonces, la restitución de cobros no sería lícita por carecer de sustento normativo, de igual manera, el procedimiento para determinar la restitución o devolución de los cobros no resultaría aplicable al ordenamiento jurídico vigente y, por último, el fundamento de las resoluciones emitidas por la ASFI y el

Ministerio de Economía y Finanzas, carecen de respaldo que sustente la pretendida restitución o devolución.

Añade, que el art. 29 de la LPA, establece que el contenido del acto administrativo debe ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, consecuentemente, el determinar la restitución o devolución de los cobros, no tendría asidero legal y, conforme cita el art. 30-f) de la misma disposición, los actos administrativos deben ser motivados en derecho. En conclusión, la ASFI habría cometido actos arbitrarios que deben ser enmendados.

3. Actos arbitrarios que deben repararse.

Concluye señalando, que la ASFI en ningún momento emitió normativa que prohíba a FASSIL el cobro de comisiones por la otorgación de contratos de línea de crédito y tampoco otorgó la Licencia de funcionamiento con las restricciones referidas al caso, habiendo cumplido FASSIL con todos los requisitos exigidos en los Arts. 1309, 1310 y 1312 del Código de Comercio (CCom), que determinan la licitud del cobro de las comisiones. Añade, que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, declaró que la ASFI actuó incorrectamente al determinar que FASSIL FFP S.A., cobró irregularmente estas comisiones, por lo que debía de restituirse estos importes debidamente cobrados, empero, esta misma autoridad, resuelve los aspectos relativos a los cobros por conceptos de recuperación de gastos por gestiones de cobranza bajo una lógica diferente.

4. Petitorio.

Concluye la demanda, solicitando sea declarada PROBADA y se disponga la revocatoria de la Resolución Administrativa Jerárquica MEFP/VPSF/URJSIREFI 085/2012 de 28 de diciembre, sólo en la parte resolutiva que determina mantener firmes, vigentes y subsistentes las determinaciones contenidas en las Resoluciones Administrativas ASFI 408/2012 y ASFI N°506/2012, sea con costas, daños y perjuicios.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

1. Fundamentos de la contestación.

Luis Alberto Arce Catacora, Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se apersonó al proceso y responde negativamente la demanda, bajo los siguientes fundamentos:

Señala, que el art. 6.4), Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del RNBEF, así como el art. 4 de la misma norma, establecen, por una parte, que las entidades privadas deben servir a los usuarios de los servicios financieros y por otra, que no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente.

Añade, que las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamos, cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, tal como se encuentra previsto en el art. 4 de la RNBEF, como aquel contratado por terceros por cuenta y beneficio directo del cliente, siendo esta la única justificación que podría resultar válida para el cobro que pretende realizar el Fondo Financiero Privado FASSIL S.A.; en el presente caso, no sería aplicable al no haber sido contratado el servicio con terceros y de ninguna manera importa un beneficio directo de los prestatarios, sino de la propia entidad. En ese sentido, la Resolución ASFI N°506/2012, seria clara al señalar que, para las verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, el recurrente no realizó la contratación

de servicios de terceros, por lo que el cobro por gastos de cobranza se encuentra dentro las prohibiciones establecidas en los artículos citados de forma precedente.

Refiere, que la acusación relativa a haberse vulnerado el principio de jerarquía, no tiene fundamento, por cuanto la existencia autónoma del Derecho Administrativo Regulatorio no desvirtúa de ninguna manera la jerarquía que refiere el art. 410 de la CPE, por lo que al existir independencia y autonomía en el Derecho Administrativo, no sería aplicable el art. 319 del CC, debiendo considerar que la norma especial prevalece sobre la general, concluyendo que una entidad financiera responde al interés colectivo de acuerdo a la Ley N°1488 de 20 de abril de 2001 y a los arts. 1, 2, 4 y 5 de la Ley N°393 de 21 de agosto de 2013. Añade, que el ente demandante, está sujeto al ámbito regulatorio del Estado y por consiguiente, trasciende toda normativa regulatoria que hace a la misma, entre otras, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; asimismo, ante la invocación del art. 319 del CC, refiere que debe tenerse presente el contenido del art. 532 de la misma norma y en mérito a ello, en tanto FASSIL S.A., hace efectivo el cobro de intereses punitorios, no procede el pago a su favor por gestiones de cobranza, pues la naturaleza jurídica de los primeros es el resarcimiento del daño causado por el retraso en el cumplimiento de la obligación; entonces, encontrándose dentro del mismo los gastos del pago que de esa manera corren por cuenta del deudor, en los términos del art. 319 CC, tampoco es atendible el planteamiento de que son cobros sujetos a condición no potestativa; de igual forma, alega que debe tenerse en cuenta que la noción de interés que aporta el art, 410 del CC, es absoluta, en el sentido de que abarca todo recargo y, en general, todo provecho, utilidad o ganancia, por, lo tanto, no puede existir un concepto de cobro por gestiones de cobranza al margen de él.

Respecto a que los cobros mencionados se encontraban detallados en el tarifario expuesto al público y los clientes en todas las oficinas de FASSIL, que fueron remitido a la ASFI, y que no se hizo referencia alguna a este punto, el mismo no dota de legitimidad al cobro realizado por el ahora demandante, debido a su inviabilidad jurídica.

Refiere que es importante la restitución de dineros que hubieran sido cobrados y que debe tomarse en cuenta, que la Resolución Administrativa ASFI 506/2012, establece que la ASFI ejerce su competencia privativa e indelegable para adoptar medidas de prudencia y resguardo en procura de cumplir y velar por los depósitos del público, debiendo considerar también los arts. 332 de la CPE, la Ley N°1488, el art. 154.1 y 3 de la RNBEF y 4.b) de la Ley N°2341.

Asimismo, manifiesta que la ASFI tiene las suficientes atribuciones para exigir el cumplimiento de disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, así como ejecutar sus propios actos, por lo que la disposición de proceder a la devolución de los cobros realizados fue en ejercicio de medidas correctivas o rectificatorias que hacen a las atribuciones de la ASFI, lo que demostraría su legitimidad para instruir la restitución de importes; en suma, no existiría infracción en la actuación administrativa, ni infracción a los principios de legalidad y seguridad jurídica conforme prevé el art. 122 de la CPE.

Respecto a la falta de tipicidad, señala que FASSIL está confundiendo su deber de restitución del dinero ilegítimamente cobrado cual si se tratara de una sanción, por lo que debe hacerse hincapié que el cumplimiento de la sanción no es igual al cumplimiento de la obligación, siendo conceptos diferentes, además de hacer constar que FASSIL, en su recurso jerárquico, no alegó este extremo, resultando extemporánea e inoportuna su mención, por cuanto el art. 63.11 de la Ley N°2341, establece que la resolución se referirá siempre a las

pretensiones formuladas por el recurrente, siendo el principio de tipicidad inmerso en el art. 73 de la Ley N°2341, impertinente.

Refiere, que FASSIL, confunde al acusar una transgresión al debido proceso, puesto que no aclara ni concretiza de qué manera las decisiones que componen al proceso regulatorio y luego al recursivo, hubieran infringido de alguna manera el debido proceso administrativo.

Por último, la determinación del tema de cobro de comisiones por mantenimiento de las líneas de crédito, no pasó por la consideración del principio de libertad al no tratarse de un proceso sancionatorio, sino de uno regulatorio, dado que la normativa que hace a las comisiones por mantenimiento de línea de crédito y la que limita y prohíbe los gastos de cobranza, es diversa y diferente para uno y otro caso.

2. PETITORIO.

El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, solicita se declare IMPROBADA la demanda, con costas por corresponder en derecho y con las formas exigidas por ley.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

A efectos de resolver la presente demanda, corresponde señalar que los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso informan lo siguiente:

1. Mediante nota ASFI/DRS II/R-87191/2012 de 18 de julio, la ASFI instruyó a FASSIL suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, de acuerdo al Capítulo II, numeral 3, incisos c) y d) del Informe ASFI/DRS II/R75961/2012 de 22 de junio, con el propósito que se cumpla lo dispuesto por el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, art. 6.4 de la RNBEF.

2. Posteriormente, mediante nota FSL-GG508/2012 de 1 de agosto, FASSIL solicitó al Ente Regulador la consignación del contenido de la nota ASFI/DRS II/R-87191/2012 en una resolución, dando lugar a que la ASFI pronuncie la Resolución Administrativa ASFI N°408/2012 de 16 de agosto, la cual fue impugnada mediante Recurso de Revocatoria, que fue resuelto con la Resolución ASFI N°506/2012 de 2 de octubre, confirmando parcialmente la Resolución ASFI N°408/2012.

3. Posteriormente, FASSIL interpuso Recurso Jerárquico que fue resuelto mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre, la que revocó parcialmente la Resolución ASFI N°506/2012, disponiendo se deje sin efecto únicamente las determinaciones referidas al cobro de comisiones por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, y que se mantenga firme y subsistente las restantes determinaciones contenidas en la Resolución ASFI N°506/2012.

4. Esta última resolución, generó que FASSIL por intermedio de su representante legal Roberto Arturo Corrales Dorado, se apersone ante este Tribunal Supremo de Justicia, interponiendo demanda contencioso administrativa contra la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPNPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre; así, en el curso del proceso se dio cumplimiento al procedimiento de puro derecho señalado por los arts. 354-II y III y 781 del Código de Procedimiento Civil (CPC), siendo emitido el decreto de autos para sentencia una vez que concluyó el trámite.

IV. DE LA CONTROVERSIA PLANTEADA.

La SCP 0827/2018-S2 de 10 de diciembre (fs. 814 — 830), estableció que la Sentencia 366/2016 de 13 de julio (fs. 374 — 379), pronunciada por la Sala Plena de este Tribunal, carece de motivación; toda vez que, únicamente se tomó en cuenta cuatro fundamentos en relación a todos los elementos denunciados, pues: "...no se resolvió cada uno de los extremos impetrados por los ahora accionantes, asimismo, los argumentos empleados en la Resolución analizada resultan insuficientes y no claros, correspondiendo al Tribunal demandado realizar juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos sub índice de todos los elementos planteados, estableciendo un vínculo causal entre las razones que fundan la determinación a tomar y la decisión en sí..." (fs. 829). En consecuencia, en cumplimiento de la citada Sentencia Constitucional Plurinacional, este Tribunal pasará a resolver uno a uno los agravios denunciados en la demanda planteada por el Fondo Financiero Privado FASSIL S.A., a saber, en dos puntos de controversia:

1. Si la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre, se pronunció sobre todos los puntos de agravio denunciados.

2. Si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), goza de facultades amparadas en la norma para disponer la restitución de importes cobrados.

V. ANÁLISIS PREVIO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Antes de ingresar al análisis, es menester realizar algunas puntualizaciones:

1. DE LA APERTURA DE CRÉDITO (O LÍNEA DE CRÉDITO).

Los contratos bancarios son el acuerdo de voluntades tendientes a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica, se caracteriza por dos elementos, un elemento subjetivo, consistente en la participación de una entidad de crédito; y otro elemento objetivo, traducido en la existencia del crédito, bien del cliente hacia la entidad para la captación de fondos, o bien en sentido contrario para la concesión de créditos.

El art. 1309 del Código de Comercio, establece que la apertura de crédito es el acuerdo por el que la entidad bancaria concede crédito o financiación al cliente (acreditado), por un cierto plazo y hasta la suma determinada, obligándose a reembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta, así como a pagar las comisiones, intereses y gastos.

La apertura de crédito goza de su propia naturaleza jurídica, sin confundirse con el préstamo. Se trata de un contrato consensual (no real), bilateral, único y definitivo, en la medida en que vincula a las partes desde su conclusión al cumplimiento recíproco de sus obligaciones, sin que sea precisa ninguna ulterior manifestación de voluntad. Los actos de utilización de la disponibilidad o de disposición del crédito, son meros actos o negocios de ejecución del contrato de apertura del crédito, que concede al acreditado un derecho a usarlos que se corresponde con la sujeción o vinculación de la entidad de crédito a permitirlos o realizarlos, no siendo para esta más que actos de cumplimiento de la obligación de financiación originariamente asumida en el contrato2.

2. DE LA RECOPILACIÓN DE NORMAS PARA BANCOS Y

ENTIDADES FINANCIERAS.

Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre — Capitulo XVI: Reglamento de Tasas de Interés.

El objeto de este reglamento es establecer mecanismos que promuevan una mayor transparencia en el mercado financiero, a través del suministro de información al público y a las autoridades financieras, sobre la tasa de interés, comisiones por "línea de crédito y comisiones por transacciones", ofertadas y pactadas por las entidades financieras en sus distintas operaciones de intermediación financiera, así como establecer la prohibición del cobro de comisiones de mantenimiento de cuenta y comisiones por prepago o pagos anticipados.

Define, la comisión por línea de crédito, como el costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito; y el servicio adicional al cliente, como el servicio contratado por la entidad supervisada, con terceros por cuenta y para beneficio directo del cliente, complementarios al servicio del crédito. No forman parte del servicio adicional al cliente, los gastos por formularios de desembolso, amortizaciones, planes de pago, u otros equivalentes.

Dentro las prohibiciones, afirma que las entidades supervisadas no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente; asimismo, están prohibidas de incluir dentro los contratos de préstamo, entre otros, cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente.

Esta circular establece entre las comisiones que no pueden realizarse, las de mantenimiento de cuenta y por transacción, la primera, referida a las cajas de ahorro y cuentas corrientes, pues bajo ningún concepto puede afectarse el valor de los montos depositados por clientes, mediante comisiones que impliquen el cargo por mantenimiento de cuenta o comisiones equivalentes, e inclusive por mantenimiento de tarjetas de débito; la segunda, concerniente a los cobros por transacciones de depósito o retiros de una misma cuenta, efectuadas en oficinas o cajeros de la propia entidad.

3. DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Fondo Financiero Privado FASSIL S.A. contra la Resolución Administrativa ASFI N°506/2012 de 02 de octubre, resolvió REVOCAR PARCIALMENTE dicho acto, bajo los siguientes fundamentos:

a. Cobro por mantenimiento de líneas de crédito.

Citando los arts. 1309, 1310 núm. 5) y 1312 del Código de Comercio, la Autoridad jerárquica señaló que en el contrato debe estipularse, mínimamente y entre otros, las comisiones, intereses y gastos convenidos; concluyendo que, en base a dicha normativa, está permitido el cobro de comisiones en tanto estén contractualmente acordadas para la contratación de líneas de crédito.

Citando los arts. 4 y 6 núm. 4) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Titulo IX, Capitulo XVI, Reglamento de Tasas de Interés, Sección I (Aspectos Generales), refirió que las entidades supervisadas no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente, determinando que la cobranza de comisiones debe encontrarse expresamente aceptada por los acreditados.

Por último, estableciendo la inexistencia de una prohibición expresa para el cobro de comisiones por mantenimiento de líneas de crédito, refiere que está permitido el cobro de tales comisiones en tanto concurra el consentimiento de los acreditados; empero, diferenciando los contratos de préstamo de los contratos bajo línea, estos últimos, como aquellos en los que no debe incluirse cobros por comisiones, concluye que es plenamente factible y legitima la pretensión de contratar y cobrar una comisión por la apertura de crédito a favor del banco acreditante.

b. Cobro por concepto de gastos de cobranza.

Citando el art. 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Titulo IX, Capitulo XVI, Reglamento de Tasas de Interés, Sección I, precisa que la única justificación que podría resultar válida para el cobro que pretende realizar FASSIL y no es aplicable al presente caso, es que la actividad de cobranza haya sido realizada por terceros; en ese sentido, para las verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, FASSIL no realizó la contratación de terceros para beneficio directo del cliente, pues la cobranza como tal tiene una naturaleza favorable a la entidad financiera, en consecuencia, este cobro se encuentra dentro las prohibiciones establecidas por el art. 6 núm. 4) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Titulo IX, Capitulo XVI, Reglamento de Tasas de Interés, Sección I.

c. Instrucción de restricción de importes de cobranza.

Respecto a que la ASFI carecería de competencia para disponer la devolución de los cobros realizados, pues no serían parte de sus atribuciones, ya que extinguir derechos y obligaciones contractuales sería una competencia de un Juez; por los arts. 332.1 de la CPE, 154 núms. 1 y 3 de la Ley N°1488 y 4 inc. b) de la Ley N°2341, la ASFI tiene suficientes atribuciones para exigir el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, y ejecutar por si misma sus propios actos, lo que conlleva implícita la facultad entre varias otras de disponer la devolución de los cobros realizados en ejercicio de medidas correctivas o rectificatorias, que en definitiva, hacen a sus atribuciones.

VI. DE LA CONTROVERSIA.

1. Si la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre, se pronunció sobre todos los puntos de agravio denunciados.

Dentro este punto, corresponde establecer si el fallo emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, consideró dentro su fundamentación: primero, si la obligación de pagar los gastos por concepto de gestiones de cobranza fue aceptada por el cliente y si los cobros estarían sujetos a condición no potestativa; segundo, si la recuperación de los gastos de cobranza no debe estar asociada a un servicio o prestación efectiva al cliente, sino como parte de los gastos del pago de la obligación que debe cubrir el deudor y, si la ASFI, no se pronunció sobre el art. 319 del CC; y tercero, si el cobro por gestiones de cobranza es válido siempre y cuando el mismo se encuentre a disposición del público en el tarifario.

a. Respecto a la instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de Gestiones de Cobranza.

Primero:

FASSIL S.A., refiere que la resolución impugnada, no consideró: a) la obligación de pagar los gastos por concepto de gestiones de cobranza, la cual ha sido en todos los casos,

expresamente aceptada por el cliente; y b) los cobros estarían sujetos a condición no potestativa, ya que su materialización depende del cumplimiento en el pago de lo debido por el cliente. El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, señala por su parte, que por el art. 6.4), Sección 1, Capítulo XVI, Título IX de la RNBEF, las entidades privadas deben servir a los usuarios en los servicios financieros que prestan y no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente; asimismo, manifiesta que las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamos, cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, conforme define el art. 4 de la RNBEF, más cuando el beneficio no favorece al prestatario, sino a la entidad.

Para responder a estos dos primeros incisos, debe acudirse a los antecedentes administrativos, donde producto de la Resolución ASFI N°408/2012 de 16 de agosto (fs. 30-35), FASSIL interpuso recurso de revocatoria (fs. 36-43), señalando respecto al presente agravio, que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 319 del CC, independientemente de la responsabilidad que la RNBEF asigna a las entidades financieras "en relación a la recuperación de créditos, no se invalida la obligación que tiene el deudor de correr con los gastos que dicha gestión genere", más adelante refiere, que si el pago realizado por el deudor, ha sido realizado como consecuencia de una gestión de cobranza "debido al incumplimiento de la obligación, este está obligado a restituir los gastos que dicha gestión de cobranza haya generado al acreedor"; en respuesta, la Resolución ASFI N°506/2012 de 02 de octubre (fs. 44-61), responde "con relación a la solicitud de suspender el cobro por concepto de gastos de cobranza, cabe señalar que el numeral 4, articulo 6, Sección 1, Capitulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés prohíbe a las entidades supervisadas incluir en los contratos cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, en tal sentido no es posible suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, por cuanto dichos cobros son de servicios que benefician de manera directa al usuario."

Recurrida la resolución de alzada por recurso jerárquico (fs. 63-70), la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFE 085/2012 de 28 de diciembre (fs. 71-113), establece que el artículo 4 antes citado, "ha definido el servicio adicional al cliente como el servicio de contrato por la entidad supervisada, con terceros por cuenta y beneficio directo del cliente, complementarios al servicio de crédito', entonces es ésta la única justificación que podría resultar válida para el cobro que pretende realizar el recurrente empero, no es aplicable al caso, por cuanto, amén de la que la actividad de cobranza no ha sido contratada con terceros, la misma no importa de ninguna manera un servicio en beneficio directo de los acreditados o prestatarios sino y en todo caso de la propia entidad"; líneas más abajo concluye, 'para las verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza', el recurrente no realiza la contratación de servicios de terceros para beneficio directo de cliente, la cobranza como tal tiene una naturaleza más bien favorable a la entidad financiera por lo que en consecuencia, el cobro por el concepto de gastos de cobranza, se encuentra dentro las prohibiciones establecidas por el artículo 6°, numeral 4, de la Sección 1, Capitulo XVI, Titulo IX de la Recopilación de Normas y Entidades Financieras."

Ahora bien, las obligaciones nacen ya sea por efecto de la voluntad humana, donde el fenómeno contractual ocupa lugar preponderante, o en virtud de la normativa legal, nacen para cumplirse, razón por la cual la mecánica de existencia de una obligación y del derecho positivo que la sustenta, se dirigen a obtener aquella finalidad natural, que es el cumplimiento

o pago en la relación obligacional; el retraso en el cumplimiento de la obligación que soporta el prestatario, le hace incurrir en mora, así, el prestatario moroso pagará como indemnización por retraso el interés pactado o, en su defecto el legal, desde el día siguiente al vencimiento de su obligación incumplida.

En el presente caso, ante ese incumplimiento es cuando emerge la gestión de cobranza, que implica una serie de procedimientos o acciones aplicados a los clientes para lograr el pago o la recuperación de los créditos, de manera que los activos exigibles del ente financiero se conviertan en activos líquidos de la manera más rápida y eficiente posible, procediendo al inicio de acciones de cobranza judiciales o extrajudiciales; entonces, conforme cita el art. 341 del CC, el deudor al incurrir en mora por el sólo vencimiento del término, abre en ese momento ante el ente bancario, la facultad de exigir el cumplimiento del pago de lo debido por el cliente, pues constituido en mora el deudor, responde por los daños y perjuicios que irrogue el retraso en el cumplimiento de la obligación.

El art. 1316 del Código de Comercio, señala: "en los contratos de apertura de crédito podrá convenirse que la determinación del saldo del crédito por el Banco, al día del vencimiento, hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes y a ello quedarán sometidos el deudor y los avalistas. El contrato de apertura de crédito y liquidación de la cuenta tendrá fuerza ejecutiva, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito legal previo."

Entonces, las gestiones de cobranza a las que hace referencia la Resolución ASFI N°408/2012 de 16 de agosto, no pueden ser considerados como un servicio adicional al cliente, dado que es la facultad del ente bancario, que ejerce ante el incumplimiento del pago del crédito otorgado, o bien que da pie al inicio de las acciones de cobranza, pues conforme establece el art. 1452 del Código de Comercio, "el cobro de letras de cambio, pagarés, facturas cambiarias, cheques, cupones y documentos en general, por cuenta de sus clientes, se realizará por los Bancos en las condiciones previamente determinadas y conforme al reglamento correspondiente", en ese marco, el Título V, Anexo I, Sección I, Articulo 1, Numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, determina que la realización, desarrollo y resultado de cada una de las etapas de una operación de crédito (análisis, tramitación, aprobación, desembolso, seguimiento y recuperación de los créditos) es de exclusiva competencia y responsabilidad de la Entidad de Intermediación Financiera (EIF).

Asimismo, la Resolución ASFI N°408/2012 de 16 de agosto, se basa en el Informe ASFI/DSRII/R-75961/2012 de 22 de junio (fs. 4-29), que establece: "La empresa Santa Cruz Service S.A., la cual forma parte del grupo Santa Cruz Financial GROUP, fue contratada por el Fondo para efectuar verificaciones domiciliarias de clientes, así como para efectuar gestiones de cobranza de cartera en mora, denotándose que dichos servicios son cobrados a los prestatarios en base a una escala definida en el tarifario del Fondo, no obstante la prohibición establecida por el Titulo IX Capitulo XVI, Sección I, Artículo 6, Inciso 4 de la RNBEF, relativa al cobro de comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente."; para concluir en un mismo párrafo que: "...no concurren las condiciones para efectuar este cobro por cuanto si bien los artículos 1309 y 1310 del Código de Comercio prevén este tipo de cobros, empero las operaciones instrumentadas por la entidad a través de la línea de crédito, no crean un costo operativo para la entidad y menos representan un servicio adicional para el cliente ya que este tipo de operaciones (microcrédito) se

desembolsan de una sola vez y no guardan relación con la definición de apertura de crédito o línea de crédito prevista en el art. 1309 del referido código."; omitiendo considerar que, en el mismo informe se establece que estas gestiones de cobranza provienen de la cartera en mora, y la mora proviene del incumplimiento de las obligaciones crediticias, lo que conlleva al ente bancario a iniciar las gestiones de cobranza; de igual forma, el citado informe tampoco identifica un promedio de los clientes que son, fueron o van a ser sujetos a las gestiones de cobranza, siendo el citado informe general y ambiguo.

Por otra parte, además de no haberse considerado los argumentos del ente bancario en la instancia recursiva y jerárquica, respecto a que la gestión de cobranza se materializa dependiendo del cumplimiento en el pago de lo debido por el cliente, la Resolución N°408/2012 de 16 de agosto de 2012, carece de toda fundamentación, pues el primer considerando hace una relación de los antecedentes; el segundo considerando hace una cita de normas relacionadas con la competencia de la ASFI; el tercer considerando, señala normativa relacionada con las facultades de la ASFI, donde se hace referencia a los arts. 4 y 6. Inc. 4), Sección 1, Capítulo XVI, Título IX de la RNBEF, concluyendo "Que, en el caso de la devolución de importes por el cobro de comisiones por la apertura de Línea de Crédito, (...), no concurren las condiciones para efectuar este cobro (...), no crean un costo operativo para la entidad y menos representan un servicio adicional para el cliente..."; el cuarto considerando, hace referencia a normativa regulatoria y la nota ASFI/DRS II/R-87191/2012 de 18 de julio, por la cual la ASFI instruyó a FAS SIL suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito,' verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, señalando que la misma "son fiel reflejo de las competencias y facultades asignadas por Ley..."; el quinto considerando, hace referencia a las actividades de las entidades de intermediación financiera y la obligación de sujetar sus actos a las disposiciones vigentes en materia regulatoria y normativa.

Ahora bien, la SC 0871/2010-R de 10 de agosto, dejó establecido que: "...toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, fi Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado"; por ende, la motivación de las resoluciones administrativas son de especial relevancia y consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía que tiene todo administrado de contar con resoluciones motivadas, lo que significa que debe existir un razonamiento jurídico entre los hechos y las leyes que se aplican, de ahí que la debida fundamentación con los razonamientos en que se apoya la resolución, constituye una exigencia impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, pues la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo, por consiguiente, la motivación constituye una garantía constitucional del

administrado que busca evitar la arbitrariedad de la Administración al emitir actos administrativos.

Con todo, la resolución impugnada no se pronunció de forma fundamentada sobre el porqué las gestiones de cobranza son un servicio adicional al cliente y tampoco, si la gestión de cobranza se materializa dependiendo del cumplimiento en el pago de lo debido por el cliente, aspectos que también fueron motivo de reclamo a momento de interponer el recurso de revocatoria; por lo que se concluye, que no sólo la ASFI vulneró la garantía del debido proceso del ente bancario al pronunciar una resolución carente de motivación y fundamentación, sino también las autoridades de instancia recursiva y jerárquica replicaron esta omisión al no emitir criterio respecto a los citados agravios.

Segundo:

Más adelante, FASSIL S.A., señala que: a) la recuperación de los gastos de cobranza no debe estar asociada a un servicio o prestación efectiva al cliente, sino como parte de los gastos del pago de la obligación que debe cubrir el deudor conforme precisa el art. 319 del CC, por lo que independientemente de la responsabilidad que la RNBEF asigna a las entidades financieras, no se invalida la obligación del deudor de correr con los gastos que dicha gestión genere; y b) la ASFI no se pronunció sobre el art. 319 del CC, limitándose la autoridad jerárquica a afirmar que la RNBEF es de aplicación preferente, sin considerar que en virtud del art. 410 de la CPE, es de preferente aplicación el Código Civil a una Resolución Administrativa que aprueba el RNBEF. El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas por su parte, señala que no es aplicable el art. 319 del CC, pues una entidad financiera además de estar sujeta al ámbito regulatorio del Estado y la normativa que hace a tal ámbito, responde al interés colectivo de acuerdo a la Ley N°1488 de 20 de abril de 2001 y a los arts. 1, 2, 4 y 5 de la Ley N°393 de 21 de agosto de 2013; asimismo, en tanto FASSIL S.A., haga efectivo el cobro de intereses punitorios, no procede el pago a su favor por gestiones de cobranza, por cuanto la naturaleza jurídica de los primeros es el resarcimiento del daño causado por el retraso en el cumplimiento de la obligación.

Al respecto, FASSIL S.A., al interponer su recurso de revocatoria (fs. 36-43), evidentemente planteó dicho agravio y éste no mereció pronunciamiento por parte de la ASFI dentro la Resolución ASFI 506/2012 de 2 de octubre; sin embargo, notificado con el fallo, no hace observación alguna y tampoco plantea reclamo alguno en su recurso jerárquico (fs. 63-70), consintiendo dicha omisión que no puede ser planteada en la presente demanda, dado que no fue motivo de debate.

Tercero:

FASSIL S.A. señala que, en el marco del Reglamento de Transparencia de la Información de la RNBEF, el cobro por gestiones de cobranza es válido siempre y cuando el mismo se encuentre a disposición del público, tarifario que es expuesto a sus clientes en todas las oficinas de FAS SIL y enviado a la ASFI para su aprobación; el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas por su parte, señala que el mismo no dota de legitimidad al cobro realizado por el ahora demandante.

Este punto es planteado de forma accesoria al agravio resuelto, por lo que, sin ingresar a detalles, debe tenerse presente por las partes que no solo el citado tarifario debe encontrarse obligatoriamente expuesto al público, sino también las tasas de interés anuales nominales vigentes activas y pasivas, pues así lo establece el art. 1 del Reglamento de

Transparencia de la Información de la RNBEF que cita: "Las entidades de intermediación financiera y empresas de servicios auxiliares financieros deberán poner a disposición del público, en sus ventanillas, folletos conteniendo las tasas de comisiones por la emisión de cartas de crédito, avales, fianzas y boletas de garantía, por giros y transferencias, por cobranzas, por el alquiler de cajas de seguridad, por la emisión de tarjetas de crédito, por compra de divisas en el Bolsín y demás cargos por otros servicios.", pues debe propiciarse la necesaria transparencia de las operaciones ofertadas al público y una leal competencia entre las entidades conformantes del sistema.

2. Si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), goza de facultades amparadas en la norma para disponer la restitución de importes cobrados.

Antes de ingresar a analizar los restantes puntos de la demanda y tomando en cuenta que es evidente la falta de motivación y fundamentación en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPNPSF/URJ-S1REFI 085/2012 de 28 de diciembre, lo que llevaría a concluir que se habría cumplido con el fin último de todo proceso en general, que es la resolución del conflicto jurídico, al constatarse la infracción a los derechos al debido proceso y la defensa, previstos en el art. 115.1 de la CPE, sin embargo, no puede desconocerse lo dispuesto por la SCP 0827/2018-S2 de 10 de diciembre, que entre sus fundamentos dispone que este Tribunal realice juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos sub índice de todos los elementos planteados; en consecuencia, cumpliendo lo dispuesto por el fallo constitucional se pasa a resolver.

En este segundo punto, además de establecer si la ASFI goza de la facultad para disponer la restitución de importes cobrados, se analizará la posible existencia de violación a principios administrativos y la transgresión al debido proceso y la Ley de Procedimiento Administrativo; agravios que también son planteados en la demanda interpuesta por el Fondo Financiero Privado FASSIL S.A.

a. Respecto a la instrucción de proceder con la restitución de importes cobrados.

FASSIL S.A., plantea dentro este punto tres agravios: a) que la autoridad jerárquica, fundamentó su decisión en los arts. 332-1 de la CPE; 154-1) y 3 de la LBEF; y 4-b) de la LPA, señalando que la ASFI tiene atribuciones para ordenar la devolución de los cobros realizados en ejercicio de medidas correctivas o rectificatorias; b) que la Resolución ASFI 408/2012, con base en la Resolución de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 53/2008, establecería que la autoridad puede adoptar medidas correctivas o rectificatorias cuando corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica del administrado, empero, la misma haría una cita de la no participación del cliente en el hecho que genera menoscabo, toda vez que los cobros realizados por el FASSIL fueron pactados contractualmente y que la ASFI puede adoptar medidas correctivas o rectificatorias dentro de su competencia, empero no puede arrogarse otras competencias; y c) según los arts. 331 y 332 de la CPE y 154 de la LBEF, la ASFI posee facultades expresas para supervisar a las entidades, empero, se encuentra limitada por el art. 154-16) de la LBEF, por lo que la ASFI carece de facultades para instruir la restitución de dineros o derechos.

El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas por su parte, refiere que debe restituirse los dineros que se hubiera cobrado y que debe tomarse en cuenta que la Resolución Administrativa ASFI 506/2012, establece que la ASFI ejerce su competencia privativa e indelegable para adoptar medidas de prudencia y resguardo en procura de cumplir y velar por los depósitos del público, debiendo considerarse los arts. 332 de la CPE, la Ley

N°1488, el art. 154.1 y 3 de la RNBEF y 4.b) de la Ley N' 2341. Concluye que la ASFI, tiene las suficientes atribuciones para exigir el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, así como ejecutar sus propios actos, por lo que la devolución de los cobros realizados fue en ejercicio de medidas correctivas o rectificatorias que hacen a las atribuciones de la ASFI, lo que demostraría su legitimidad para instruir la restitución de importes, que bajo el concepto de gastos de recuperación fueron cobrados, por cuanto no existe infracción en la actuación administrativa, ni infracción alguna al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, conforme lo previsto en el art. 122 de la CPE.

Ahora bien, habiéndose emitido la Resolución Ministerial en vigencia de la Ley de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993, los incisos 1, 3 y 10 del art. 154 de dicha norma, establecen que la Superintendencia tiene atribuciones de vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera; ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables; e imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

En ese marco, fue acertada la respuesta de la Autoridad jerárquica a momento de responder este agravio, pues si bien la ASFI no sancionó al ente bancario, sí dispuso la restitución de dineros a los acreditados, lo que es una atribución de la Autoridad administrativa al tener competencia de exigir el cumplimiento de lo dispuesto por el Titulo XVI, sección 1, articulo 6, numeral 4 de la RNBEF, emitida a través de la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre, más cuando, el art. 332 de la Constitución Política del Estado establece que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, entonces, por mandato constitucional, los bancos, entidades financieras, cooperativas de ahorro y crédito y otros, al realizar actividades de intermediación financiera, deben estar supervisadas y fiscalizadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

b. Violación de principios administrativos.

FASSIL S.A., manifiesta, que la ASFI habría echado mano a interpretaciones forzadas y ha invertido el orden constitucional de las normas con el fin de establecer una sanción que, a todas luces, escapa de su competencia.

En el presente caso, pese a que el ente demandante no especifica cuáles son estas interpretaciones forzadas que invierten el orden constitucional, debe tenerse claro que la ASFI no sancionó al Banco FASSIL, sino que dispuso la restitución de los importes cobrados en relación al mantenimiento de Líneas de Crédito y Gestiones de Cobranza, lo que se traduce en la devolución de dineros cobrados por el concepto de líneas de crédito y gestiones de cobranza a los acreditados. En suma, no se evidencia vulneración al respecto, más cuando el agravio planteado carece de fundamentación.

c. Claridad respecto a la necesidad de contar con predeterminación normativa de las infracciones y las sanciones.

FASSIL S.A., refiere que la autoridad demandada, al determinar que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan al órgano sancionador actuar con arbitrio y no con el prudente razonamiento que permitiría una especificación

normativa, habría realizado un análisis incorrecto, dado que no puede realizar interpretaciones fuera de sus facultades, y que al anular el procedimiento administrativo en su parte resolutiva hasta la nota de cargo, no comprende, el por qué no realizó un mismo análisis respecto al cobro por gestiones de cobranza. El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, respecto a la falta de tipicidad, señala que el ente demandante está confundiendo su deber de restitución del dinero, cual si se tratara de una sanción, por lo que se debe hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción no es igual al cumplimiento de la obligación, siendo conceptos diferentes, además que corresponde dejar constancia que FASSIL, en su recurso jerárquico, no alegó este extremo, resultando extemporánea e inoportuna su mención, por cuanto el art. 63.11 de la Ley N°2341, establece que la resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, por lo que el principio de tipicidad inmerso en el art. 73 de la Ley N°2341, resulta impertinente.

Conforme se citó en el punto 2.a) de la presente fundamentación, la restitución de los importes cobrados en relación al mantenimiento de Líneas de Crédito y Gestiones de Cobranza, no puede ser considerada como la imposición de una sanción, pues la ASFI actuó conforme a las atribuciones establecidas en los incisos 1, 3 y 10 del art. 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, al considerar que el ente demandante efectuó cobros por comisión y recargos que implican un servicio adicional al cliente.

d. Transgresión al Debido Proceso.

FASSIL S.A., añade que del análisis de la normativa señalada y de los hechos que hacen al caso, no existe norma previa y expresa que otorgue competencia a la ASFI para instruir la devolución de montos de dinero y que cualquier interpretación extensiva de la normativa sería arbitraria y antojadiza. Al respecto, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, refiere que FASSIL S.A., no aclara ni concretiza de qué manera las decisiones que componen al proceso regulatorio y luego al recursivo, hubieran infringido de alguna manera el debido proceso administrativo.

Acogiendo lo expuesto líneas arriba (2.a), cabe poner en claro que los servicios financieros cumplen una función social con sus clientes, el de contribuir al logro de los objetivos de desarrollo integral para el vivir bien, eliminar la pobreza y la exclusión social y económica de la población, y en ese marco, es que la ASFI en el marco de la Ley 1488 tenía como objetivos mantener un sistema financiero sano y eficiente, y velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera, actualmente en vigencia de la Ley 393 se encuentra entre sus objetivos el de promover el acceso universal a los servicios financieros, asegurar que las entidades financieras proporcionen medios transaccionales financieros eficientes y seguros, que faciliten la actividad económica y satisfagan las necesidades financieras del consumidor financiero, controlar el cumplimiento de las políticas y metas de financiamiento establecidas por el Órgano Ejecutivo del nivel central del Estado, proteger al consumidor financiero e investigar denuncias en el ámbito de su competencia, promover una mayor transparencia de información en el sistema financiero, como un mecanismo que permita a los consumidores financieros de las entidades supervisadas acceder a mejor información sobre tasas de interés, comisiones, gastos y demás condiciones de contratación de servicios financieros que conlleve, a su vez, a una mejor toma de decisiones sobre una base más informada, etc.

Entonces, si bien no existe una norma específica que determine que un ente de intermediación financiera deba proceder a la devolución de montos de dinero, el Estado debe

proteger al consumidor financiero, siendo obligación de la Autoridad de Fiscalización velar por los derechos de los usuarios y asumir las decisiones que correspondan cuando el ente financiero exceda en sus funciones respecto a los clientes.

e. Transgresión a la Ley de Procedimiento Administrativo.

FASSLL S.A., acusa el incumplimiento del art. 28 de la LPA, toda vez que no existe norma que otorgue competencia a la ASFI para instruir a FASSIL la devolución de montos de dinero, en razón a que: a) las resoluciones impugnadas no cuentan con sustento de derecho en el que se funde la decisión; b) la restitución de cobros no sería lícita por carecer de sustento normativo; c) el procedimiento para la restitución de los cobros no resulta aplicable al ordenamiento jurídico vigente; y d) el fundamento de las resoluciones emitidas por la ASFI y el Ministerio de Economía y Finanzas, no tienen respaldo que sustente la restitución, pues conforme a los arts. 29 y 30 inc. f) de la LPA, el contenido del acto administrativo debe ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y el citado acto administrativo carece de motivación.

Para responder este último agravio, vamos a acogernos a lo expuesto en el inciso anterior, por lo que este motivo de agravio también se rechaza.

Si bien es cierto que los actos administrativos, gozan del principio de legalidad y presunción de legitimidad, validez y eficacia, al amparo de los arts. 4. g) y 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no es menos cierto, que agotada la vía administrativa, dichos actos pueden ser sometidos a revisión en vía judicial, a través del control de legalidad en vía contencioso administrativa, sin que ello constituya una tercera instancia, debiendo centrarse dicho control, en las normas que hubieran sido denunciadas de ser erróneamente aplicadas en instancia administrativa o que en su aplicación hubieren vulnerado derechos de los demandantes, por lo que la previa alegación y consideración en instancia administrativa de los motivos que deban servir de fundamento a la demanda contencioso administrativa, no es una mera exigencia rituaria desprovista de sentido, sino un elemento determinante del marco dentro del que debe desarrollarse el control de legalidad.

En cumplimiento de la SCP 0827/2018-S2 de 10 de diciembre, que dispone que este Tribunal realice juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos sub índice de todos los elementos planteados, de manera que el fallo contenga una manifiesta concordancia entre lo pedido y la decisión judicial, se concluye, que los fundamentos plasmados en la resolución impugnada, en cuanto a las facultades de la ASFI para disponer la restitución de importes cobrados, son acertados; sin embargo, tampoco puede desconocerse que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre, carece de fundamentación y motivación, lo que implica una lesión del derecho a la defensa, dado que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, al no pronunciarse sobre la gestión de cobranza y si ésta se materializa dependiendo del cumplimiento en el pago de lo debido por el cliente, lesionó el debido proceso previsto por el art. 115 de la CPE.

POR TANTO: La sala Plena del Tribunal supremo de Justicia en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, en virtud a los fundamentos expuestos, falla en única instancia, declarando PROBADA la demanda Contenciosa Administrativa, en consecuencia ANULA la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 085/2012 de 28 de diciembre, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, por carencia de motivación, debiendo emitirse nueva

Resolución Administrativa de Recurso Jerárquico motivada y fundamentada, en observación y sujeción a la presente Sentencia.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando por encontrarse en comisión temporal.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

17

Juan Calle Araya c/ Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 270 a 283 y memorial de subsanación de fs. 303 presentados por Juan Calle Araya, impugnando la Resolución Administrativa Jerárquica N°15/2013 de 11 de julio, pronunciada por el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones; el decreto de fs. 304, la contestación de fs. 408 a 411, el apersonamiento del tercero interesado de fs. 508 a 512, los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante manifestó que el viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones no analizó a fondo ni dio una interpretación correcta a la Decisión N°486 y jurisprudencia del

Tribunal Andino de Justicia, ya que en el proceso el titular no demostró con ninguna prueba el uso de la marca, asumiéndose incorrectamente que el SENAPI no supo interpretar las normas de propiedad intelectual.

Señaló que, se dio curso a la presentación de pruebas fuera de término, principalmente de un CD que contiene información de la Aduana Nacional que no certifica el uso de la marca DAIMO por parte del demandado, sin que pueda entenderse los argumentos del recurrente que desvirtúan el sustento técnico del SENAPI, sin que se exponga en la resolución jerárquica los argumentos a los que se refiere, ni se establezca como se ha demostrado el uso de la marca DAIMO, no habiéndose valorado realmente las pruebas presentadas, ni aplicado las normas que regulan la Propiedad Industrial.

Acusó a la instancia jerárquica de invocar la aplicación del principio de verdad material, más no detalla las acciones que habría realizado para investigarla, ya que no solicitó reportes que aclaren el tema de importaciones con la marca DAIMO, ni observó la falta de remisión del CE enviado con nota AN-GRZGR-CI- N°635/2012, valorando inadecuadamente el CD remitido con la nota AN-GRZGE-CA N°557/2012.

Alegó que la resolución jerárquica no señala las pruebas en las que basa su fallo, limitándose a indicar que investigó la verdad material y que los argumentos del recurrente son suficientes, cuando en los hechos las pruebas de descargo no demuestran el uso de la marca DAIMO, por los siguientes motivos: 1) las copias de las facturas presentadas no registran la marca DAIMO ni tampoco la venta de un producto que se denomine DAIMO; 2) las facturas de ORCADE S.R.L. Agencia Despachante Aduanera, solo describen su emisión por honorarios y no demuestran la importación de productos de la marca DAIMO, siendo todas de octubre 2011; 3) los formularios de registros de vehículos pertenecen a octubre y fueron presentados en copia simple; 4) las resoluciones administrativas y la demanda de cancelación que se presentan no tienen relación, debiendo considerarse además que toda esta documental no puede ser valorada como prueba porque se encuentra en copias simple.

Asimismo, refirió que la resolución emitida por el Tribunal de la Comunidad Andina en el proceso 109 IP 2009 presentada como prueba en el recurso de revocatoria, resulta más favorable a su demanda de cancelación, y que las resoluciones presentadas como prueba presentada en el recurso jerárquico sólo reafirman los conceptos por los cuales una marca debe ser cancelada, habiéndose presentado además las notas emitidas por la Aduana Nacional fuera del término probatorio, por lo que debieron ser anuladas conforme el art. 36.111 de la Ley N°2341 LPA.

En cuanto al informe solicitado por el SENAPI a la Aduana Nacional en relación a los movimientos con la marca DAIMO, que fue remitido de forma tardía, señaló que corresponde aplicar los arts. 48-III. y 62-III, de la Ley N°2341 Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), y no debieron tomarse en cuenta ya que el demandado pudo adjuntarlos con su respuesta; sin embargo, esperó llegar a esa instancia para pedirlas, debiendo considerarse además que el informe y los CD no fueron enviados directamente al SENAPI, sino que fueron presentados por el demandado con su recurso jerárquico, permitiéndole manipular estas pruebas a su conveniencia.

Agregó que en la nota AN-GRZGR-CI N°635/2012, la Aduana Nacional señala que adjunta un CD, que de manera intencional no fue presentado por el demandado, lo que demuestra la mala fe en sus actuaciones, pues restringe el acceso a esta información y cuya presentación además no fue notificada para asumir defensa sobre éstas. Asimismo, la nota

AN-GRZGR-CA N°557/2012 adjuntando un CD, fue presentada recién el 4 de diciembre de 2012, sin que en ésta se señale que se envían importaciones de las motos con marca DAIMO, no debiendo considerarse la información remitida en formato digital CD, ya que no puede ser considerada prueba plena, pues pierde fiabilidad debido a su manipulación y derivación constante.

Adjuntando una impresión del reporte remitido en CD por la Aduana Nacional, estableció que en ninguna parte del mismo se certifica que el demandado importe las motocicletas con la marca DAIMO, por lo que ninguna de las pruebas demuestra el uso de dicha marca, debiendo darse curso a la acción de cancelación.

Citó los arts. 778,779 y 780 del Código de Procedimiento Civil (CPC), art. 4 inc. 1) de la Ley N°2341, como sustento legal para la interposición de la demanda contenciosa administrativa, alegando además que su legítimo interés para solicitar la cancelación de la marca DAIMO por falta de uso, se respalda en su solicitud de registro de la marca DAIMO, siendo falsos los argumentos de la resolución jerárquica que indican lo contrario, y encontrándose cumplido el art. 168 de la Decisión N°486, situación corroborada por el registro de su nombre comercial IMPORT EXPORT DAIMO FUNDEMPRESA, adquiriendo los derechos reconocidos en los arts. 470, 471 y 472 del Código de Comercio, que fueron violados por el demandante, quien de mala fe registró esta marca en la misma clase 35 "Importación y comercialización de motos"; sin que efectivice su uso, siendo indiscutible el riesgo de confusión.

I.3. Petitorio

Concluyó solicitando: "...se declare probada su demanda, y en consecuencia se anule la Resolución Administrativa Jerárquica N°15/2013, manteniéndose firme lo dispuesto por el SENA PI en la Resolución Administrativa N°433/2012, que declara probada la demanda de cancelación por falta de uso el registro 116991-C de la marca DAIMO. '(textual)

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Luis Fernando Baudoin Olea, en su condición de Viceministro de Comercio Interno y Exportaciones, se apersonó al proceso y respondió negativamente a la demanda, argumentando lo siguiente:

En cuanto a la falta de valoración de la prueba y el principio de verdad material, señaló que, en su resolución jerárquica cumplió con las garantías constitucionales del debido proceso y seguridad jurídica, pues considerando el art. 165 de la Decisión N°486, la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia en los procesos 116 IP 2004, 15 IP 99 y 4 IP 2008 y el principio de verdad material previsto en el art. 4 inc. d) de la Ley N°2341, bajo el cual la Administración debe realizar una tarea investigativa para averiguar los hechos ciertos, valoró la prueba remitida mediante nota AN-GRZGR-CA N°0557/2012, recepcionada el 4 de diciembre de 2012, que establece las importaciones realizadas por Nino Huascar Tupa Tupa en las gestiones 2009, 2010 y 2011.

Sostuvo que, a partir de la pauta de interpretación dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el demandado titular de la marca DAIMO ha demostrado el uso de la marca dentro del tiempo establecido por la normativa, por lo cual mantiene identificado y vigente plenamente el derecho de uso sobre la misma.

Asimismo, en relación al demandante afirma que éste no ha demostrado su legítimo interés de utilizar la marca que pretende cancelar, evidenciando que el proceso fue en

detrimento del demandado sin analizarse el fondo y dar la interpretación correcta de la normativa de la Decisión 486 y la jurisprudencia que emana del Tribunal Andino de Justicia Aclaró que, en conocimiento del caso y al amparo del art. 68 inc. d) del DS N°29894, consideró todos los aspectos de hecho y derecho, contando la resolución jerárquica con la debida fundamentación, en el sentido de que los recurrentes presentaron suficientes argumentos que demostraron el perjuicio que se venía ocasionando a su derecho, enfocándose en la búsqueda de la verdad material, independientemente de la prueba aportada por las partes, además en total apego a los principios del debido proceso y la seguridad jurídica dispuestos en las líneas jurisprudenciales contenidas en las SC Nos. 0042/2004 de 22 de abril y 0096/2010 de 4 de mayo.

II.2. Petitorio

Concluyó solicitando: se declare ~robada la demanda interpuesta, y se mantenga firme y subsistente la Resolución Administrativa Jerárquica N°015/2013 de 11 de julio. "(textual)

III. APERSONAMIENTO DEL TERCERO INTERESADO

Nino Huáscar Tupa Tupa, en su condición de tercero interesado se apersonó al proceso y a la demanda mediante memorial presentado el 3 de junio de 2014, manifestando que el mejor derecho sobre la marca DAIMO que reclama el demandante no se encuentra debidamente acreditado, pues se funda en su solicitud de registro de marca de 26 de junio de 2009, cuando el registro a su favor se encuentra consolidado desde el 15 de diciembre de 2008, omitiendo señalar la demandante que su acción de cancelación y demanda de nulidad abstracta contra la marca DAIMO, han sido rechazadas por el SENAPI.

Señaló que, los documentos que establecen el uso de la marca DAIMO son las facturas de venta debidamente registradas en Impuestos Nacionales, y clara que el registro que se pretende obtener es Import Export DAIMO, cuando la marca que figuraría en una motocicleta o vehículo solo sería DAIMO, el cual se encuentra registrado a su nombre.

Observó que, el denominativo Importación, Exportación y Venta de Motocicletas, es común en todos los proveedores del rubro, afirmando además que la demandante no menciona la demanda de nulidad seguido en su contra y resuelto a su favor, porque esto vulneraría el principio non bis in idem, no habiéndose agotado la vía administrativa para la interposición de la demanda de cancelación que se planteó irregularmente.

I Petitorio

Concluyó solicitando: "...se declare improbada la demanda contenciosa administrativa y ratifique la Resolución Administrativa N°13/2013."

V. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

IV.1 El 29 de marzo de 2012, Juan Calle Araya interpuso acción de cancelación de registro de la marca de servido DAIMO (Denominación diseño) que protege servicios de la clase internacional N°35, registrada a nombre de Nino Huáscar Tupa Tupa.

IV.2 Tramitada la demanda de cancelación de marca, la Dirección Propiedad Industrial del SENAPI emitió la Resolución Administrativa N°433/2012 de 12 de septiembre, declarando Probada la acción de cancelación por falta de uso de la marca DAIMO.

IV.3 Contra esta determinación, Nino Huáscar Tupa Tupa interpuso recurso de revocatoria, que fue resuelto por la Dirección de Propiedad Industrial del SENAPI mediante la Resolución DPI/OP/REV-N°419/2012 de 3 de diciembre, que rechazó el recurso y confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa N°433/2012

IV.4 Interpuesto el Recurso Jerárquico y aceptada la recusa a la Directora General Ejecutiva del SENAPI, se remitió el expediente al Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, que declaró procedente la declinatoria de competencia y a su vez, dispuso la remisión de actuados al viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones para el conocimiento, sustanciación y emisión del fallo correspondiente en recurso jerárquico

IV.5 El 11 de julio de 2013, el viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones emitió la Resolución Administrativa JER-N°15/2013 que resolvió Aceptar el Recurso Jerárquico interpuesto por Nino Huáscar Tupa Tupa y Revocar las Resoluciones Administrativas N°433/2012 y DPL/OP/REV-N°419/2012, declarando improbada la demanda de cancelación de registro de la marca DAIMO, presentada por Juan Calle Araya.

V. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

De los antecedentes del proceso, la fundamentación de derecho y reconocida como se encuentra la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena para la resolución de la controversia, tomando en cuenta la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, en el que el Tribunal analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos, en este caso por la parte demandante, corresponde realizar el control de legalidad sobre los actos ejercidos por el SENAPI y el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones.

Consecuentemente, al existir denuncia de vulneración de normas legales, corresponde su análisis y consideración, estableciendo que el objeto de la controversia se refiere a determinar: 1) Si en la Resolución Jerárquica no se expuso la valoración probatoria efectuada por el viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones que acredite el uso de la marca por su titular; 2) Si la prueba presentada por el titular de la marca DAIMO acredita su uso conforme lo exige la Decisión N°486 de la CAN.

VI. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

VI.1. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL

ANDINO DE JUSTICIA En virtud a los arts. 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, este Tribunal Supremo de Justicia mediante Auto N°102/2017 de 13 de marzo (fs.585 a 587), solicitó Interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, emitiendo este último Interpretación Prejudicial dentro del proceso signado 396-IP-2017 de 1 de febrero de 2019 (fs. 593 a 596), que de conformidad con lo dispuesto por el art. 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, será aplicada en la emisión del presente fallo, debiendo además dar cumplimiento a la disposición del párrafo tercero del art. 128 del Estatuto vigente.

DEL CASO CONCRETO

El demandante acusa al viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, de omitir exponer en la Resolución Jerárquica la valoración de las pruebas presentadas por el titular de la marca DAIMO que presuntamente acreditarían el uso de la marca y desvirtuarían la acción

de cancelación de marca por falta de uso, generando la revocatoria de las Resoluciones Administrativas emitidas por la Dirección de Propiedad.

Los arts. 115.11. y 180-1, de la Constitución Política del Estado (CPE), prevén como garantía jurisdiccional y principio procesal de la jurisdicción ordinaria al debido proceso; que a su vez, tiene como elemento la motivación de las resoluciones, entendiéndose a partir del criterio desarrollado en la SC N°0871/2010-R de 10 de agosto, que la omisión valorativa de prueba, vulnera de manera directa el derecho a la motivación.

Afirmó que, las reglas del debido proceso se tienen cumplidas en cuanto a su elemento motivación, solamente en la medida en la que se observen estrictamente los requisitos antes señalados; entonces, la omisión o incumplimiento de cualquiera de estos requisitos, constituye una vulneración a este derecho.

En virtud a ello es posible establecer que la denuncia de omisión de valoración de los medios probatorios, se encuentra vinculada de forma directa a la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso en su elemento motivación, siendo además evidente que esta situación también representa una restricción al derecho a la defensa, toda vez que incide en la posibilidad real y efectiva de conocer los fundamentos que llevaron a la autoridad administrativa o jurisdiccional, a validar o desestimar los medios probatorios ofrecidos durante el proceso, restringiendo la posibilidad de las partes de impugnar tal valoración en el fondo.

En este entendido, conforme la normativa y jurisprudencia invocada, se colige que la valoración probatoria en vía administrativa o jurisdiccional en la resolución de un proceso, se constituye en un requisito esencial que debe encontrarse inserto en la emisión de sus resoluciones, pues representa una parte esencial de la motivación, toda vez que muestra la actividad intelectual a través de la cual la autoridad, aplicando normas legales y las reglas de la sana crítica sobre las pruebas practicadas en el proceso, declara que determinados hechos han quedado, o no, probados, otorgando a las partes la posibilidad de conocer el valor legal asignado a los elementos de prueba.

Bajo estas premisas, en estricta observancia del principio y garantía del debido proceso, revisado el caso que nos atiende; se observa que en la Resolución Administrativa JER-N°15/2013 de 11 de julio, el viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, luego de exponer sus Considerandos I. II. y III, los antecedentes de hecho y derecho del recurso jerárquico, los fundamentos de la resolución de recurso de revocatoria, además de los argumentos del recurso jerárquico y su contestación, en el numeral IV. 1. FUNDAMENTACIÓN FÁCTICO JURÍDICA de su Considerando IV., donde debió dilucidar y resolver el recurso jerárquico presentado por Nino Huascar Tupa Tupa, inicialmente se refirió a los principios de autotutela, sometimiento pleno a la ley y legalidad que rigen el procedimiento administrativo, detallando a continuación el procedimiento de impugnación en sede administrativa previsto en la Ley N°2341 LPA, para posteriormente citar el art. 165 de la Decisión N°486 y exponer el criterio manifestado por el Tribunal Andino de Justicia en los procesos 116-IP-2004, 15-IP.99 y 4-IP-2008, en relación al principio de uso real y efectivo de la marca.

Seguidamente, haciendo mención del art. 167 de la Decisión N°486 que regula los medios de prueba permitidos para demostrar el uso de la marca, se refirió al principio de verdad material establecido en el art. 4 inc. d) de la Ley N°2341 LPA, resaltando que el mismo le otorga facultad investigativa a la Administración Pública para lograr la averiguación total de los hechos, en los que debe basar su decisión.

Refiriéndose recién al caso en concreto, la resolución impugnada señaló que, la documentación remitida por la Aduana Nacional no pudo ser valorada por el SENAPI, ya que fue recibida un día después de emitida la Resolución de Recurso de Revocatoria, pero que al amparo del principio de verdad material debe valorarse en esa instancia y sin mayor argumento concluyó que; "el Sr. Nino Huáscar Tupa Tupa es titular de la marca DAIMO (mita) registrada bajo el Número 116991-C, el 15 de Diciembre de 2008, la misma que distingue en la dase internacional 35 importación y motocicletas, y ha demostrado el uso de la marca y su comercialización dentro del tiempo establecido por la normativa, por lo cual mantiene identificado y vigente plenamente el derecho de uso sobre la misma."

En el contexto desarrollado, resulta necesario establecer que, la uniforme jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina concluye en el Proceso 122-IP-2007: 'El artículo 273 de la Decisión 486, establece que la Oficina nacional competente a que se refiere el artículo 165 de la misma Decisión es el órgano administrativo encargado del registro de la Propiedad Industrial. Y en referencia a la legitimación para solicitar la cancelación del registro del signo, el Tribunal ha determinado que se extiende a los titulares de derechos subjetivos, pero igualmente a los interesados legítimos, por lo que se considera que puede accionar la acción de cancelación la persona natural o jurídica que pretenda usar la marca registrada y no utilizada' (Proceso N°15-IP-99, Marca: BELMONT, publicada en la Gaceta Oficial N°528, de 26 de enero de 2000), o aquella que solicite registrar un signo idéntico o semejante, confundible con la marca no utilizada."

De igual forma dentro del proceso 131-IP-2007 señaló: “De acuerdo a la Decisión 486, la oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a solicitud de cualquier persona interesada. Por lo tanto, la legitimación para solicitar la cancelación por falta de uso hace necesario acreditar un interés legítimo o un derecho subjetivo, es decir, la persona interesada que pretenda accionar frente al acto administrativo de cancelación de registro, previamente deberá demostrar un interés tal que la procedencia de su intervención como parte procesal le produzca un beneficio de cualquier tipo a su favor, además, este interés para actuar, deberá ser actual, no eventual o potencial. Por lo tanto, para que opere la acción de cancelación de registro por falta de uso, el artículo 165 exige la presencia de parte interesada, lo que según el Tribunal, significa que ésta ha de tener un derecho subjetivo o al menos un interés legítimo los que deberán ser acreditados, en la vía administrativa o en la vía judicial.” (El subrayado es añadido) Proceso 149-IP-2006, publicado en la G.O.A.C. N°1452, de 10 de enero de 2007, marca: MINERVA (mixta), citando al Proceso 10-IP-97, publicado en G.O.A.C. 308, de 28 de noviembre de 1997, marca: COLSUBSIDIO).

En resumen, se encuentra legitimada para accionar: 7a persona natural o jurídica que pretenda usar la marca registrada y no utilizada "(Proceso 15-IP-99, ya citado), "así como la que pretenda registrar un signo idéntico o semejante, confundible con la marca no utilizada."

Cabe destacar que la norma andina establece que, la oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a solicitud de persona interesada, ese contexto normativo ha sido interpretado por la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que ha señalado como exigencia, la legitimación del interesado en la cancelación de la marca, como parte esencial y complementaria a la intención de solicitar la cancelación de una marca, interés legítimo que deberá ser acreditado, en la vía administrativa o en la vía judicial; en cuyo entendimiento, quien debe demostrar el legítimo interés para la cancelación, es el solicitante, sea esta persona natural o jurídica, quien demostrará su legítimo interés con

actos y hechos tendientes a tal fin, ante cuya exigencia, de revisión de actuados administrativos, se extraña la existencia de medios verificables tendientes a la demostración del legítimo interés del solicitante Juan Calle Araya, extrañándose la existencia de medios probatorios tendientes a la demostración del legítimo interés del solicitante, ausencia que evidencia que en la cancelación de registro de marca, el interesado no demostró su legítimo interés, conforme a la exigencia de la norma andina, evidenciándose una mera intención del impetrante, sin acompañar la demostración de interés legítimo, para accionar la referida cancelación, aspecto que no fue debidamente compulsado por la instancia jerárquica.

En ese contexto, debe tenerse presente, que la jurisprudencia emitida por éste Tribunal en las Sentencias emitidas por la Sala Contenciosa, Contenciosa Administrativa y Social Administrativa Primera, N°2 de 24 de enero de 2019, otras como la Sentencia N°109 de 29 de octubre de 2018, determinó: "Cabe destacar que la norma andina establece que, la oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a solicitud de persona interesada, ese contexto normativo ha sido interpretado por la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que ha señalado como exigencia, la legitimación del interesado en la cancelación de la marca, como parte esencial y complementaria a la intención de solicitar la cancelación de una marca, el interés legítimo y el uso del denominativo de marca que deberá dar al signo, interés y uso que deberá ser acreditado, necesariamente en la vía administrativa o en la vía judicial. En cuyo entendimiento, quien debe demostrar el legítimo interés y el uso a dar al denominativo de marca en conflicto para la cancelación es el solicitante, sea esta persona natural o jurídica, quien demostrará su legítimo interés e intensión de uso con actos y hechos tendientes a tal fin, ante cuya exigencia, de revisión de actuados administrativos (fs. 1 a 7 de Anexo 1), éste Tribunal extraña la ausencia de elementos tendientes a la demostración del legítimo interés y uso del denominativo de marca de la solicitante Aleida Adams Ramírez, a través de su apoderado José Lorenzo Cabero Cabrera, mediante escrito de solicitud de cancelación de marca de fecha 25 de septiembre de 2014 (s. 6 a 7 Anexo 1), anexando únicamente poder de representación del apoderado, extrañándose la ausencia de elementos tendientes a la demostración del legítimo interés de la solicitante y el uso que dará al denominativo de marca, ausencia que evidencia que en la cancelación de registro de marca, la interesada no demostró su legítimo interés ni el uso que pretende dar al denominativo, conforme a la exigencia de la norma andina y su jurisprudencia, evidenciándose una mera intención de la impetrante a través de su escrito de solicitud de fs. 6 a 7 (Anexo 1), no acompañada la demostración de interés legítimo y uso, para accionar la referida cancelación, aspecto que no fue debidamente compulsado por la instancia jerárquica, evidenciándose la ausencia de interés legítimo e intención de uso de la impetrante de la cancelación del registro.(...) (El subrayado es añadido)

En ese entendimiento, el SENAPI y posteriormente el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, estaba compelido a determinar previamente a la admisión del proceso de cancelación, el interés legítimo e intención de uso de la marca, del impetrante Juan Calle Araya, interés que debió ser demostrado por el solicitante de la cancelación, con elementos palpables que demuestren ese hecho, precisamente en instancia administrativa, aspecto no acontecido durante el proceso y tampoco observado por la oficina registral, inobservancia que derivó en un proceso carente de objeto, que fue desvirtuado aún más en su contenido en fundamentación de la resolución de recurso de revocatoria.

Por lo razonado, se concluye que la demanda Contenciosa Administrativa formulada por Juan Calle Araya, impugnando la Resolución Administrativa JER N°15/2013 de 11 de julio, deviene en improbada, al haberse demostrado que la resolución impugnada no consideró argumentos y fundamentos esenciales, sobre el interés legítimo del interesado y el uso del registro marcario, que requirieron ser adecuadamente analizados por el jerárquico, en el proceso de cancelación del registro de la marca DAIMO (mixta), fundamentos apartados del razonamiento trazado por la línea jurisprudencial emitida por este Tribunal Supremo de Justicia, y la jurisprudencia que emana del Tribunal Andino de Justicia, aparejada a una interpretación correcta de la normativa de la Decisión 486, consecuentemente, se ha evidenciado que Juan Calle Araya, quien demandó la cancelación de registro marcario, no aportó en la presentación de su solicitud de cancelación ni en actos posteriores, prueba alguna tendiente a demostrar su legítimo interés para accionar la señalada cancelación.

Siendo atribución de este Tribunal, en ejercicio de la jurisdicción y competencia que la Ley le otorga, la modulación del alcance de su fallo, determinado el correcto o incorrecto análisis y fundamento de derecho en la aplicación de la provisión normativa en sede administrativa, en las cuales basó la autoridad jerárquica, concluye que el viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, al pronunciar la Resolución Administrativa JER N°15/2013 de 11 de julio, con otro criterio, interpreto y aplicó adecuadamente las normas legales citadas.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, en virtud de los fundamentos expuestos, declara IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa de fs. 270 a 283 y memorial de subsanación de fs. 303, interpuesta por Juan Calle Araya contra el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones.

No intervienen los Magistrados, María Cristina Díaz Sosa y Edwin Aguayo Arando, por ser de voto disidente.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada, sea con nota de atención.

Relator: Magistrado Dr. Esteban Miranda Terán

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

18

Cuba Libre Products INC. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs. 62 a 66 y memorial de subsanación a fs. 79 y vta, presentados por la empresa CUBA LIBRE PRODUCTS INC., impugnando la Resolución Administrativa DGE/DEN/J-N°362/2012 de 19 de diciembre, pronunciada por la Dirección General Ejecutiva del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI); la providencia de admisión de fs. 80, la contestación de fs. 109 a 112, memorial de réplica de fs. 116 a 118 y dúplica cursante de fs. 168 a 172 vta., antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

El demandante manifiesta que ante la solicitud de registro de la marca CUBATA publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia N°298 de 26 de junio de 2011, tuvo que presentar la oposición a dicho registro el 08 de noviembre de 2011, en razón de que la marca solicitante CUBATA guarda similitud con la marca opositora del titular CUBA LIBRE INC. Por incurrir en las prohibiciones de los 135 inc. b) y 136 inc. a) de la Decisión 486, la cual fue resuelta por el Director de Propiedad Industrial del SENAPI mediante la Resolución Administrativa N°106/2012 de 5 de abril, que declaró IMPROBADA la demanda de oposición y en su defecto CONCEDIÓ el registro de la marca CUBATA; lo que motivó la interposición del recurso de revocatoria, que fue RECHAZADO mediante Resolución Administrativa DPI/OP/REV N°259/2012 de 25 de junio.

Ante el rechazo del recurso de revocatoria, interpuso recurso jerárquico el 13 de agosto de 2012, mereciendo la emisión de la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-362/2012 de 19 de noviembre por la Directora General Ejecutiva del SENAPI, que RECHAZÓ el recurso interpuesto, lo que pone fin a la vía administrativa.

I.2. Fundamentos de la demanda.

Señala que la marca CUBATA guarda similitud con la marca CUBA LIBRE, por lo que la concesión del registro estaría prohibida por la Decisión 486.

Indica que la marca CUBATA distingue vinos espirituosos y licores, mientras que la CUBA LIBRE distingue bebidas alcohólicas, especialmente ron y preparados del ron, por lo que los productos tienen directa conexión competitiva y son susceptibles de ser confundidos o asociados por el consumidor.

Alude que la marca CUBA LIBRE no es un signo de uso común para designar licores o bebidas alcohólicas, ya que el consumidor promedio al referir un producto como CUBA, no hace más que evocar el producto CUBA LIBRE, por lo que el uso de la marca CUBATA infringe las prohibiciones establecidas en los arts. 135 y 136 de la Decisión 486.

Manifiesta que aun en el supuesto caso de tenerse a CUBA como término de uso común, CUBATA tampoco tendría suficiente distintividad, ya que la exclusión de la sílaba TA carece de suficiente distintividad para distinguir el producto en infracción al art. 135 inc. c) de la Decisión 486, por lo que CUBATA no puede coexistir con la marca CUBA LIBRE. 1.3. Petitorio.

Concluye solicitando se declare PROBADA su demanda, y en consecuencia se Revoque la Resolución Administrativa de Recurso Jerárquico N° DGE/DEN/J-362/2012 de 19 de noviembre, Resolución Administrativa DPI/OP/REV N°259/2012 de 25 de junio y la Resolución N°106/2012 de 5 de abril.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

El SENAPI, contestó negativamente a la demanda con memorial presentado el 03 de julio de 2014, y haciendo un repaso de los antecedentes del proceso, de las causales de irregistrabilidad establecida en el art. 136 inc. a) de la Decisión 486 de la CAN; así como las consideraciones de expresiones de uso común, señaló lo siguiente:

Que el término CUBA es débil para identificar productos comprendidos en la Clase 33 de la Clasificación Internacional Niza, por lo que perdió fuerza distintiva y en consecuencia es un término de uso común.

Adujo que de la separación del término de uso común CUBA, se tiene LIBRE y TA, las cuales no guardan una similar percepción ni semejanza visual, ortográfica y fonética, por lo que no derivan en un riesgo de confusión marcario.

Apuntó que los productos distinguidos por ambos signos confrontados son las bebidas alcohólicas, pero por la disimilitud de la parte nominativa de los signos no resulta ser suficiente para aplicar la prohibición contemplada en el art. 136 inc. a) de la Decisión 486 de la CAN.

II.2. Petitorio.

Concluye solicitando, se RECHACE la demanda interpuesta, y se confirme la Resolución

Administrativa DGE/DEN/J-362/2012 de 19 de noviembre.

III. TERCERO INTERESADO.

Cabe hacer constar que mediante decreto de 29 de agosto de 2018 a fs. 158, se dispuso la citación de Bodegas Mariani S.R.L. como tercero interesado, debido a que es titular de la marca CUBATA, de la cual la parte actora solicita la nulidad del registro. De ese modo se cumplió con la citación a la Empresa Bodegas Mariani S.R.L. (fs. 196), quién no se apersonó al proceso.

IV. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

A efecto de resolver los fundamentos de la demanda, corresponde señalar que los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente:

IV.1 El 03 de marzo de 2011 la empresa Bodegas Mariani S.R.L. solicitó ante la Dirección de Propiedad Intelectual del SENAPI, el registro como marca del denominativo CUBATA a efectos de amparar productos dentro de la Clase N°33 de la clasificación internacional de productos y servicios NIZA aplicable al registro de marcas.

IV.2 El 26 de octubre de 2011, la firma Cuba Libre Productos INC. presentó oposición al registro solicitado, argumentando que el término CUBATA es similar a CUBA LIBRE, por lo que existe el riego de confusión y asociación.

IV.3 Mediante Resolución Administrativa N°106/2012 de 05 de abril, el SENAPI declaró improbada la demanda de oposición presentada por la firma Cuba Libre Products INC. Y concedió el registro de la marca "CUBATA" (denominación) a favor de la empresa Bodegas Mariani S.R.L.

IV.4 Contra esta determinación Cuba Libre Products INC. interpuso Recurso de Revocatoria, resuelto por el SENAPI en la Resolución Administrativa DPI/OP/REV N°259/2012 de 25 de junio que rechazó el recurso y confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa N°106/2012.

IV.5 Interpuesto el Recurso Jerárquico, fue rechazado por la Dirección General Ejecutiva del SENAPI mediante Resolución Administrativa DGE/DEN/J-362/2012, confirmando en forma total la Resolución de Revocatoria.

V. INTERPRETACION PREJUDICIAL.

Antes de ingresar al examen de la problemática es necesario puntualizar que si bien la parte actora postuló que la marca CUTABA estaría infringiendo los arts. 135 inc. b) y 136 inc. a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina; no obstante, la interpretación prejudicial solicitada N°548-IP-2015 de fs. 136 a 147, precisó que no se procedió a la interpretación del art. 135 literal b), debido a que no está en discusión la falta de distintividad de un signo, de modo que solo efectuó la interpretación del art. 136 literal a) de la decisión citada, en razón que la controversia radica en el riesgo de confusión y asociación.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de la Interpretación Prejudicial N°548-IP-2015 advirtió el conflicto entre una marca denominativa (CUBATA) y una marca mixta (CUBA LIBRE), para lo cual realizó las siguientes consideraciones:

"2.4. En consecuencia, al realizar la comparación entre marcas denominativas y mixtas, el Tribunal consultante debe identificar, cuál de los elementos prevalece y tiene mayor influencia en la mente del consumidor: si el denominativo o el gráfico.

a) Si al realizar la comparación se determina que en las marcas mixtas predomina el elemento gráfico frente al denominativo, no habría lugar de confusión entre las marcas, pudiendo estas coexistir pacíficamente en el ámbito comercial, salvo que puedan suscitar una misma idea o concepto en cuyo caso podrán incurrir en el riesgo de confusión.

b) Si en la marca mixta predomina el elemento denominativo, deberá realizarse el cotejo de conformidad con las reglas para el cotejo de signos denominativos:

(i) Se debe analizar cada signo en su conjunto; es decir, sin descomponer su unidad fonética. Sin embargo, es importante tener en cuenta las letras, las sílabas o palabras que poseen una función diferenciadora en el conjunto, debido a que esto ayudaría a entender en el mercado.

(ii) Se debe tener en cuenta la sílaba tónica de los signos a comparar, pues si ocupa la misma posición, es idéntica o muy difícil de distinguir,

2.5. En el presente caso, se advierte que el elemento denominativo de los signos en conflicto es compuesto, por lo que para realizar un adecuado cotejo se deberá analizar el grado de relevancia de las palabras que los componen y, sobre todo, su incidencia en la distintividad del conjunto de la marca. Para tal efecto, se deben aplicar los siguientes parámetros:

(..)

e) Analizar si la palabra es genérica, descriptiva o de uso común. Las palabras genéricas, descriptivas o de uso común se deben excluir del cotejo de marcas."

VI. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

Estando establecidos los antecedentes administrativos, interpretación prejudicial solicitada mediante la Resolución N°211/2014 de 23 de septiembre de fs. 126 a 127 y la razones que originaron la interposición de la presente demanda por Cuba Libre Products INC., de modo que a efectos de su resolución se llega a identificar la siguiente problemática: Considerar si la marca CUBATA registrada por Bodegas Mariani S.R.L. vulnera la disposición contenida en el art. 136 inc. a) de la Decisión 486 de la CAN, por generarse un riesgo de confusión o asociación frente a la marca CUBA LIBRE registrada por Cuba Libre Products INC.

VII. ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL PERTINENTE AL CASO.

Una vez reconocida la competencia de la Sala Plena para la resolución de este tipo de controversias, en el marco de lo establecido por los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 del 31 de diciembre de 2014 en concordancia con el art. 775 del Código de Procedimiento Civil (CPC), y la Disposición Final Tercera de la Ley N°439 (Código Procesal Civil) y tomando en cuenta la naturaleza del proceso Contencioso Administrativo que reviste un juicio de puro derecho, en el que sólo se analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos por la parte demandante, corresponde realizar el control jurisdiccional y de legalidad sobre los actos ejercidos por el SENAPI en sede administrativa.

En ese contexto referir que, el procedimiento Contencioso Administrativo, se constituye en garantía formal que ampara al sujeto administrado, redimiéndolo de la discrecionalidad y arbitrariedad de poder de los detentadores del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra aquellos actos de la administración pública que le resultaren gravosos, con el fin de lograr el restablecimiento de sus derechos lesionados, buscándose ese fin precisamente con la interposición del proceso Contencioso Administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa.

En efecto, para el análisis de la problemática se tomará en cuenta la aplicación directa y preferente de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina por formar parte del ordenamiento jurídico interno acorde a la ratificación y aprobación del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, mediante Ley N°1872, 15 de junio de 1998, en consecuencia, se velarán las reglas y criterios establecidos por el Tribunal Andino en la interpretación prejudicial N°548-IP2015 respecto al art. 136 literal a) de la Decisión 486, que indica lo siguiente:

"Artículo 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectada indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercer, para los mismos productos o servicios o para productos o servicios respecto de los cales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o se asociación; (...)"

VIII. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

Conforme a la problemática planteada, se tiene que el presente litigio deviene del riesgo de confusión o asociación marcario como infracción a los derechos de propiedad industrial de la firma Cuba Libre Products INC., quien es titular de la marca mixta CUBA LIBRE, para distinguir productos comprendidos en la clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza y en razón a ello inició ante el SENAPI el proceso administrativo de oposición contra la marca denominativa CUBATA, registrada por Bodegas Mariani S.R.L.; sin embargo, dicha oposición fue rechazada por el ente administrativo, cuyos actos a criterio del demandante merecen ser revisados por este Tribunal.

Asimismo se advierte que las marcas en conflictos presentan diversa composición, debido a que la marca demandante se encuentra constituida por rasgos denominativos y figurativos, lo cual es considerado como una marca mixta; sin embargo, la marca demandada sólo presenta cualidades propias de una marca denominativa, en ese entendido esta diferenciación permite realizar un examen específico a fin de determinar el riesgo de confusión o asociación, dado el conflicto entre una marca mixta y otra denominativa. En ese contexto y tomando en cuenta las reglas dadas por la Interpretación Prejudicial N°548-IP-2015 por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para la comparación entre signos denominativos y mixtos, es necesario considerar que elemento es preponderante por la marca mixta CUBA LIBRE.

Por consiguiente, se contempla que el elemento que predomina en la marca del demandante, es el denominativo CUBA LIBRE, ya que no tiene una figura o dibujo que pueda causar impacto en la mente del consumidor o se encuentre bien definida; por otra parte, los rasgos que sobresalen de manera legible son las palabras, en ese entendido a fines del cotejo marcario se tomará en cuenta las reglas para la comparación de signos denominativos, que también fueron establecidos en la Interpretación Prejudicial atinente al presente caso.

Por otra parte, antes de ingresar al cotejo marcario, la parte actora señala que el término CUBA no sería de uso de común, en tal sentido corresponde considerar el inc. e) a fs. 146 por la que indica "e). Analizar si la palabra es genérica, descriptiva o de uso común. Las palabras genéricas, descriptivas o de uso común se deben excluir del cotejo de marcar".

En ese margen la parte actora expresa que su marca CUBA LIBRE no configura un signo de uso común, dado que la mente del consumidor al reproducir la palabra CUBA no hace más que evocar CUBA LIBRE, de igual forma manifiesta que el registro de otras marcas que contiene la expresión CUBA no sería suficiente para establecer el uso común, aduciendo en consecuencia que la palabra CUBA no debiera ser excluida del cotejo marcario.

Al respecto, para determinar si el elemento CUBA configura una palabra de uso común, citamos a Carlos A. Cornejo Guerrero, que indica lo siguiente: "Se aprecia que el elemento SALOIRE, se repite en todas estas marcas. Pero ello no quiere decir, necesariamente que estemos ante un término que se ha hecho usual respecto de

determinado producto o servicio. Los dos últimos registros podrían haber sido concedidos, contrariando normas imperativas de la Decisión Andina 486. 1. Por lo tanto, el razonamiento dado por el ente administrativo demandado es incorrecto, dado que la existencia de varios registros de marca no deriva a que el elemento registrado en este caso CUBA sea considerado de uso común; en consecuencia, corresponde realizar el cotejo marcario sin descartar ningún elemento denominativo entre las marcas en conflicto.

VIII.1. Comparación de las marcas en conflicto.

Ahora bien, para determinar si el consumidor podría incurrir en riesgo de confusión o asociación entre los signos "CUBA LIBRE" y "CUBATA", corresponde analizar las semejanzas que pudieran presentarse fonética, ortográfica o conceptualmente, tomando en cuenta los criterios señalados por el Tribunal Andino en la interpretación prejudicial N°548-IP-2015.

a. En relación a la similitud fonética el Tribunal Andino señala que "La determinación de tal similitud depende, entre otros elementos, de la identidad de la sílaba tónica o de la coincidencia de en las raíces o terminaciones".

En el caso en cuestión, CUBA LIBRE está compuesta por dos palabras, cuya silaba tónica en la primera palabra se encuentra en la sílaba CU y en la segunda palabra la sílaba tónica recae en la sílaba LI. Por otra parte, la marca CUBATA, está compuesta por la raíz CUBA y la terminación TA, cuya silaba tónica se ubica en la penúltima silaba BA.

De ambas marcas analizadas en su relación fonética se concluye que, si bien la primera palabra de la marca CUBA LIBRE coincide con la raíz de la marca CUBATA, pero la terminación de CUTABA difiere de la segunda palabra de CUBA LIBRE y a su vez las sílabas tónicas difieren en ambos casos.

b. Respecto a la semejanza ortográfica el Tribunal Andino manifiesta que: "la semejanza de las letras de los signos en conflicto desde el punto de vista de configuración; esto es, tomando en cuenta la secuencia de vocales, la longitud de la o las palabras, el número de silabas, las raíces o las terminaciones comunes de los signos en conflicto..."

Las denominaciones analizadas en su conjunto y empleando el método del cotejo sucesivo, es decir analizar un signo y después el otro, se cuenta con lo siguiente:

CUBA LIBRE: contiene 9 letras, 4 vocales, 5 consonantes, 4 sílabas, la primera palabra CUBA y la segunda LIBRE.

CUBATA: contiene 6 letras, 3 vocales, 3 consonantes, 3 sílabas, la raíz CUBA y la terminación TA.

De ambas marcas analizadas, existe una similitud en cuanto a la primera palabra de CUBA LIBRE y la raíz de CUBA, pero difieren respecto a segunda palabra de CUBA LIBRE y la terminación de CUBATA, de igual manera no se advierte una semejanza ni en el número de letras ni en las vocales, consonantes y sílabas.

c. En consideración a la identidad conceptual o ideológica, el Tribunal indica: "Se configura entre signos que evocan una idea y/o valor idéntico y/o semejante".

En este punto la parte actora manifiesta que el consumidor promedio a referir un producto como CUBA, no hace más que evocar el producto CUBA LIBRE, pero tal afirmación no es evidente conforme los datos del proceso ni prueba que asevere este extremo; sino al contrario, lo que sí es claro es el uso del elemento CUBA por parte de distintos titulares tales

como CUBANEY CLUB, RON CUBAN CLUB, SANTIAGO DE CUBA, criterio que fue advertido en alzada e instancia jerárquica, en consecuencia, se entiende que el titular de la marca CUBA LIBRE ha sido tolerante al registro de marcas similares, lo cual sin duda conduce al debilitamiento de la marca, lo cual repercute en su grado de distintividad.

Por esta razón, ante el debilitamiento de la marca expuesto en el párrafo anterior no es posible sostener que en la mente del consumidor se relacione de manera directa el elemento CUBA con la marca CUBA LIBRE, de igual modo de las marcas en conflicto se advierte que CUBA LIBRE evoca la idea de libertad; sin embargo, la marca CUBATA no evoca una idea idéntica o semejante, debido a que no es parte del lenguaje común y corriente, constituyendo inclusive una denominación de fantasía.

Conforme las razones descritas por este Tribunal Supremo, al realizar la comparación entre las marcas CUBA LIBRE y CUBATA se establece que no existe similitud fonética, ortográfica, ni conceptual para determinar que genere riesgo de confusión y/o asociación en el público consumidor; por consiguiente, lo postulado por la empresa actora no es sustentable y en consecuencia se mantiene firme lo resuelto en instancia jerárquica.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014 en relación con los art. 778 al 781 del Cód. de Pdto. Civil y la Disposición Final Tercera de la Ley N°439, declara: IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa de fs. 62 a 66, interpuesta por Cuba Libre Products INC.; en consecuencia, se mantiene firme y subsistente la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-362/2012 de 19 de diciembre, emitida por la Dirección General Ejecutiva del SENAPI.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandad, con nota de atención.

Relator: Magistrado Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

19

Fábrica Nacional de Cemento S.A. FANCESA c/ Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 73 a 83, interpuesta por la Fábrica Nacional de Cemento S.A. (FANCESA), impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico MDPyEP N°025.2013 de 3 de septiembre de 2013, emitida por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural (MDPyEP), la respuesta de fs.114 a 128 vta., réplica de fs. 133 a 138, dúplica de fs. 161 a 170 vta.; el memorial de apersonamiento de la entidad tercera interesada de fs. 189, decreto de Autos de fs. 238, los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

Antecedentes de hecho

Los antecedentes del proceso muestran que, mediante Auto de 22 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, inició diligencias preliminares en contra de la Fábrica Nacional de Cemento S.A. (FANCESA), para investigar la posible existencia de prácticas anticompetitivas.

Mediante Resolución Administrativa RAIAEMP/DTDCDN/N°100/2012 de 31 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas-AEMP, dispuso la iniciación de Procedimiento Sancionatorio contra la FANCESA, por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas absolutas contenidas en el parágrafo I del artículo 10 del Decreto Supremo N°29519 de 16 de abril de 2008.

A través de memorial de 18 de septiembre de 2012, FANCESA respondió y presentó descargos ante el Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, solicitando mediante memorial de 23 de octubre de 2012, se considere los descargos presentados.

El 23 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP), emitió la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°115/2012, que dispuso declarar probada la comisión de conductas anticompetitivas absolutas contenidas en el art. 10 del DS N°29519 de 16 de abril de 2008. FANCESA interpuso el 28 de diciembre de 2012, recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa Sancionatoria RA/AEMP/DTDCDN/N°115/2012 requiriendo su revocatoria, que mereció la Resolución Administrativa Revocatoria RA/AEMP/DJ/N°048/2013 de 22 de marzo de 2013, que resolvió confirmar la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°115/2012.

FANCESA mediante memorial de 15 de abril de 2013, interpuso Recurso Jerárquico, que fue resuelto por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, a través de Resolución Jerárquica MDPyEP N°025.2013 de 3 de septiembre de 2013, disponiendo confirmar la Resolución Administrativa de Revocatoria RA/AEMP/DJ/N°048/2013 de 22 de marzo de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresa-AEMP, rectificada en los datos descritos en el encabezado, por la Resolución Administrativa RA/AEMP/DJ/N°027/2013 de 02 de abril de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A través de la demanda puesta en análisis, se impugna la Resolución de Recurso Jerárquico MDPyEP N°025.2013 de 3 de septiembre de 2013, emitida por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural (MDPyEP), en mérito a los siguientes argumentos:

Prescripción

Alega que el recurso jerárquico planteado, estableció de forma expresa, clara y argumentada la prescripción correspondiente a las gestiones 2008, 2009 y 2010, por supuestas prácticas anticompetitivas.

Afirma que la autoridad recurrida no ha comprendido y menos reconocido la interpretación de la prescripción de acuerdo al art. 79 de la Ley N°2341, pues de acuerdo a la interpretación y fundamentación de la resolución jerárquica, cuando se refiere a lo previsto por el art. 7 del Reglamento de Regulación de la Competencia aprobado por Resolución Ministerial N°190, los hechos constitutivos de la infracción de acuerdo a la AEMP, fueron generados el 8 de mayo de 2009 y el 24 de julio de 2009, fechas tomadas de la documentación (actas) del Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (IBCH), base de la imposición de la multa, por tanto tomando en cuenta ese plazo, el hecho generador de la sanción se encontraría prescrito desde el 2011, mostrando la incorrecta aplicación e interpretación del art. 79 de la Ley N°2341, así como del art. 7 del Reglamento de Regulación de la Competencia aprobado por la Resolución Ministerial N°190.

Señala que los hechos invocados como prescritos, se debieron a la inacción de la Ex Superintendencia de Empresas, ahora AEMP, sobre el control, fiscalización y regulación del mercado del cemento, porque la prescripción es una institución jurídica liberatoria de responsabilidad por actos negligentes del ente regulador en sus funciones. Hace cita de una definición de prescripción del autor jurisconsulto Nicolás Coviello

Afirma que la AEMP y el MDPyEP, de manera equívoca aplicaron el Reglamento al DS N°29519 de 16 abril 2008, porque FANCESA desde su inicio hace 53 años, tuvo su mercado natural en las ciudades de Santa Cruz y Sucre. Por tanto, ese proceso iniciado por la AEMP, no guarda relación entre la norma legal y su simple estudio, como se lo manifestó en anteriores instancias administrativas.

Argumenta que la Resolución impugnada estableció, que las prácticas anticompetitivas relativas al precio del cemento fueron permanentes desde marzo de 2001 hasta enero de 2009, esta determinación no tiene base legal, referida al DS N°29519 de 16 abril 2008, que entró en vigencia a partir de la gestión 2008 y no antes, quedando claro que toda actividad efectuada por FANCESA, sobre precio y mercado durante los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 hasta marzo de 2008, fueron lícitas, permitidas y objetivas, porque no existía prohibición alguna.

Por tanto, FANCESA al plantear la prescripción de las gestiones 2008, 2009 y 2010 ante el MDPyEP; ésta, no aplicó las normas legales correspondientes y aplicó normas legales retroactivamente.

Manifiesta que en la resolución jerárquica se señaló, que la verdad material es un principio reconocido por la Constitución Política del Estado (CPE) y que se encuentra sustentado por la realidad y debe ajustarse a los hechos reales, pero no describe y menos fundamenta cuáles son aquellos hechos a que hace referencia, simplemente se remite a mencionar que se implementaron una serie de actuaciones administrativas de fiscalización y trabajo de gabinete relacionado a un análisis técnico económico, valoración de datos estadísticos del INE, análisis técnico legal, etc. Pero en ninguna de éstas señala con exactitud, cuál la fecha o número de informe, análisis' a que se refiere y si cursan dentro el proceso; asimismo, afirma que no fundamentan con claridad qué actuaciones son las que se enmarcan dentro de la normativa aplicada; es decir, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo, por tanto, sólo se remite a realizar una copia de las otras resoluciones administrativas, sin la debida fundamentación en su fallo, haciendo cita de la SCP 0143/2012 de 14 de mayo.

Afirma, que la ausencia de una suficiente y adecuada motivación, vulnera el derecho al debido proceso, por lo tanto, el derecho a la defensa, impidiendo que la tutela jurisdiccional administrativa sea efectiva, reiterando la prescripción de las gestiones 2008, 2009 y 2010 por supuestas prácticas anticompetitivas, conforme establece el art. 79 de la Ley N°2341.

Invoca irretroactividad

Alega que FANCESA estaba sujeta a la norma que reglamenta las multas y/o sanciones que regía en ese tiempo; es decir, la Resolución (RA) SEMP 71/2008 de 5 de mayo de 2008, empero FANCESA fue sancionada con una norma posterior al Acto Administrativo vulnerado, que en esta materia no es retroactiva. El proceso administrativo sancionador basó su argumento legal y decisión en las Actas de 19 al 24 de enero de 2001, que han servido para sancionar y confirmar los fallos contra FANCESA; es decir, han pretendido justificar jurídicamente la penalización de simples comentarios que nunca han llegado a materializarse ni tampoco comprobarse por parte de la autoridad recurrida, bajo este criterio errado la AEMP aplicó retroactivamente el DS N°29519 de 16 de abril 2008 sobre actos lícitos desde 2001 hasta el 2008, cuando no existía la comisión de conductas anticompetitivas absolutas, descritas en el art. 10, parágrafo I, incisos a), b) y c) del DS N°29519 de 16 de abril 2008, Resolución Administrativa Confirmada Totalmente por la Ministra de Desarrollo Productivo y Economía Plural en "La Resolución Jerárquica", bajo ese criterio legal se sancionó y decidió sobre las Actas y reuniones de Directorio de FANCESA de 14 de marzo de 2001, adoptando sus decisiones en las Actas Nos. 3, 7, 10, 11 de 14 de diciembre 2001, Reuniones de Directorio FANCESA del 19 al 24 de enero 2001; por tanto, ha emitido resoluciones contrarias a la constitución porque aplicó indebidamente una norma creada el 2008 a actos sucedidos el 2001, hecho que demuestra la vulneración a lo descrito por el art. 123 de la CPE.

Por tanto, manifiesta que en materia administrativa no se aplica el principio de irretroactividad quedando nulo de puro derecho el proceso sancionador de la AEMP, contra FANCESA, debiéndose revocar totalmente la Resolución Jerárquica MDPyEP N°025.13 de 3 de septiembre de 2013, por atentar a la Constitución Política del Estado.

En materia administrativa rige el principio de verdad material, proporcionalidad y legalidad y presunción de legitimidad, afirmando que lo correcto es aplicar la Resolución

Administrativa (RA) SEMP 71/2008 de 5 de mayo de 2008, en aplicación del principio de auto tutela {(art.4 inc. b)} siendo ese reglamento de sanciones la que determine las supuestas infracciones sancionadas a prácticas anticompetitivas. Para demostrar esa aseveración hace cita de la SC N°1421/2004 R de 6 de septiembre de 2004.

En el presente caso, alude que existe un conflicto de leyes en el tiempo y un proceso administrativo con anterioridad a la promulgación de la Resolución Administrativa RAI/AEMP/ N 0 030/201 1 de 21 de abril de 2011 y además que esta fuera del marco normativo porque su art. 5to., excluye la aplicación del DS N°29519, añade que la iniciación de vigencia de la ley, está regida por dos principios, el de vigencia inmediata (la ley es obligatoria desde el día de su publicación) e irretroactiva (art. 123 CPE), la ley solo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente y en materia penal cuando beneficie al delincuente. Por otra parte, aduce que los parámetros para determinar el tipo de las sanciones y de esta forma justificar si van a ser multas o amonestaciones, ya que el ente fiscalizador se ha olvidado que las sanciones podrían ser amonestaciones, conforme al art. 8 de la Resolución Administrativa SEMP N°71/2008 de 5 de mayo de 2008.

Prácticas anticompetitivas

Manifiesta que la supuesta infracción administrativa es falsa, porque mediante memorial de 18 de septiembre de 2012, FANCESA presentó los descargos correspondientes en virtud a que esta empresa envía su producto a otras regiones, pero siempre en la medida en que los fletes le permiten competir con otros productos, y buscando mantener su presencia en los más remotos mercados, pero siempre limitada por su capacidad productiva y de fletes. Añade que FANCESA ha cerrado la gestión 2010, con un total comercializado de 13.524.131 bolsas de cemento de 50 kilogramos, obteniendo un crecimiento del 5% respecto de sus gestiones anteriores y si se analiza la evolución de los últimos 10 años sus ventas se han incrementado en un 170%, lo que representa que se continúa adaptando sus operaciones para satisfacer la dinámica actual de los mercados y preparándose para lo que se avecina en el futuro.

Señala que de la revisión a la prueba documental, cursante en el proceso administrativo, que no fue valorada adecuadamente, se puede evidenciar que se presentó el resultado de pruebas de comprobación de laboratorios del cemento FANCESA con relación a los de la competencia, conforme se adjuntó en la Comunicación Interna CI-CC-011/12 de 20 de enero de 2013, donde el laboratorio de la fábrica, demostró que el producto 1-30, está por encima de los estándares de la competencia, evidenciándose inclusive que este producto está por encima de la norma ISO a la Calidad, dejando en claro que nunca hubo homogeneidad en el mercado nacional en cuanto se refiera a la calidad del cemento producido y comercializado por FANCESA.

Petitorio

Concluye solicitando: '...concluido el trámite se declare probada la misma, disponiéndose la revocatoria total de la Resolución Jerárquica MDPyEP N°025-2013 de 23 de noviembre de 2012, dictada por la Ministra de Desarrollo Productivo y Economía Plural y nulas la Resolución Administrativa Sancionatoria RA/AEMP/DTDCDN N° 115/2012 de 23 de noviembre de 2013 y Resolución Administrativa RA/AEMP/D1 N° 048/2013 de 22 de marzo de 2013, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Empresas en su totalidad, por no corresponder a derecho, asimismo se ordene la devolución del valor de la sanción

establecida por la Resolución Administrativa Sancionatoria RA/AEMP/DTDCDN N°115/2012 de 23 de noviembre de 2012, que fue pagada por la Fábrica Nacional de Cemento S.A. "(textual).

DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante providencia de 3 de enero de 2014, fs. 85, es corrida en traslado a la autoridad demandada, quien fue legamente citado, apersonándose mediante poder especial, amplio y suficiente, el Director General de Asuntos Jurídicos, del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, para responder negativamente a la acción incoada.

En el memorial de respuesta cursante de fs. 114 a 128, reitera todos los fundamentos técnico legales expresados en la Resolución Jerárquica MDPyEP N°025-2013 de 23 de noviembre de 2013, señalando:

En relación a la prescripción invocada

Señala que el cómputo se realiza a partir de la materialización de hechos, actos u omisiones, entendiéndose además que tal previsión corresponde en su aplicación a infracciones instantáneas y finalizadas; la norma de igual modo, prevé el cómputo para la prescripción de los casos que comprometan hechos, actos u omisiones recurrentes o sucesivos, es decir para infracciones de tracto sucesivo o con efectos continuados en el tiempo. Disponiendo que el cómputo para la prescripción, correrá a partir de la fecha de la realización del último hecho, acto u omisión.

Manifiesta que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas - AEMP, inició el procedimiento administrativo sancionador, en el caso de FANCESA S.A., a tres conductas anticompetitivas absolutas comprendidas en los incisos a), b) y c) del art. 10 del Decreto Supremo N°29519, conductas que a criterio y análisis de la AEMP, compartido por esta instancia jerárquica se replicó en el tiempo, sancionable y punible en el periodo de fiscalización que como ya se puntualizó, se circunscribe a las gestiones 2010 y 2011, interpretación que concuerda con lo establecido en la normativa que establece el reglamento de la competencia aprobado por la Resolución Ministerial N°190, que señala el plazo de 2 años de la prescripción, que son computables a partir de la fecha de la realización del último hecho acto u omisión; tomando en cuenta que la práctica anticompetitiva sancionable contenida en el art. 10, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N°29519, conforme lo estableció la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas - AEMP, todavía continuaba en ejecución a instancias de la notificación de cargos con la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°100/2012 de 31 de agosto de 2012, legalmente notificada en la misma fecha.

La AEMP representó dentro el periodo de fiscalización, parte de un conjunto de elementos de convicción suficientes, que hacen evidente la existencia de intercambio de información entre FANCESA SA y empresas cementeras rivales y competidores entre sí, a través del IBCH, con el objeto o efecto de elevar el precio de venta del cemento. Documento probatorio que se subraya, data de 21/02/2011, desarrollándose en consecuencia dentro del periodo de fiscalización iniciado por la AEMP al hoy demandante FANCESA SA, y a las cementeras que operan en el territorio nacional, puntualización que se hace necesario remarcar, ya que las Actas N°66 de 08 de mayo de 2009 y N°67 de 24 de julio de 2009 del IBCH, y otras que señala el demandante forman parte de verificaciones de antecedentes históricos, lógicamente no sancionables por inexistencia de norma sancionatoria en esos

periodos, que fueron colectados por la AEMP, con el único objetivo de establecer una visión integral de las prácticas anticompetitivas absolutas, desarrolladas por empresas cementeras dentro del territorio nacional.

Por otro lado, se colige de antecedentes que la AEMP en relación a la participación del Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (IBCH) estableció con claridad, que no se cuestionaron los fines de su constitución, ni las tareas que desarrolla; sin embargo, estableció la utilización de dicha institución por parte de sus socios (empresas cementeras) como medio para intercambiar información sensible como cuotas de mercado, abastecimiento del mercado, costos de transporte, precios de venta de productos, proyectos de ampliación de sus plantas de producción, proyectos carreteros gubernamentales, importación de insumos y productos y otros más, con la finalidad de facilitar el acuerdo entre las empresas cementeras o dar continuidad a un cartel.

En relación a la irretroactividad

Respecto a las Actas del Directorio de FANCESA S.A., de la gestión 2001 que alude el demandante, señala la existencia de estudios de antecedentes históricos, lógicamente no sancionables por inexistencia de norma sancionatoria en esos periodos, que fueron colectados dentro del procedimiento administrativo tramitado por la AEMP, con el objetivo de establecer una visión integral de las prácticas anticompetitivas absolutas desarrolladas por empresas cementeras que comercializan cemento dentro del territorio nacional, fueron indicios y antecedentes que se colectaron inclusive a instancias previas del inicio de la fiscalización a FANCESA y su competencia, mediante la realización de estudios de mercado del cemento en el territorio nacional, que permitió identificar indicios de prácticas colusorias que son sancionables, dentro del periodo de fiscalización comprendido en las gestiones 2010 y 2011, como ampliamente se refiere en las resoluciones precitadas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas -AEMP.

Con relación a la aplicación de normativa errónea, señala que corresponde aclarar que la normativa que refiere el recurrente (Resolución Administrativa SEMP 71/2008 de 05 de mayo de 2008), corresponde a normativa sancionatoria interna de la AEMP que se aplica por infracciones al Código de Comercio, situación que difiere del objeto y ámbito de aplicación del DS N°29519 que regula la competencia, por lo tanto, el demandante confunde procedimientos pretendiendo aplicar normativa referida a Registro de Comercio y vulneraciones al Código de Comercio como la RA (071), que a manera de aclaración también es competencia y atribución de la AEMP fiscalizar y sancionar, pero en un ámbito normativo diferente inclusive en cuanto a su estructura, ya que es la Dirección Técnica de Fiscalización y Verificación de Cumplimiento de Obligaciones Comerciales (DTFVCOC), repartición que en mérito a especificas funciones, tiene la tarea supervisar, controlar, verificar, fiscalizar, regular legal y financieramente, a las empresas que desarrollan actividades económicas en el país, en el ámbito del registro comercial, en procura del cumplimiento jurídico y financiero en el desarrollo de sus actividades, fiscalizando en consecuencia todas aquellas vulneraciones e incumplimientos por parte de los sujetos regulados, al Código de Comercio y demás disposiciones emanadas por la AEMP.

Manifiesta que la AEMP, aplicó correcta y cabalmente la normativa, siendo el análisis efectuado, en mérito y acorde a las consideraciones descritas en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°115/2012, de 23 de noviembre de 2012, y la Resolución Administrativa Revocatoria AEMP/N°048/2013, de 22 de marzo de 2013, emitidos por la AEMP, coincidentes

y concurrentes con lo determinado por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural al emitir la Resolución Jerárquica MDP y EP N°025.2013 de 3 de septiembre de 2013, que se dispuso la confirmación de la valoración técnica respecto de la calificación de cargos dentro del proceso de fiscalización y posterior sanción de prácticas anticompetitivas absolutas previstas en los incisos a), b) y c) del art. 10 del DS N°29519; que por lo demás, fueron confirmadas por ese Ministerio, a instancias de la emisión de la Resolución Jerárquica MDP y EP N°025.2013.

Petitorio

Concluye solicitando: "...se dicte sentencia, declarando ~robada la demanda (..) y rechaza todas y cada una de las argumentaciones planteadas por la fábrica nacional e cemento S.A. (Fancesa S.A.). conforme lo dispone el art. 346 de nuestro código de procedimiento civil. "(Textual)

III. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

De antecedentes de la demanda puestos a consideración de este Tribunal, se advierte que el objeto de la controversia se circunscribe al cuestionamiento de validez del acto administrativo contenido en la Resolución MDP y EP N°025.3013, emitida por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, que de acuerdo a la empresa demandante, vulneró institutos jurídicos como el de prescripción e irretroactividad de la Ley.

IV. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, que reviste las características de juicio ordinario de puro derecho, cuyo conocimiento y resolución de la controversia en única instancia, es de competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena, por mandato del art. 6 de la Ley N°620 de 31 de diciembre de 2014, en concordancia con los arts. 778 a 781 del Código de Procedimiento Civil, siendo el objeto de acuerdo a las circunstancias del reclamo conceder si corresponde o negar la tutela solicitada por los demandantes.

Cuestión Previa

En los mercados competitivos las empresas se ven impulsadas a ser cada vez más eficientes, innovadoras, productivas, inversoras y propositivas, sintiéndose alentadas a alcanzar fortalezas de eficiencias para convertirse así en competidores más fuertes y reconocidos en su actividad diaria.

En contraposición a esta actividad, se encuentran las prácticas y conductas anticompetitivas que impiden o restringen la competencia, o intentan desplazar a los competidores existentes en un mercado, esta práctica perniciosa perjudica en última instancia a los consumidores, las empresas y por supuesto los intereses de toda la sociedad. De ahí, que dichas conductas se encuentren prohibidas por la legislación de competencia, y se consideren como prácticas lesivas a la competencia; y por lo tanto, ilegales.

Una parte de estas prácticas o conductas, se enmarcan en lo que comúnmente se conoce como prácticas absolutas, las cuales pueden adoptar distintas modalidades conocidas también como acuerdos colusorios o carteles, configurándose como cualquier tipo de acuerdo, pacto o convenio entre agentes económicos competidores entre sí, a fin de manipular o fijar los precios u otras condiciones, limitando las cantidades de producción a ofrecer al mercado o repartirse el mercado.

Estas prácticas colusorias son consideradas como las más dañinas para la sana competencia, generando repercusiones perniciosas en el bienestar de los consumidores, coartando el buen funcionamiento del mercado, creando condiciones desfavorables en términos de precios, disponibilidad de bienes y servicios, y afectando los aspectos de calidad e innovación, siendo justificable desempeñar acciones de prevención y eliminación de dichas prácticas e imponer las respectivas sanciones y condiciones para los agentes económicos involucrados en tales conductas.

Del caso concreto

Sobre la prescripción y la aplicación retroactiva de la norma en conflicto

Con carácter previo a ingresar al análisis de estos puntos de la demanda, que serán desarrollados conjuntamente; es preciso recordar que, la demanda invoca la prescripción de la sanción y la aplicación del principio de irretroactividad, aspectos de forma que merecerán una respuesta, en ese ámbito, sin ingresar al fondo, reservado este análisis a otro acápite de la demanda.

Conforme a lo demandado, corresponde referirse inicialmente a lo previsto por el art. 7 del Reglamento de Regulación de la Competencia aprobado por la RM N°190, de 29 de mayo de 2008, que prescribe: "La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos años computables a partir de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N°2341. En el caso de hechos, actos u omisiones recurrentes o sucesivas, el plazo señalado se computará a partir de la fecha de la realización del último hecho, acto u omisión. La interrupción de la prescripción, tendrá lugar desde el momento en que la Superintendencia realice un acto administrativo que recaiga sobre las infracciones sometidas y sea puesto en conocimiento de/presunto infractor.

En ese contexto, el plazo de prescripción de una infracción administrativa, resulta ser el espacio temporal que dispone la Administración para desplegar sus potestades de policía fiscalizando y controlando e iniciar el oportuno procedimiento administrativo sancionador. Esta institución nunca deberá ser confundida con el plazo de caducidad, que responde al tiempo que dispone la Administración para tramitar el procedimiento administrativo sancionador (desde la fecha de inicio del proceso sancionador hasta la fecha de notificación de la resolución administrativa sancionadora). En ese contexto, podríamos decir, que la prescripción es a la infracción y/o sanción, lo que la caducidad es al procedimiento.

Resulta de interés para la decisión del caso establecer que, por seguridad jurídica, la totalidad de las infracciones tienen un plazo de prescripción, transcurrido el cual la Administración, en modo alguno podrá desplegar sus potestades sancionadoras. No obstante, corresponde centrarnos en las llamadas infracciones "de tracto continuado", es decir, aquellas que el acto infractor realiza constantemente (tracto sucesivo); en cuyo caso, el plazo de prescripción comienza a contarse desde la finalización del último acto que contravenga la normativa; es decir, la fecha a tener en cuenta para determinar la aplicabilidad de la norma -cómputo-, es aquella en la que se declara probado el último acto infractor.

El referido contexto normativo e interpretativo refleja que, el cómputo de la prescripción comienza a partir del momento de la materialización de hechos, actos u omisiones, entendiéndose que tal previsión normativa corresponde en su aplicación al caso de infracciones instantáneas y finalizadas; sin embargo, se verifica que la norma también

prevé el cómputo de la prescripción para hechos, actos u omisiones recurrentes o sucesivas; es decir, para el caso de infracciones de tracto sucesivo o con efectos continuados en el tiempo, como el caso de análisis, disponiendo que el cómputo para la prescripción, correrá a partir de la fecha de la realización del último hecho, acto u omisión. Ahora bien, el caso de análisis exige no solamente el análisis de la norma especial en controversia -art. 7 RM N°190-, formando también parte del análisis estructural e integral el instituto de la irretroactividad, también demandado por FANCESA S.A., en cuyo contexto se entiende a la irretroactividad de la ley como un principio que preserva los derechos y garantías individuales, es decir, es una consecuencia de la protección que el derecho debe al individuo en cuanto a su libertad personal, en cuanto a la seguridad y estabilidad de sus relaciones jurídicas y en cuanto a la confiabilidad que deban inspirar, aplicándose en un tiempo y espacio definido.

El caso que se trae a consideración y decisión de este Tribunal, viene aparentemente cargado de un conflicto de leyes en el tiempo, toda vez que la irretroactividad de la ley como un principio preservante de los derechos y garantías individuales, como consecuencia de la protección que el derecho otorga, en cuanto a la libertad personal, la estabilidad de las relaciones jurídicas y en cuanto a la seguridad jurídica, en ese contexto el art. 123 de la CPE que prevé; la ley solo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente.

En ese contexto, si bien es cierto que, la segunda parte del primer párrafo del art. 7 de la RM N°190 es aplicable a las infracciones de tracto continuado; es decir, aquellas en las que el acto infractor se realiza constantemente (tracto sucesivo), caso en, el que el plazo de prescripción comienza a contarse desde la finalización del último acto que contravenga la normativa; es decir, la fecha a tener en cuenta para determinar la aplicabilidad de la norma -cómputo-, es aquella en la que declara probado el último acto infractor.

Sin embargo, esta aplicación normativa -art. 7 RM N°190-, se ve limitada en su aplicación por el principio de irretroactividad previsto constitucionalmente en el art. 123 de la CPE, lo que implica que la aplicación del art. 7 de la RM N°190, se retrotrae a partir de la fecha de vigencia; es decir el 29 de mayo de 2008.

El art. 7 del Reglamento de Regulación de la Competencia aprobado por la RM N°190, de 29 de mayo de 2008, en concordancia con el art. 79 de la LPA aprobado por la Ley N°1341 (LPA), establece: "(Prescripción de Infracciones y Sanciones). Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley"

En ese sentido, corresponde examinar cuándo se inicia el cómputo del plazo de la prescripción de la infracción administrativa, conforme a normativa; sobre esta materia, la Ley de Procedimiento Administrativo y su reglamento (D.S. N°27113) muestra un vacío jurídico, respecto al cómputo, inicio de la prescripción, por ello es necesario recurrir por analogía al Código Civil, norma sustantiva que prevé en su art. 1493, que la prescripción comienza a correr desde que el derecho ha podido hacerse valer, consecuentemente, en aplicación del art. 79 de la LPA y art. 7 de la RM N°190, el cómputo de la prescripción correrá a partir del día que se configuran los elementos constitutivos de la infracción.

Previo al cómputo de la prescripción es preciso considerar, que la Resolución Administrativa Sancionatoria RA/AEMP/DTDCDN N°115/2012, tomó en cuenta en forma conjunta a las gestiones 2010 y 2011, periodo sancionable y punible conforme al periodo de fiscalización efectuado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas-AEMP.

En ese sentido, la Resolución Administrativa Sancionatoria RA/AEMP/DTDCDN N°115/2012, contempló la imposición de la infracción y sanción, a tres conductas anticompetitivas absolutas comprendidas en los incisos a), b) y c) del art. 10 del DS N°29519, tomando como fecha de la comisión del hecho ilícito, el día del labrado del Acta N°78, de la sesión de Directorio del Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (IBCH), celebrada el 21 de febrero de 2011, considerando a este acto como el último acto contraventor de la norma, base para la determinación de la infracción.

Asimismo, se constata que la Resolución Administrativa Sancionatoria RA/AEMP/DTDCDN N°115/2012, fue notificada al Asesor Legal de FANCESA S.A., el 30 de noviembre de 2012, tomándose consecuentemente esa fecha de notificación como fecha de interrupción de la prescripción.

Consecuentemente, del cómputo señalado se advierte que las infracciones imputadas por la AEMP a la empresa FANCESA S.A., consistentes en las tres conductas anticompetitivas absolutas comprendidas en los incisos a), b) y c) del art. 10 del DS N°29519, a la fecha de interrupción de la prescripción -30 de noviembre de 2012-, no prescribieron.

Prácticas anticompetitivas absolutas sancionadas por la AEMP

El Acta N°78 labrado en sesión de Directorio del Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (IBCH), celebrada el 21 de febrero de 2011, documento sobre el que la AEMP inició procedimiento sancionador, refiere lo siguiente "...considerando las dificultades de transporte, señaló que ITA CAMBA podría proveer cemento para Ready Mix y Concretec, a un precio mayor a fin de recuperar los altos costos de importación", asimismo, el procedimiento sancionatorio, se ampara en el párrafo séptimo del punto 2 del acta de referencia que señala lo siguiente: "e/ Lic. Iriarte indico que FANCESA está decidida a hacer una importación de Clinker y analizan diversas opciones. En este sentido, solicitó que ITACAMBA pueda establecer los costos que implicaría su propuesta para analizarlos"; texto que conjuntamente con toda la investigación realizada por la AEMP, formó convicción suficiente, para determinar la existencia de intercambio de información entre FANCESA y empresas cementeras rivales y competidores entre sí, a través del IBCH, con el objeto o efecto de elevar el precio de venta del cemento, aspecto que determinó que la AEMP establezca la comisión de prácticas anticompetitivas absolutas contenidas en el parágrafo I del art. 10 del DS N°29519.

En ese contexto, corresponde establecer que, las prácticas colusorias anticompetitivas absolutas se producen cuando dos o más agentes económicos se ponen de acuerdo expresa o tácitamente, para desplegar una conducta que tenga como objeto o efecto distorsionar el mercado, restringiendo, impidiendo o falseando la libre competencia. Es decir, se trata de conductas que involucran un comportamiento conjunto -como si fueran una sola-, que elimina la competencia efectiva entre ellas, obteniendo como resultado un beneficio económico, que puede ser reflejado en el caso de la fijación de precios. También estas prácticas colusorias pueden obstaculizar la permanencia de competidores relacionados o el ingreso de potenciales competidores entrantes en el mercado. De este modo, los agentes económicos concertadores obtienen beneficios económicos o estratégicos por motivos ajenos a una mayor eficiencia económica.

Analizados los argumentos centrales de la infracción y la sanción correspondiente, se advierte que la AEMP, luego de una amplia investigación y análisis, estableció la comisión de prácticas anticompetitivas absolutas colusorias a un conglomerado de empresas afines en la producción de cemento, determinando la imposición de la infracción a FANCESA, tomando para ello toda la investigación efectuada por la fiscalización de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas AEMP, que cursa en amplios informes técnicos jurídicos, cursantes en Anexos 1 a 3 de obrados, complementada esta información con las declaraciones del funcionario de FANCESA S.A., como a las consideraciones expresadas en el Acta N°78, que mostraban y configuraban prueba suficiente para demostrar la mencionada práctica anticompetitiva absoluta, prueba y hechos, que analizados a la luz de la verdad material tendientes a la demostración de la colusión entre los agentes económicos exigida como presupuesto de hecho de la norma.

Se considera que esta modalidad de práctica empresarial colusoria puede ser expresa o tácita, considerándose que la práctica anticompetitiva absoluta, es una actividad colusoria compleja que necesariamente debe ser probada y corroborada con elementos que acrediten tal acción, más aún si se considera que en la práctica imputada se encuentran como partícipe, varias empresas cementeras del país, advirtiéndose que en el caso de análisis las declaraciones del funcionario de FANCESA han sido tomadas como prueba expresa por la AEMP, como así también las consideraciones expresadas en la señalada Acta N°78, todo ello, concomitante a la investigación realizada por la AEMP, constituyendo prueba pertinente, que demuestra una conducta anticompetitiva absoluta que involucra a un cúmulo de empresas del ramo, considerándose estas pruebas conexas a un mismo hecho que establece la señalada práctica anticompetitiva sancionada por la AEMP, pruebas, que demuestran la colusión en la que incurrieron éstas empresas.

Por lo expuesto, este Tribunal evidencia que los argumentos de la demanda contenciosa administrativa, formulada por la empresa FANCESA S.A., contra la Resolución de Recurso Jerárquico MDP y EP N°025.3013 de 3 de septiembre de 2013, emitida por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural (MDPyEP), no han sido probados, correspondiendo sea declarada improbada y firme y subsistente la resolución impugnada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, en virtud de los fundamentos expuestos, declara IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa interpuesta por la Fábrica Nacional de Cemento S.A. (FANCESA), de fs. 73 a 83, contra el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural (MDPyEP), manteniendo firme y subsistente en todos sus extremos y contenido la Resolución MDP y EP N°025.2013 de 3 de septiembre de 2013.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural.

No interviene el magistrado Edwin Aguayo Arando, por encontrarse en comisión temporal, conforme a lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Relator: Magistrado Dr. Esteban Miranda Terán

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

20

Empresa Unipersonal "MUEBLETEKA" c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 14 a 33, interpuesta por la Empresa Unipersonal Muebleteka, representado por Juan Carlos Ardaya Veizaga, que impugna la Resolución de Recurso Jerárquico RJ 1777/2013 de 24 de septiembre, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria a.i. Ernesto R. Mariño Bórquez, respuesta a la demanda de fs. 91 a 95 vta.; no cursa réplica ni dúplica; los antecedentes del proceso y de la emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

Después de realizar una transcripción de antecedentes y en especial de los argumentos de la Resolución Jerárquica impugnada señala en relación a la fundamentación técnico jurídico de ésta, lo siguiente:

En el punto viii., que la Aduana Nacional asevera como resultado de la verificación física de la mercancía declarada en la DUI 2012/701-C-84235 de la importación de sierra, tienen códigos diferentes entre lo aforado y la misma documentación, pero nunca dijeron que esa documentación respaldaba otras mercancías diferentes a las sierras.

En el punto ix., la Aduana Nacional concluiría de manera fáctica y sin dudas, que el hecho de que las cajas y empaque contenían las sierras de carpintería no estaban marcadas ni estampadas con códigos de fábrica, demuestra que la DUI 2012/701C84235 "no contaba con documentación respaldatoria ya que existe contradicción entre lo aforado y lo verificado en el aforo físico". Esta transcripción, ratificaría la ilegalidad con la que actúa la Aduana, pues primero diría, sobre la mercancía, que no tiene códigos impresos, pero lo que nunca estuvo

en discusión fue el hecho de que siempre se trataron de sierras de carpintería, por lo que no se entendería a que contradicción existe entre lo aforado y lo verificado, máxime si se trató siempre de sierras de carpintería.

Que el procedimiento de Importación a Consumo, es la norma específica en el que la Aduana y los operadores de comercio exterior deben basarse, donde no indica la obligatoriedad de que la mercancía sujeta a despacho de importación contenga marcas y sellos, aspectos que más bien serán verificados en el aforo físico a efectos de valor y apropiación merceologica, por ende, el hecho de que cualquier mercancía importada no tenga sellos y códigos no lo convierte en contrabando además que su empresa se apega a lo establecido en el art. 2 de la Ley N°1990. A los puntos xv) xvi) y xvii), sobre las pruebas documentales ofrecidas, en relación al valor de las mercancías y con relación a los modelos enviados son meras fotocopias sin ningún valor, por lo que en base a este argumento afirma la existencia de contrabando contravencional. Sin embargo, tal documentación y en original fue enviada desde el proveedor vía DHL que desmorona la pretensión de la Aduana Nacional de querer reforzar una simple contravención por error de transcripción en la descripción comercial completa de la mercadería sujeta a despacho (sierras de carpintería) y distraer su atención hacia la supuesta comisión del ilícito de Contrabando Contravencional, máxime que en el recurso de alzada en aplicación del art. 81 del Código Tributario, solicitaron se reciba la prueba ofrecida previo juramento de reciente obtención, solicitud que nunca fue atendida por la AIT, en consecuencia, dicha prueba que desvirtúa las pretensiones de la Aduana no fue tomada en cuenta violentando el derecho a la defensa y al debido proceso amparados en la CPE.

Al punto xix), desconocerían porque no correspondería la sanción por contravención a incumplimiento a deberes formales, puesto que desde un principio ser tipificó la contravención por errores de transcripción en los modelos y códigos de la mercancía aforada, por una parte. Posteriormente deduce que por no haber demostrado su empresa la existencia de un despacho similar, se dio lugar a la confusión en origen sobre los códigos de la mercadería envidada, lo cual fue suficiente para calificar su conducta y adecuarla al contrabando contravencional. Lo cual demuestra la falta de asidero legal de las acusaciones que dieron lugar a la calificación de contrabando contravencional, sin entrar al fondo del análisis de la prueba aportada y presentada como de reciente obtención.

I.1. Petitorio.

En tal sentido pide, se dicte resolución revocando en todas sus partes la Resolución Sancionatoria AN-SCRZI-RS-120/2013.

II. Contestación a la demanda.

Señala que, de la compulsa de antecedentes se evidenció que el sujeto pasivo fue notificado en Secretaría de Cámara con el Acta de Intervención Contravencional GRSCZ-SCRZI-08/2013, que le otorgó conforme a ley el plazo de 3 días para la presentación de descargos a partir de su legal notificación, presentando como descargo la referida Acta de Intervención, notificándose posteriormente de la misma manera con la Resolución Sancionatoria. A partir de ello ya en la instancia de Alzada presentó certificaciones y correos electrónicos emitidos por HOLZMAN MASCHINEN, los que fueron objeto de valoración y análisis por la Administración Tributaria, evidenciado que la documentación aportada se encontraba en fotocopia simples, pudiendo ser corroborado de la revisión del Informe de 20 de febrero de 2013 y la fundamentación contenida en la Resolución Sancionatoria que entre

cosas señala que: "no han logrado desvirtuar las observaciones plasmadas en el Acta de Intervención, por lo tanto, conforme a los arts. 74,75,88 y 90 de la Ley 1990 (LGA) y110 del D5 25870 (RLGA), se arriba a la conclusión que dicha mercan& no se encuentra amparada con una DUI que respalde su legal importación". Lo cual pide tener presente en virtud del Principio de Verdad Material, y debido proceso, en sujeción a lo establecido por el art. 115 de la CPE.

Por otro lado, refiere que la presentación de pruebas, no cumplió con lo previsto en el art. 81 de la Ley N°2492, relativo a la apreciación, pertinencia y oportunidad, que de forma clara y objetiva establece los requisitos y/o reglas que se deben cumplir en la presentación de las mismas para que sean admitidas, dejando establecido, que las mismas no fueron cumplidas o infringidas por el ahora demandante. De lo que se establece que, si no concurren los presupuestos exigidos, opera la preclusión, razón por la cual la prueba aportada debe ser rechazada, ya que para ser apreciada deben cumplir con los requisitos ya señalados de pertinencia y oportunidad es decir las ofrecidas fuera de plazo, salvo que el contribuyente pruebe que la omisión en su presentación no fue por causa propia, presentándolas con juramento de reciente obtención, lo cual no fue cumplido por el demandante.

En cuanto a la interposición de la presente demanda y de su contenido, el demandante no expresa de manera clara ni precisa, cual es el objeto de observación con relación a la resolución emitida por esta instancia jerárquica, si bien refiere al art. 81 de la Ley N°2492, no menciona en qué medida y/o aspecto la AGIT hubiese incurrido en una incorrecta aplicación y comprensión de la ley, nótese que la amplia jurisprudencia señala que es obligación de las partes demostrar de forma precisa y objetiva, cómo la instancia jerárquica vulneró y no consideró sus pretensiones. Citando la Sentencia N°510/2013 de 27 de noviembre, emitida por el Tribunal Supremo de Justicia.

Por último, recalca que el demandante sólo realiza afirmaciones generales y no precisas, sin exponer razonamientos de carácter jurídico.

II.1. Petitorio.

En tal sentido, pide declarar improbada la demanda Contenciosa Administrativa interpuesta.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS PROCESALES.

1.- El 5 de noviembre de 2012, la Agencia Despachante de Aduana GULARH S.R.L., por cuenta de su comitente, Juan Carlos Ardaya Veizaga, validó y tramitó la DUI C86235, para la importación de sierras circulares M: HOLZMANN MOD:TS250 F, con un valor FOB de $us.3.800.-, que fue sorteada a canal rojo, acompañando la documentación soporte consistente en: 1) Factura Comercial No HK0305121-1 emitida por Holzmann China Limited; 2) Packing List N° HK03051201PL; 3) Parte de Recepción N°701 2012 548808; 4) Bill of Lading N° DUH120922; 5) Manifiesto de Carga MIC/DTA N°2012 539022; 6) Carta Porte Internacional por Carretera N° B/L CBB-B120922 y 7) Factura de Transporte de Mercancías Trans Kanata Ltda., N°3276.

El 20 de diciembre de 2012, la Administración Aduanera emitió y notificó la Diligencia Parte I N° AN-SCRZI-AR-379, en la que hace constar que del examen documental y/o reconocimiento físico de la mercancía consignada en la DUI C-86235, se generó duda razonable sobre el valor declarado, basado en factores de riesgo contenidos en el art. 49 de la Resolución 846 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), por precios ostensiblemente

bajos, solicitando al importador una explicación complementaria escrita y otras pruebas documentales que certifiquen que el valor declarado es el precio realmente pagado o por pagar de las mercancías, otorgando para su presentación tres (3) días.

El 24 de diciembre de 2012, la Administración Aduanera notificó a la Agencia Despachante de Aduana GULARH SRL con el Acta de Reconocimiento/Informe de Variación de Valor AN-SCRZI-AR-379, de 21 de diciembre de 2012; en el cual hace constar las siguientes observaciones: 1) Ratifica la observación realizada en la Diligencia N° AN-SCZI-AR-379, además rechaza el valor declarado por el importador determinándose un valor de sustitución de $us.44.000.-, en aplicación del método sexto de valoración aduanera o método del último recurso del Acuerdo del Valor de la OMC. 2) Pago de la multa por Contravenciones Aduanera en la suma total de UFVs1.00, por llenado incorrecto de la DUI C-86235 y la DAV, de acuerdo a lo establecido en la RD 01-017-09 Y 3) Durante el reconocimiento físico de la mercancía se observó que el modelo declarado es TS250 F y el aforo físico se observa que el modelo es FKS 305V-3200, correspondiendo elaborar el Acta de Intervención, añadiendo que la razón para el rechazo de los métodos de valoración del segundo al quinto, es que los precios disponibles para la determinación del valor de las mercancías técnicamente no cumplen con las condiciones requeridas para la aplicación de los métodos de sustitución. Además de la contravención aduanera y variación del valor, otorgándole veinte (20) días para la presentación de descargos.

El 11 de enero 2013, la empresa recurrente presentó una nota a la Administración Aduanera, sobre el error cometido por su proveedor Holzmann Maschinen Austria, al reemplazar el código FKS 305 VF-3200 por el TS 250S, máquinas fabricadas en China por su subsidiaria, adjuntando certificados y correos electrónicos emitidos por HOLZMANN MASCHINEN, aclarando que la confusión se debió a dos pedidos en envíos separados, asimismo, adjuntó certificaciones del precio y costo señalando que de manera anterior se han realizado varias nacionalizaciones sin ningún tipo de observación alguna.

El 30 de enero de 2013, la Administración Aduanera notificó en Secretaría a Juan Carlos Ardaya Veizaga, con el Acta de Intervención Contravencional GRSCZ-SCRZI-08/2013, de 25 de enero de 2013, en el cual concluye que la maquinaria declarada en la documentación de despacho no es la verificada en el aforo físico, existiendo diferencia en modelo y tipo; determinando por tributos omitidos 25.451,85 UFV; asimismo presume la comisión de contrabando contravencional tipificado según el inc.b) art.181 de la Ley N°2492, otorgando el plazo de tres (3) días para la presentación de descargos, computables a partir de su legal notificación.

El 4 de febrero de 2013, la empresa demandante presentó a la Administración Aduanera una nota como descargo a la referida Acta de Intervención, alegando que existió un error de origen en la facturación N° HK 0305121-1 emitida por Holzmann China Limited a MUEBLETEKA — SECAM y que la confusión se debió a que paralelamente se tramitó la recepción de dos contenedores independientes, de la misma empresa, pero de dos fábricas subsidiarias Austria y China.

El 20 de febrero de 2013, la Administración Aduanera emitió el Informe Técnico ANSCRZI-IN-685/2013, el cual señala que, del análisis técnico de la mercancía, del aforo físico así como de la verificación documental de la DUI C-86235, se 8 de 26 tiene que respecto a la mercancía declarada consiste en sierras circulares Marca: Holzmann, modelo T5250 F, existen diferencias entre lo declarado y lo encontrado durante la verificación física,

concluyendo que los documentos presentados como descargos no desvirtúan la conducta que se adecua a la comisión de contrabando contravencional y recomienda se emita la Resolución sancionatoria correspondiente.

El 27 de febrero de 2013, la Administración Aduanera notificó en secretaria al recurrente con la Resolución Sancionatoria N° AN-SCRZI-RS-120/2013 de 21 de febrero de 2013, en la cual resolvió declarar probado el contrabando contravencional, disponiendo el comiso definitivo de la mercancía, y su adjudicación a título gratuito y exentas del pago de tributos aduaneros en favor del Ministerio de la Presidencia, en aplicación de la Disposición Adicional Décima Quinta de la Ley N°317 de 11 de diciembre de 2012, que modifica el art. 192 de la Ley N°2492.

2.- Posteriormente, ante aquello, la empresa demandante interpuso recurso de alzada, emitiéndose la Resolución de Alzada ARIT-SCZ/RA 0495/2013 de 17 de junio, que confirma totalmente la Resolución Sancionatoria en Contrabando N° AN-SCRZI-RS120/2103 de 21 de febrero.

3.- Contra la resolución de revocatoria, Juan Carlos Ardaya Veizaga en representación de Muebleteka, interpuso recurso jerárquico, que fue resuelto mediante la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 1777/2013 de 24 de septiembre, que la confirma en todas sus partes.

IV. PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Que, del análisis del contenido de la demanda, se establece que el punto de controversia radica en determinar: la legalidad o no de la resolución impugnada, en lo referido a la tipificación de contrabando contravencional y valoración probatoria, acusada de inexistente.

V. ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL JURISPRUDENCIAL.

El Procedimiento Contencioso Administrativo, constituye garantía formal que beneficia al sujeto administrado librándolo del abuso de poder de los detentadores del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos para lograr el restablecimiento de sus derechos lesionados con la interposición, precisamente del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa. En consecuencia, corresponde a este Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por el demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por las instancias de impugnación. Conforme lo dispone el art. 109-1 de la Constitución Política del Estado, que señala que todos los derechos por ella reconocidos son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección, de su parte los arts. 115 y 1174 de la misma norma, garantiza el derecho al debido proceso que se constituye también en uno de los principios de la jurisdicción ordinaria conforme al mandato del art. 30-12 de la Ley del Órgano Judicial que señala: "...impone que toda persona tenga derecho a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido en disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar".

En la que además se busque la averiguación de la verdad material, trascendente para que el proceso conduzca a decisiones justas, en un Estado Social Constitucional de Derecho,

donde la solución de los conflictos, se basa en el establecimiento de la verdad como única garantía de la armonía social.

VI. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO.

En consideración de los antecedentes de la causa, se emite sentencia en los términos siguientes:

El art. 68-6), de la Ley N°2492 sobre los derechos de los contribuyentes, refiere al debido proceso y a conocer el estado de la tramitación de los procesos tributarios en lo que sea parte interesada a través del libre acceso a las actuaciones y documentación que respalde los cargos que se le formulen, ya sea en forma personal o a través de terceros autorizados, en los términos del presente Código, todo tipo de pruebas y alegatos que deberán ser tenido en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente Resolución.

A su vez el art. 76 referido a la carga de la prueba. En los procedimientos tributarios administrativos y jurisdiccionales quien pretenda hacer valer sus derechos deberá probar los hechos constitutivos de los mismos, Se entiende por ofrecida y presentada la prueba pro el sujeto pasivo o tercero responsable cuando estos señalen expresamente que se encuentran en poder de la Administración Tributaria.

El art. 90 indica que, en el caso de Contrabando el Acta de Intervención y la Resolución Determinativa, serán notificadas en Secretaría.

En esa línea el art. 148 señala que constituyen ilícitos tributarios las acciones u omisiones que violen normas tributarias materiales o formales, tipificados y sancionadas en el presente Código y demás disposiciones normativas tributarias. Los ilícitos tributarios se clasifican en contravenciones y delitos. Bajo este contexto el art. 181 refiere contrabando como aquel que b) Realiza tráfico de mercancías sin la documentación legal o infringiendo los requisitos esenciales exigidos por normas aduaneras o por disposiciones especiales.

Bajo ese contexto y de la compulsa documental efectuada se observa que el 5 de noviembre de 2012, la Agencia Despachante de Aduana GULARH SRL, por cuenta del recurrente, validó y tramitó la DUI 2012/701/C86235, para la importación de sierras circulares M: HOLZMANN MOD:TS250 F, con un valor FOB de $us.3.800.-, que fue sorteada a canal rojo, acompañando la documentación soporte consistente en: 1) Factura Comercial N° HK0305121-1 emitida por Holzmann China limited (fotocopia legalizada); 2) Packing List N° HK03051201PL (fotocopia con sello original); 3) Parte de Recepción N°701 2012 548808; 4) Carpeta de documentos RD 01-023-09 -1082196110176257); 5) Bill of Lading N° D11H120922 (original); 6) Factura de Transporte de Mercancías TRANS KANATA LTDA N°3276 (original) 7) Manifiesto de Carga MIC/DTA N°2012 539022 (fotocopia); 8) Carta Porte Internacional por Carretera N° B/L CBB-B120922; 9) Número de Identificación Tributaria NIT 3807438014; 10) Cédula de Identidad N°3807438, consiguientemente, la Administración Aduanera el 20 de diciembre de 2012, notificó al Declarante o importador con la Diligencia Parte I N° AN-SCRZI-AR-379, en la que hace constar que del examen documental y/o reconocimiento físico de la mercancía consignada en la DUI C 86235, se generó duda razonable sobre el valor declarado, basado en factores de riesgo contenidos en el art. 49 de la Resolución 846 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), por precios ostensiblemente bajos, solicitando al importador una explicación complementaria escrita y otras pruebas documentales que certifiquen que el valor declarado es el precio realmente pagado o por

pagar de las mercancías otorgando tres (3) días a partir de la notificación para la presentación de pruebas. Continuando con la revisión el 21 de diciembre de 2012, la Administración Aduanera emitió el Acta de Reconocimiento/Informe de Variación de Valor AN-SCRZI-AR379, misma que fue notificada a la Agencia Despachante de Aduana GULARH SRL; en el cual hace constar las siguientes observaciones: 1) que examinada la documentación que acompaña la DUI C-86235 se ha determinado una duda razonable referida al valor declarado; o mercancías provenientes de Zona Franca o Zona Franca Comercial, asimismo, se rechaza el valor declarado por el importador determinándose un valor de sustitución a consecuencia de que el mismo no ha presentado documentación o información sustentatoria complementaria en el plazo establecido, 2) Pago del total UFVs1000 de Multas por Contravenciones Aduaneras de llenado incorrecto en la DUI C 86235 y la DAV, de acuerdo a lo establecido en la RD 01- 017- 09 y 3) durante el reconocimiento físico de la mercancía se observó que el modelo declarado es TS250 F y del aforo físico se observa que el modelo es FKS 305V-3200 por lo que corresponde elaborar el Acta de Intervención, otorgándole veinte (20) días para la presentación de descargos, en consecuencia la empresa recurrente el 11 de enero 2013, mediante nota aclara el error al reemplazar el código FKS 305 VF-3200 por el TS 250S adjuntando, certificados y correos electrónicos emitidos por HOLZMANN MASCHINEN en consideración a que MUEBLETEKA—SECAM realizó paralelamente dos pedidos en envíos separados, asimismo, adjunta certificaciones del precio y costo señalando que de manera anterior se han realizado varias nacionalizaciones sin ningún tipo de observación o irregularidad.

Sobre el particular, el art. 148 de la Ley 2492 (CTB), señala que constituyen ilícitos tributarios las acciones u omisiones que violen normas tributarias materiales o formales, tipificadas y sancionadas en el citado Código y demás disposiciones normativas tributarias, y que los ilícitos tributarios se clasifican en contravenciones y delitos. Por su parte, el art. 160, numeral 4, de la citada Ley, comprende al contrabando, entre las contravenciones tributarias, cuando la cuantía de los tributos omitidos, se refiere al último párrafo del art. 181 de la Ley 2492. En este orden, el art. 181 de la Ley 2492, establece que comete contrabando, el que realice tráfico de mercancías sin la documentación legal o infringiendo los requisitos esenciales exigidos por normas aduaneras o por disposiciones especiales, entre otras, cuya normativa de acuerdo a lo que enseña la doctrina, refiere a que en el contrabando, el bien jurídico protegido es el adecuado ejercicio de la función aduanera de control sobre la introducción y extracción de mercancías respecto de los territorios aduaneros. Por otra parte, en cuanto a las formalidades que deben cumplirse durante una importación, el art. 66 parágrafo I de la Ley 1990, señala que en el documento de transporte (Manifiesto Internacional de Carga-MIC), se considerará que una mercancía no fue declarada cuando: a) la cantidad existente sea superior a la declarada; b) se hubiera omitido la descripción de la mercancía; o c) dicha mercancía no se relaciona con el Manifiesto Internacional de Carga; estando sujetos al procedimiento y sanciones previstos en la Ley. Dichas formalidades se exigen, considerando que según lo previsto en los arts. 74 y 75 de la Ley 1990, el despacho aduanero al ser documental, debe iniciarse y formalizarse mediante la presentación de una Declaración de Mercancías ante la Aduana de destino, acompañando la documentación indispensable para su tramitación; es decir, aquella descrita y detallada en el art. 111 del DS 25870 (RLGA), debiendo dicha declaración contener por lo menos: la identificación de las mercancías y su origen; el valor aduanero y su posición arancelaria; la individualización del consignante y consignatario; el Régimen Aduanero al que se someten; la Liquidación de los

tributos aduaneros, cuando corresponda, entre otros. Asimismo, el art. 101 del DS 25870 (RLGA) modificado por el parágrafo II del art. 2 del DS 784 de 2 de febrero de 2011, establece que una vez aceptada la declaración de mercancías por la Administración Aduanera, el declarante o Despachante de Aduana, asumirán responsabilidad sobre la veracidad y exactitud de los datos consignados en ella; siendo completa, cuando contenga todos los datos requeridos por las disposiciones vigentes; correcta, cuando los datos requeridos se encuentren libres de errores de llenado, tales como tachaduras, enmiendas, borrones u otros defectos que inhabiliten su aceptación y exacta, cuando los datos contenidos en ella correspondan en todos sus términos a la documentación de respaldo de las mercancías o al examen previo de las mismas.

En tal sentido como se manifestó anteriormente, la DUI C-86235, relativa al caso una vez sometida al aforo físico y generada el Acta de Intervención por contrabando contravencional, se constató que en respuesta mediante nota aclara el error al reemplazar el código FKS 305 VF-3200 por el TS 250S adjuntando certificados y correos electrónicos emitidos por HOLZMANN MASCHINEN en consideración a que MUEBLETEKA—SECAM habría realizado paralelamente dos pedidos en envíos separados, asimismo que anteriormente se han realizado varias nacionalizaciones sin ningún tipo de observación o irregularidad; dichos argumentos y documentos evaluados 24 de 26 mediante el Informe Técnico AN-SCRZI-IN-685/2013 de 20 de febrero de 2013, no desvirtúan la conducta que se adecua a la comisión de contrabando contravencional, ya que se encuentra comprobado que la DUI C-86235 presentada a la Administración Aduanera el 5 de diciembre de 2012, detalla: "sierras circulares M: HOLZMANN MOD:TS250 F", y que como se puede apreciar en las fotografías cursantes a fs. 22-26 producto del aforo físico la mercancía arribada describe un código con modelo FKS 305 VF-3200, correspondientes a sierras a tabla aspecto que nunca fue enervado, más al contrario reconocido de forma ligera, cuando afirma el demandante que al final se trataban del sierras de carpintería.

Con relación al argumento de la empresa de no haber sido considerada su prueba, tanto en instancia administrativa como en esta instancia recursiva, no existió acreditación alguna de una importación paralela que denote los errores alegados en su Recurso de Jerárquico, ya que si bien la empresa recurrente presentó documentos consistentes en certificaciones y correos electrónicos emitidos por HOLZMANN MASCHINEN, pese a encontrarse en fotocopias simples fueron analizados por la Administración Aduanera, según se detalla en el Informe de 20 de febrero de 2013 y la fundamentación contenida en el acto impugnado, es evidente que contiene una valoración de ellos y no han logrado desvirtuar las observaciones plasmadas en el Acta de Intervención; por lo tanto, conforme a los arts. 74, 75, 88 y 90 de _la Ley 1990 (LGA) y 110 del DS 25870 (RLGA), se arriba a la conclusión que dicha mercancía no se encuentra amparada con una DUI que respalde su legal importación.

En cuanto al agravio de que la documentación aportada como prueba de reciente obtención fue desconocida, de la lectura del recuso jerárquico interpuesto y que dio origen a la resolución ahora judicializada, no se evidencia que este reclamo haya sido objeto de algún punto de su recurso (el que si fue atendido en la resolución de alzada) por ende, la repetida resolución jerárquica no manifestó nada al respecto.

Consecuentemente siendo los argumentos de esta resolución final los que se traen en discusión a este proceso, consecuentemente sobre que argumento al respecto se podría

ejercitar el control de legalidad; no correspondiendo mayor pronunciamiento sobre este reclamo.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los artículos 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014 y los artículos 778 al 781 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contencioso administrativa de fs. 4 a 33, interpuesta por la Empresa Unipersonal Muebleteka, representado por Juan Carlos Ardaya Veizaga, en consecuencia mantiene firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico R3 1777/2013 de 24 de septiembre, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria a.i.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada, con nota de atención.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando el encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013,

Relator: Magistrada Dra. María Cristina Díaz Sosa

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

21

Fondo Financiero Privado FASSIL S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs.13 a 17, interpuesta por Jorge Zamora Tardío en representación legal de la firma Fondo Financiero Privado S.A. "FASSIL SA", que impugna la Resolución Administrativa RA N° DGE/DEN/J-065NN/2013 de 13 de septiembre, pronunciada por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI), el decreto de admisión de fs. 79; la respuesta de fs. 96 a 100 vta., el proveído que declaró la renuncia al derecho de la dúplica y Autos para Sentencia de fs. 131; la Resolución N°3/2017 de 6 de junio, que dispuso la Consulta e Interpretación Prejudicial ante la Comunidad Andina de Naciones (CAN) de fs. 135 a 136; la Interpretación Prejudicial remitida por la Comunidad Andina de Naciones (CAN) de fs. 139 a 145; los antecedentes procesales y los de emisión de la Resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de Hecho.

Que, Jorge Zamora Tardío, en representación legal de la firma Fondo Financiero Privado (FASSIL SA), en virtud al Testimonio de Poder N°125/2014 de 5 de abril (fs. 21 a 24), se apersona por memorial de fs. 13 a 17, manifestando que al amparo de los arts. 778 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (CPC), así como del art. 70 de la Ley N°2341, formula demanda contencioso administrativa en contra de la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-065NN/2013 de 13 de septiembre, emitida por el SENAPI.

Señala que, el 26 de octubre de 2011 solicitó el registro de la marca "DEPÓSITO VERDE" para proteger: "Seguros, negocios financieros, negocios monetarios, negocios inmobiliarios, comprendidos en la clase 36 de la Clasificación Internacional en vigencia", a nombre de Fondo Financiero Privado FASSIL SA y publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia N°340, bajo el número 150929, solicitud que fue denegada por Resolución Administrativa N°470/2012, documento administrativo que fue debidamente notificado a la entidad solicitante, siendo esta determinación confirmada por la Autoridad que resolvió el recurso de revocatoria y confirmada totalmente en la instancia jerárquica.

I.2. Fundamentos de la Demanda.

La entidad demandante señala que la Decisión 486 Régimen Común de la Propiedad Industrial, constituye el marco normativo destinado a amparar la protección de la propiedad industrial en cada País Miembro de la Comunidad Andina (CA), de la Organización Mundial

de Comercio y del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, y que el art. 136 de la mencionada Resolución establece claramente las causales de irregistrabilidad de una marca, por ello refiere que, la concesión del registro de la marca “DEPÓSITO VERDE", Clase Internacional 36 no incurre en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en el art. 136 de la Decisión 486 ya que no existe conexión competitiva alguna con la marca TARJETA VERDE 1. Int. 36 la cual funda la denegatoria de la solicitud de registro presentada; pide que, se debe tomar en cuenta que los servicios que protege la solicitud de registro de la marca 'DEPÓSITO VERDE" están limitados a: "seguros; negocios financieros; negocios monetarios; negocios inmobiliarios, comprendidos en la clase 36 de la clasificación internacional en vigencia".

Manifiesta que, la marca TARJETA VERDE, sobre la cual la Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°470/2012 fundó la denegatoria de la marca solicitada, distingue servicios comprendidos en la clase internacional 36 como ser: "negocios financieros (financiamiento a negocios con rendimiento ambiental y financiero positivo) apoyo a iniciativas empresas e instituciones que promueven la conservación de los recursos naturales y aportan soluciones tecnológicas eco-eficientes". Sobre el punto refiere que, de las interpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la conexión competitiva, se puede evidenciar que conforme al principio de especialidad con la limitación de servicios queda eliminada toda conexión competitiva posible entre los servicios que ambas marcas protegen o pretenden proteger, en consecuencia, ambas marcas pueden coexistir. En las sentencias 5-IP2012 Y 63-IP-2005, entre otras emitidas por el Tribunal Andino se ha señalado lo siguiente: "En relación con lo mencionado, el Tribunal ha establecido algunos de los siguientes criterios y factores de análisis para definir la conexión competitiva entre los productos que también pueden ser utilizados para servicios: a) La inclusión de los productos en una misma clase del nomenclátor; b) Canales de comercialización; c) Similares medios de publicidad; d) Relación o vinculación entre productos; e) Uso conjunto o complementario de productos; y I) Mismo género de los productos". En el caso, afirma evidenciar que al estar limitados los servicios que protegen las marcas "DEPÓSITO VERDE" y "TARJETA VERDE", queda eliminada la conexión competitiva y por tanto es viable la coexistencia de ambas marcas.

Asimismo, menciona las razones por las que los servicios de las marcas DEPÓSITO VERDE y TARJETA VERDE, no son confundibles, en las siguientes:

a) Si bien los productos de las marcas DEPÓSITO VERDE y TARJETA VERDE se encuentran en la misma clase internacional 36, ambos están limitados y no abarcan toda la clase; TARJETA VERDE distingue: "negocios financieros (financiamiento a negocios con rendimiento ambiental y financiero positivo), apoyo a iniciativas empresas e instituciones que promueven la conservación de los recursos naturales y aportan soluciones tecnológicas ecoeficientes".

Es decir que son servicios vinculados al giro de FONDO VERDE titular de la marca. FONDO VERDE no es intermediaria financiera, no capta ni puede captar recursos del público para depósitos en cuenta corriente, a plazo fijo o caja de ahorro como tampoco pueden colocar estos recursos en créditos a corto, mediano y largo plazo.

b) El público consumidor de cada una de las marcas es muy distinto; DEPÓSITO VERDE estará destinada al público interesado en ahorrar o tener en depósito seguro su dinero; en tanto que, TARJETA VERDE no es un servicio que se comercialice u oferte al

público para ahorrar o depositar dinero, sino para financiamiento a negocios con rendimiento ambiental y financiero positivo apoyo a iniciativas empresas e instituciones que promueven la conservación de los recursos naturales y aportan soluciones tecnológicas eco-eficientes".

c) DEPÓSITO VERDE distingue servicios de intermediación financiera en los que se realiza captación de dinero del público, en tanto que TARJETA VERDE distingue servicios de financiamiento.

Por las razones expuestas considera que, puede aseverarse que ambas marcas: 1. No tienen los mismos canales de comercialización; 2. Sus medios de publicidad son distintos como también el público consumidor a los que van dirigidos; 3. Los servicios que distinguen no están vinculados; 4. Los servicios que distinguen tampoco se utilizan de modo complementario; y 5. Si bien están en la misma clase 36, no pertenecen al mismo género, TARJETA VERDE está directamente vinculada al financiamiento crediticio de proyectos medioambientales, mientras que la marca DEPÓSITO VERDE es un servicio de captación de dinero y depósito; en consecuencia, los servicios que distingue la marca TARJETA VERDE de FONDO VERDE, no tienen conexión competitiva con los servicios que se pretende proteger con la marca DEPÓSITO VERDE de FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., por lo tanto, ambas marcas no se encuentran en conexión competitiva y conforme al principio de especialidad no aplica ninguna causa de irregistrabilidad dispuesta en el art. 136 de la Decisión 496 de la CA.

I.3. Petitorio.

Concluye solicitando que se declare probada la demanda y se revoque la Resolución impugnada DGE/OPO/J-065NN/2013, en mérito se ordene a la entidad demandada SENAPI conceder el registro de la marca solicitada.

II. CONTESTACIÓN LA DEMANDA.

Previamente a la contestación, por providencia de fs. 79 se admitió la demanda contenciosa administrativa en la vía ordinaria de puro derecho, corriéndose en traslado a la autoridad demandada para que responda en el término de ley más el que corresponda en razón de la distancia, ordenando asimismo que remita los antecedentes que dieron lugar a la emisión de la resolución impugnada. Por otra parte, a efecto de la citación y emplazamiento a la autoridad demandada, se ordenó que la misma deberá ser citada mediante provisión citatoria, cuyo cumplimiento se encomendó a través de la Presidencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

Presentado el memorial de contestación a la demanda de fs. 96 a 100 vta., se tuvo apersonada a Jhilda Gabriela Murillo Zarate en representación legal del SENAPI, en virtud de la Resolución Ministerial N°190.2012 de 26 de octubre (fs. 94 a 95) y teniéndose por respondida la demanda en forma negativa, con los siguientes argumentos:

En el memorial de contestación negativa a la demanda, la autoridad demandada señala que, de la revisión de antecedentes, se tiene que la marca registrada TARJETA VERDE es una marca mixta en virtud de que se compone de un elemento denominativo y un elemento gráfico (diseño particular de letras y diseño de una figura a manera de hoja en la parte posterior); sin embargo, al efectuar el cotejo de estas marcas se debe identificar cuál de estos elementos prevalece y tiene mayor influencia en la mente del consumidor, si el denominativo o el gráfico, por ello, dice haberse evidenciado que la marca TARJETA VERDE

posee como elemento predominante el denominativo compuesto por las palabras “TARJETA VERDE", por ser ésta la característica distintiva más importante del signo registrado.

Continúa manifestando que, la marca solicitada “DEPÓSITO VERDE" se constituye en una marca denominativa, las cuáles son conocidas como nominales o verbales, toda vez que en su estructura se utilizan expresiones acústicas o fonéticas, en este caso formadas por dos términos, que integran un conjunto o un todo pronunciable y que pueden o no tener significado conceptual, por lo que nuevamente aclara que el término TARJETA es un elemento débil y evocativo dentro de la clase 36 internacional, relacionado con servicios financieros que emplean este medio, y DEPÓSITO, se constituye en un término genérico dentro de la clase 36 internacional, por lo que ninguno de éstos términos es de monopolio exclusivo y corresponde su exclusión dentro del análisis de cotejo, por lo que de acuerdo a las reglas de cotejo marcario determinados por la doctrina, se tiene lo siguiente: Regla 1.- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas, de ahí se tiene la similitud ortográfica, la similitud fonética y la similitud ideológica; Regla 2.- Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente, Regla 3.- Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas; y la Regla 4.- Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

Señala también que, antes de analizar la conexión competitiva que existe entre los signos en conflicto y reiterando lo argumentado en la Resolución Administrativa ahora impugnada, se tenga presente lo dispuesto por el Tribunal Andino en el proceso 22-IP-2007.

Finaliza indicando que de todo lo analizado y lo expuesto, se concluye la evidente existencia de conexión competitiva de servicios entre los signos en conflicto, donde además el consumidor medio asumiría que ambos servicios provienen de un mismo origen empresarial. Sobre el riesgo de confusión, se debe considerar distintos supuestos, entre varios signos y los productos o servicios que cada uno de ellos ampara, que serían los siguientes: (i) que exista identidad entre los signos en disputa y también entre los productos o servicios distinguidos por ellos; (ii) o identidad entre los signos y semejanza entre los productos o servicios, (iii) o semejanza entre los signos e identidad entre los productos y servicios, (iv) o semejanza entre aquéllos y también semejanza entre éstos. En consecuencia y del cotejo marcario realizado, evidencia que por las similitudes ortográficas y fonéticas entre TARJETA VERDE marca previamente registrada y DEPÓSITO VERDE del solicitante, se cumplen los supuestos esenciales para originar un riesgo de confusión, haciendo que la marca solicitada no pueda coexistir pacíficamente con la marca registrada, en consecuencia, la marca solicitada se halla inmersa dentro de la causal de irregistrabilidad establecida en el art. 136 inciso a) de la Decisión 486 de la CAN.

II.3. Petitorio.

Solicita se dicte sentencia rechazando la demanda y confirmando la Resolución Administrativa Jerárquica impugnada.

II.4. En el curso del trámite, se dio cumplimiento al procedimiento de puro

derecho señalado por los arts. 781 y 354.11 y III del CPC.

III. CONSULTA PREJUDICIAL.

Dando cumplimiento a la normativa de la CAN, este Tribunal mediante Resolución N°3/2017 de 6 de junio, dispuso se solicite dentro del presente caso la Interpretación

Prejudicial del art. 136 inc. a) de la Decisión 486 "Régimen Común sobre Propiedad Industrial" ante el Tribunal de Justicia de la CAN, específicamente interpretación para determinar; si el signo DEPÓSITO VERDE (denominativo) solicitado a registro para distinguir servicios de la Clase 36 de la Clasificación Internacional de Niza, resultarían confundibles con la marca TERJETA VERDE (mixta), registrada previamente para distinguir servicios de la misma clase.

Cumplida la consulta, el Tribunal el Justicia de la Comunidad Andina remitió a este Tribunal la Interpretación Prejudicial signado con el N° de Proceso 396-IP-2018 de 3 de diciembre de 2018, cursante en el expediente a fs. 139144 vta., en cuya base se resolverá la presente demanda contencioso administrativa interpuesta por FASSIL SA en contra del SENAPI.

IV. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS RELATIVOS A LA DEMANDA.

Continuando con el trámite del proceso, se advierte que la parte demandante, presentó el memorial de réplica que cursa de fs. 124 a 126 vta.; sin embargo, se advierte que el SENAPI no hizo uso de su derecho a la dúplica, en virtud de lo cual, por providencia de fs. 131, siendo el estado de la causa, así como no habiendo más que tramitar, se decretó "autos para sentencia".

Que el procedimiento Contencioso Administrativo, constituye una garantía formal que beneficia al sujeto administrado en el ejercicio del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos, logrando el restablecimiento de los derechos lesionados con la interposición del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa.

En este marco legal, el art. 778 del Código de Procedimiento Civil, establece que "El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado".

Que así establecida la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, en relación con los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, reconocida la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena para la resolución de la controversia, por la naturaleza del procedimiento contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, cuyo objeto es conceder o negar la tutela solicitada por la demandante, teniéndose presente que el trámite en la fase administrativa se agotó en todas sus instancias con la resolución del recurso jerárquico, corresponde a este Supremo Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por la parte demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual.

En el desarrollo del proceso en sede administrativa, se cumplieron las siguientes fases, hasta su agotamiento, de cuya revisión se evidencia:

IV.1.- Que, el Fondo Financiero Privado FASSIL S.A., mediante memorial de 26 de octubre de 2011, solicitó a la Dirección de Propiedad Industrial dependiente del SENAPI (fs. 34 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), el registro de la marca "DEPÓSITO

VERDE" Clase Internacional 36; en atención a dicha solicitud, el Director de Propiedad Industrial dependiente del SENAPI mediante Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°470/2012 de 16 de octubre (fs. 36 a 38 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), resolvió denegar la solicitud de registro del signo distintivo 'DEPÓSITO VERDE" (Denominativa) en la clase 36 de la Clasificación Internacional.

IV.2.- Que, en conocimiento de dicha determinación la entidad solicitante mediante memorial de 24 de enero de 2013 interpuso en su contra, recurso de revocatoria (fs. 40 a 42 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), el cual es resuelto a través de la Resolución Administrativa REV-SD-N°105/2013 de 25 de febrero (fs. 49 a 52 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), rechazando el recurso de revocatoria interpuesto por FASSIL SA.

IV3.- Que, contra esta última resolución, el Fondo Financiero Privado FASSIL S.A., interpuso recurso jerárquico (fs. 54 a 56 vta. del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), resuelto por el SENAPI, mediante la Resolución Administrativa N' DGE/DEN/J-065NN/2013 de 13 de septiembre (fs. 70 a 79 del Anexo 1 de los antecedentes administrativos), resolviendo rechazar el recurso jerárquico interpuesto por la firma FASSIL SA, en consecuencia, confirmó de forma total la Resolución Administrativa REV-SD-N°105/2013, acto administrativo que dio lugar al presente proceso contencioso administrativo.

V. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

De los antecedentes del proceso, la fundamentación de derecho y reconocida como se encuentra la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena, para la resolución de la controversia, tomando en cuenta la naturaleza del proceso contencioso administrativo, que reviste las características de juicio de puro derecho, donde el Tribunal analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos, en este caso, por la parte demandante, corresponde realizar el control de legalidad sobre los actos ejercidos por las instancias de impugnación, así como de la Dirección de propiedad Industrial del SENAPI.

En cuya consecuencia, en la exposición de la demanda al existir denuncia de vulneración de normas legales constitucionales, administrativas y las contenidas en la Decisión 486 de la CAN, corresponde su análisis y consideración, estableciendo que el objeto de la controversia se refiere a determinar:

Si el SENAPI al confirmar la denegatoria de la solicitud de registro del signo distintivo "DEPÓSITO VERDE", aplicó correctamente las normas de la Decisión 486, sobre cuya legalidad corresponde pronunciarse a este Tribunal Supremo, adoptando la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que a criterio de la parte demandante dicho registro debe concederse.

VI. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

VI.1. Establecidos los antecedentes, en estricta congruencia entre la pretensión deducida, la resolución impugnada y la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, este Tribunal Supremo de Justicia considera lo siguiente:

El artículo 136 literal a) de la Decisión 486 de 14 de diciembre de 2000, expedida por la Comisión de la Comunidad Andina, establece: "No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectarán indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

a) Sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riego de confusión o de asociación".

Esta disposición manda que no es registrable un signo que sea idéntico o similar a otro signo registrado o solicitado con anterioridad por un tercero, porque en dichas condiciones carece de fuerza distintiva extrínseca. Los signos no son distintivos extrínsecamente cuando puedan generar riesgo de confusión (directa o indirecta) y/o riesgo de asociación en el público consumidor. En el caso de autos, la firma Fondo Financiero Privado FASSIL S.A., representada legalmente por Pilar Soruco Etcheverry, solicitó el registro del signo "DEPÓSITO VERDE", SM-05694-2011 de 26 de octubre, con publicación N°150929, que pretende distinguir servicios en la Clase Int. 36 "Seguros, negocios financieros, negocios monetarios, negocios inmobiliarios, comprendidos en la clase 36 de la Clasificación Internacional en vigencia".

El registro previo, base de la denegatoria de oficio, corresponde a la firma FONDO VERDE, titular del derecho de uso exclusivo de la marca "TARJETA VERDE" (Mixta) con Registro N°124266-C de 29 de noviembre de 2010, que distingue a servicios en la Clase Int. 36 "Negocios financieros (financiamiento a negocios con rendimiento ambiental y financiero positivo), apoyo a iniciativas, empresas e instituciones que promueven la conservación de los recursos naturales y aportan soluciones tecnológicas eco-eficientes".

Así relacionados los hechos suscitados en sede administrativa, corresponde resolver la controversia, indicando que el fundamento legal en base a la cual el SENAPI denegó la solicitud de registro de la marca 'DEPÓSITO VERDE" (denominación) Clase 36 de la Clasificación Internacional de la firma Fondo Financiero Privado FASSIL S.A., fue que la marca solicitada se encontraba dentro de las causales de irregistrabilidad establecidas en el art. 136, inc. a) de la Decisión 486 del Tribunal de Justicia de la CA; así entonces, para verificar la conclusión determinada por la entidad demandada, es necesario establecer si la marca cuyo registro fue solicitado cumplía los requisitos para tal efecto, aplicando los parámetros establecidos en la interpretación prejudicial efectuada en el presente caso por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a requerimiento de este Tribunal.

En ese entendido y en base al art. 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, el Tribunal Andino de Justicia ha definido la marca como: "un bien inmaterial constituido por un signo conformado por palabras o combinación de palabras, imagines, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos, sonidos, olores, letras, números, color determinado por su forma o combinación decolores, forma de productos, sus envases o envolturas y otros elementos de soporte, individual o conjuntamente estructurados que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie, seleccione y adquiera sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio" (Proceso 144-IP-2014), disposición en la que se enumera los signos que pueden constituir marca: a) las palabras o combinación de palabras; b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; c) los sonidos y los olores; d) las letras y los números; e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; f) la forma de los productos,

sus envases o envolturas; g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.

Asimismo, de lo mencionado se puede establecer que los requisitos para el registro de una determinada marca son: a) La susceptibilidad de representación gráfica; entendida como la aptitud que tiene un signo de ser descrito o reproducido en palabras, imágenes, formulas u otros soportes, en síntesis algo perceptible de ser captado por el público consumidor; y b) La distintividad, que es la capacidad que tiene un signo para individualizar, identificar y diferenciar en el mercado los productos o servicios, haciendo posible que el consumidor o usuario los seleccione, este requisito constituye el presupuesto indispensable para identificar el origen empresarial, la calidad del producto o servicio, sin riesgo de confusión y asociación. Esta a su vez se divide en: Distintividad Intrínseca y Extrínseca; la primera, que es la aptitud del signo para identificar e individualizar los productos sin confundirse con él o con sus propiedades o características, en cambio la segunda, se refiere a su no confundibilidad con otros signos previamente solicitados o registrados por terceros.

De la revisión de antecedentes, se tiene que la Resolución Administrativa DPI/ SD/Denegatoria-N°470/2012, evidenció la existencia de una marca previamente registrada denominada 'TARJETA VERDE" (Mixta), y que se compone de un elemento denominativo y un elemento gráfico, y que la marca solicitada 'DEPÓSITO VERDE" se constituye en una marca denominativa, las cuales son conocidas como nominales o verbales, toda vez que en su estructura se utilizan expresiones acústicas o fonéticas, en este caso formadas por dos términos, que integran un conjunto o un todo pronunciable y que pueden o no tener significado conceptual, que vendría a constituir la distintividad extrínseca, por lo cual estableció que la marca solicitada carece de la suficiente capacidad distintiva, en virtud de inducir en riegos de confusión directa o indirecta con la marca previamente registrada como 'TARJETA VERDE", ya que no posee fuerza distintiva y de permitirse su registro se estaría atentando contra el interés del titular de la marca anteriormente registrada, así como el de los consumidores. Es así que dicha prohibición, contribuye a que el mercado de productos y servicios se desarrolle con transparencia y, como efecto, que el consumidor no incurra en error al realizar la elección de los productos o servicios.

En ese marco, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la interpretación prejudicial emitida recomendó la verificación de los siguientes puntos: 1. Irregistrabilidad de signos por identidad o similitud. Riesgo de confusión directa e indirecta y de asociación. Similitud ortográfica, fonética, conceptual o ideológica y gráfica o figurativa. Reglas para realizar el cotejo de signos distintivos. 2. Comparación entre signos mixtos y denominativos. 3. Conexión entre servicios de la Clasificación Internacional de Niza.

En autos, siendo que en la presente demanda se discute si el signo DEPÓSITO VERDE (denominativo) y la marca TARJETA VERDE (mixta) son confundibles o no, corresponde analizar el art. 36 inc. a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, concretamente en lo referente a la causal de irregistrabilidad, cuyo tenor ya fue descrito en el segundo párrafo del presente punto. De la disposición citada, se entiende que no es registrable un signo que sea idéntico o similar a otro signo registrado o solicitado con anterioridad por un tercero, porque en dichas condiciones carece de fuerza distintiva; asimismo, los signos no son distintivos extrínsecamente cuando puedan generar riesgo de confusión (directa o indirecta) y/o riesgo de asociación en el público consumidor.

1. En esa línea, se deberá examinar si entre los signos confrontados existe identidad o semejanza, para luego determinar si esto es capaz de generar riesgo de confusión o de asociación en el público consumidor, teniendo en cuenta que la similitud puede ser ortográfica, fonética, conceptual o ideológica y gráfica y figurativa; en el caso, la marca solicitada para registro (DEPÓSITO VERDE - denominativo), en relación a la marca o signo registrado (TARJETA VERDE - mixto), no son semejantes desde el punto de vista de su configuración y las terminaciones comunes, ni fonéticamente respecto al sonido de los signos, ambos denotan conceptual e ideológicamente una acción o idea diferente; asimismo, el signo TARJETA VERDE al ser de configuración mixta, tiene un elemento gráfico que lo distingue; consiguientemente, desde esta perspectiva legal entre los signos en conflicto no existe la probabilidad de inducir a la generación de riesgo de confusión y/o asociación entre los consumidores.

Respecto a las reglas para el cotejo de marcas, siempre enmarcado en las recomendaciones de la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la CA, la comparación debe efectuarse sin descomponer los elementos que conforman el conjunto de los signos en conflicto, empleando el método del cotejo sucesivo, tomando en cuenta la posición del consumidor y su grado de percepción, y de conformidad con el tipo de producto o servicio de que se trate, bajo los criterios del consumidor medio, consumidor selectivo y consumidor especializado; en el presente caso, contrariamente la autoridad jerárquica al confirmar la Resolución Administrativa que denegó la registrabilidad de la marca DEPÓSITO VERDE, validó una forma de comparación de signos contrarios a las reglas precedentemente citadas, debido a que la autoridad administrativa realizó una descomposición de los elementos que conforman el conjunto de los signos en conflicto ("DEPÓSITO VERDE" y "TARJETA VERDE"), habiéndose analizado únicamente como elemento principal la palabra "VERDE" de ambos signos, con el siguiente fundamento; "las marcas señaladas contemplan grandes similitudes debido a la coincidencia de la palabra "VERDE", en similar orden y disposición que constituye en la denominación de las marcas, que al tener la misma denominación "VERDE" son idénticas dentro del campo visual y ortográfico, en virtud a ser iguales en toda su composición de letras y vocales. Asimismo se aprecia confusión fonética que al ser pronunciados tienen un sonido similar, aclarando que los elementos TARJETA y DEPÓSITO al no ser susceptibles de monopolio exclusivo, no constituyen elementos que aporten distintividad suficiente, encontrándose grandes similitudes fonéticas en los elementos principales "VERDE" "VERDE", y por ultimó también se aprecia la confusión ideológica, que conlleva a la persona a relacionar el signo o denominación con el contenido o significado real del mismo, entendiéndose que ambas marcas tienen un significado real, debido a que ellas evocan el término "VERDE", dejando la misma idea en el consumidor que también puede ocasionar un riesgo de asociación" (sic), como se podrá apreciar, estos criterios son contrarios a las reglas de interpretación prejudicial concerniente a la irregistrabilidad de marcas, debido a que hubo una descomposición de los elementos que conforman el conjunto del signo, es decir, debió analizarse con una visión de conjunto "DEPÓSITO VERDE" y "TARJETA VERDE" y no solamente el elemento "VERDE", teniendo en cuenta además su unidad fonética, ortográfica, gráfica o figurativa y conceptual o ideológica, asimismo, en criterio de este Tribunal el elemento principal de los signos en conflicto son "DEPÓSITO" y "TARJETA", debido a que estas palabras denotan acción y aportan distintividad suficiente, capaz de rebatir la probabilidad del riesgo de confusión y asociación frente al consumidor.

2. En este punto, como la controversia radica en la presunta confusión entre el signo solicitado "DEPÓSITO VERDE" (denominativo) y la marca "TARJETA VERDE" (mixta), resulta necesario realizar una comparación tomando en cuenta los elementos denominativos por los que están conformados, al estar representados por dos palabras pronunciables dotadas de un significado o concepto; en ese marco, es pertinente describir la conceptualización de los signos denominativos y signos mixtos: i) Signos Denominativos; llamados también nominales o verbales, utilizan expresiones acústicas o fonéticas por una o varias letras, palabras o números, individual o conjuntamente estructurados, que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede tener o no significado o concepto; este tipo de signos se subdividen en sugestivos y arbitrarios; estos elementos, al ser apreciados en su conjunto, producen en el consumidor una idea sobre el signo que le permite diferenciarlo de otros existentes en el mercado. ii) Signos Mixtos; se componen de un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes); las combinaciones de estos elementos al ser apreciados en su conjunto producen en el consumidor una idea sobre el signo que le permite diferenciarlo de los demás existentes en el mercado; asimismo, debe tenerse presente que si bien el elemento denominativo suele ser preponderante en los signos mixtos, debido a que las palabras impactan más en la mente de los consumidores, puede suceder que el elemento preponderante no sea este, sino el gráfico que pueden causar un mayor impacto.

Ahora bien, realizando una comparación entre ambos signos en conflicto y en el interés de identificar cuál de los elementos prevalece y tiene mayor influencia en la mente del consumidor, si el denominativo o el gráfico; en el caso en análisis, innegablemente existe una diferencia manifiesta entre el signo solicitado "DEPÓSITO VERDE" (denominativo) y la marca "TARJETA VERDE" (mixta), este último, al estar compuesto de un elemento denominativo y gráfico, no resulta necesario establecer el elemento predominante, siendo suficiente en el cotejo su identificación y diferencia con relación al signo solicitado para registro, sin dar lugar a la confusión entre las marcas, pudiendo éstas coexistir pacíficamente en el ámbito comercial, más aun cuando la idea y el concepto que muestran son totalmente diferentes, no existiendo la remota posibilidad de un riesgo de confusión y/o asociación entre los signos solicitados "DEPÓSITO VERDE" y la marca "TARJETA VERDE".

3. Con relación a la conexión entre servicios de la Clasificación Internacional Niza, el SENAPI alegó la existencia de conexión entre los productos que distinguen los signos en conflicto; sobre el tema, se debe considerar que la inclusión de productos o servicios en una misma clase no es determinante para establecer si existe similitud entre los productos o servicios, así se interpreta de lo establecido en el art. 151 de la Decisión 486; "Para clasificar los productos y servicios a los cuales se aplican las marcas, los Países Miembros utilizarán la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, establecida por el arreglo de Niza del 15 de julio de 1957, con sus modificaciones vigentes"; por ello, la interpretación prejudicial remitida por la CA, recomienda que para determinar si existe vinculación, conexión o relación entre productos y/o servicios, corresponde tomar en consideración el grado de similitud de los signos objeto de análisis, conforme a los siguientes criterios sustanciales: i) El grado de sustitución (intercambiabilidad) entre los productos o servicios; ii) La complementariedad entre sí de los productos o servicios; iii) La posibilidad de considerar que los productos o servicios provienen del mismo empresario (razonabilidad).

Conforme al análisis de la interpretación prejudicial, la inclusión de productos o servicios en una misma clase, no resulta determinante para efectos de establecer la conexión

competitiva entre los productos o servicios; en el caso de autos, no obstante, a los criterios de conexión entre servicios, sustrayéndonos de éstos, el signo solicitado "DEPÓSITO VERDE" distingue servicios en la Clase Int. 36 "Seguros, negocios financieros, negocios monetarios, negocios inmobiliarios, comprendidos en la clase 36 de la Clasificación Internacional en vigencia", en cambio, la marca "TARJETA VERDE" distingue a servicios en la Clase Int. 36 "Negocios financieros (financiamiento a negocios con rendimiento ambiental y financiero positivo), apoyo a iniciativas, empresas e instituciones que promueven la conservación de' los recursos naturales y aportan soluciones tecnológicas eco-eficientes", en el punto, se puede evidenciar conforme al principio de especialidad, que con la limitación de servicios quedó eliminada toda conexión competitiva posible entre los servicios que ambos signos en conflicto protegen, debido a que no tienen los mismos canales de comercialización, sus medios de publicidad serán distintos, los servicios que distinguen no están vinculados y no pertenecen al mismo género; consiguientemente, ambas marcas no se encuentran en conexión competitiva y conforme al principio de especialidad no aplica ninguna causa de irregistrabilidad, pudiendo ambas marcas tener coexistencia en el mercado.

VI.2.- Conclusiones.

Se establece que la marca "DEPÓSITO VERDE" solicitada por el Fondo Financiero Privado FASSIL S.A., cuenta con la suficiente capacidad distintiva extrínseca requerida para su registro, debido a que no induce a un riesgo de confusión o asociación respecto a la marca previamente registrada 'TARJETA VERDE", al no existir similitud entre ambas, contrariamente su cotejo identifica una evidente diferencia entre ambas, más cuando la marca "TARJETA VERDE" está comprendida de los elementos denominativo y gráfico, que lo hace exclusiva con relación al signo solicitado para registro "DEPÓSITO VERDE"; asimismo, ambas marcas no se encuentran en conexión competitiva y conforme al principio de especialidad no aplica ninguna causa de irregistrabilidad, pudiendo ambas marcas coexistir. Por lo expuesto, sobre la base de las normas cuya aplicación corresponde, se establece ser evidente que el SENAPI al emitir la Resolución Administrativa N° DGE/DEN/J-065NN/2013 de 13 de septiembre, confirmando el rechazo del registro de la marca 'DEPÓSITO VERDE", incurrió en las vulneraciones acusadas de acuerdo con la problemática planteada, detallada en el punto V de la presente resolución, que constituye el objeto del proceso, por lo que se advierte que la autoridad demandada interpretó incorrectamente las normas aplicables a la materia y las recomendaciones contenidas en las interpretaciones prejudiciales emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, existiendo conculcación de normas legales; en cuyo mérito, corresponde revocar las Resoluciones impugnadas.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de justicia en ejercicio de la atribución conferida en el art. 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, falla en única instancia declarando PROVADA la demanda de fs. 13 a 17, planteada por Jorge Zamora Tardío, apoderado legal de la firma Fondo Financiero Privado FASSIL S.A., en consecuencia REVOCA la Resolución Administrativa DGE/DEN/J-065NN/2013 de 13 de septiembre, emitida por el SENAPI y las Resoluciones que denegaron el registro de la marca solicitada; en consecuencia, ordena a la Dirección de Propiedad Industrial dependiente del SENAPI, conceder el registro de la marca “DEPÓSITO VERDE” CON SOLICITUD N°150929 a nombre de la firma Fondo Financiero Privado FASSIL S.A.

No intervienen los señores Magistrados Ricardo Torres Echalar, Olvis Egüez Oliva por emitir voto disidente.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Ricardo Torres Echalar / Dr. Edwin Aguayo Arando

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 27 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

22

Gerencia Regional Cochabamba de la Aduana Nacional c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 18 a 21, subsanada de fs. 24 a 26, interpuesta por la Gerencia Regional Cochabamba de la Aduana Nacional, representada por Mónica Sabby Fernández Chávez y Jorge Romano Peredo, impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0066/2014 de 20 de enero, emitida por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), la contestación de fs. 62 a 65 vta., réplica de fs. 76 a 78 vta., y dúplica de fs. 82 a 83, los antecedentes del proceso; y,

I. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN

1. Demanda y petitorio

El 21 de mayo de 2013, la Administración Tributaria Aduanera, emitió el Auto Administrativo N° AN-GRCGR-ULE N°038/2013, que rechazó la solicitud de prescripción presentada por Marcelo Gonzales Yaksic, en representación de Judith Zelmy del Carpio López de Pérez, interponiendo al respecto recurso de alzada, que concluyó con la Resolución ARIT-CBA/RA 0447/2013 de 27 de septiembre, que revocó totalmente el Auto administrativo aludido.

Considerando la Resolución de alzada lesiva a los intereses del Estado, la Administración Aduanera interpuso recurso jerárquico, en virtud del cual se emitió la Resolución AGIT-RJ 0066/2014 de 20 de enero, que confirmó la Resolución recurrida.

En base a esos antecedentes, plantea la presente demanda contenciosa administrativa, basada en los siguientes argumentos:

a) La Resolución jerárquica impugnada, hace referencia a la solicitud de la Administración Aduanera, impetrando el cumplimiento de la disposición constitucional sobre la imprescriptibilidad contenida en el art. 324 de la Constitución Política del Estado (CPE), considerada por su inferior en sus fundamentos jurídicos; sin embargo, en la fundamentación técnico jurídica, indica que no corresponde la aplicación de dicha norma, ni del art. 3 de la Ley N°154, pretendiendo considerar las deudas tributarias como imprescriptibles.

b) Tanto la ARIT como la AGIT, vulneraron la normativa citada al rechazar el fundamento expresado por la Administración Aduanera sobre el alcance legal previsto en la Ley N°154, que en su art. 3 dispone inequívocamente el cumplimiento obligatorio e imprescriptible de los impuestos, misma que se invocó tanto a momento de responder en forma negativa el recurso de alzada interpuesto por el ahora tercero interesado como en el recurso jerárquico, ante la pretensión ilegal de declarar la prescripción de la deuda tributaria en favor del Estado, determinada tanto en alzada como en instancia jerárquica.

c) La AGIT no se pronunció sobre la imprescriptibilidad de la facultad de ejecutar la deuda tributaria, establecida en el numeral IV del art. 59 de la Ley 2492, modificado por la Ley N°291 de 22 de septiembre de 2012 -Ley de Modificaciones al Presupuesto General de Estado PGE-2012-, limitándose a citar disposiciones legales sobre el cómputo de la prescripción, interrupción y otros.

d) Se debe considerar la línea jurisprudencial establecida en la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 079/2012 de 20 de agosto.

e) Al señalar la AGIT que operó la prescripción, efectuó una incorrecta apreciación y vulneración del alcance legal de los arts. 324 de la CPE, 3 de la Ley N°154 y 59.1V de la Ley 2492, modificado por la Ley N°291.

En base a lo expuesto, solicita que se revoque la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-11 0066/2014; y en consecuencia, se mantenga firme y subsistente el Auto administrativo AN-GRCGR-ULE N°038/2013.

2. Contestación

Daney David Valdivia Coria, en representación de la AGIT, por memorial cursante de fs. 62 a 65 vta., respondió negativamente la demanda contenciosa administrativa, expresando lo siguiente:

La instancia jerárquica, en su fundamentación técnico legal estableció que no correspondía la aplicación del art. 324 de la CPE, ni del art. 3 de la Ley N°154, haciendo notar que la aplicación de dichas disposiciones legales no pueden vulnerar el principio de seguridad jurídica para los sujetos de la relación jurídico tributaria; dejando claramente establecido que los tributos no prescriben y que lo que prescribe es la acción que tiene la Administración Tributaria para controlar, investigar, verificar, comprobar, fiscalizar, determinar la deuda tributaria, imponer sanciones administrativas y ejercer la facultad de ejecución

tributaria; consecuentemente, no se desconoció que los impuestos sean de cumplimiento obligatorio e imprescriptible, ni pretendió vulnerar lo dispuesto por el art. 3 de la Ley N°154.

La Resolución jerárquica, emitió pronunciamiento respecto a la aplicación de la Ley N°291 señalando que las Disposiciones Quinta y Sexta, modifican los arts. 59 y 60 de la Ley N°2492, y con ello el régimen de prescripción del Código Tributario; normativa a partir de la cual, se dispone que prescribirán a los cinco años en la gestión 2013; es decir, comprende hasta el periodo 2008; empero en el caso de análisis, el origen de la Resolución Determinativa es la orden de fiscalización aduanera posterior de Declaraciones de Importación de la gestión 2005, por lo cual, claramente, no corresponde la aplicación de la Ley N°291; por ello, la afirmación de la Administración Tributaria respecto a la ausencia de pronunciamiento es errónea.

En cuanto a la cita de la SCP 0790/2012, la misma fue emitida en la acción de inconstitucionalidad promovida por la Jueza de Partido Coactiva Fiscal y Tributaria Segunda del departamento de La Paz, a instancia de Félix Carlos Jemio Bacarreza, Liquidador del Servicio Nacional de Caminos Residual, demandando la inconstitucionalidad del art. 40 de la Ley de Administración y Control Gubernamentales (LACG) por ser presuntamente contraria a los arts. 123, 324 y 410.11 de la CPE; en tal sentido, el señalado art. 40, está referido a que las acciones judiciales y obligaciones emergentes de la responsabilidad civil establecida en dicha Ley, prescribirán en diez años computables a partir del día del hecho que da lugar a la acción o desde la última actuación procesal; consecuentemente, el razonamiento inserto en dicha Resolución Constitucional, está referido a la responsabilidad civil, situación que no es la del presente caso, por lo que no corresponde su consideración.

Por lo expresado, concluyó solicitando se declare improbada la demanda contenciosa administrativa interpuesta por la Gerencia Regional Cochabamba de la Aduana Nacional, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R] 0066/2014.

II. ANTECEDENTES PROCESALES EN SEDE ADMINISTRATIVA

1. El 16 de octubre de 2008, la Aduana Nacional notificó personalmente a Judith Zelmy del Carpio López, con la Resolución Determinativa N° AN-GRCGR-001/2008 de 17 de septiembre de 2008, que resolvió no aceptar los argumentos presentados por la operadora, manteniendo firme en todas sus partes, el Acta de Intervención Contravencional N° AN-GRCGR-ULECR 001/08 de 25 de marzo de 2008; asimismo, declaró probada la comisión de Contrabando Contravencional de la mercancía descrita en el Acta de Intervención mencionada; además de sancionar de acuerdo con el parágrafo II del art. 181 de la Ley 2492, con una multa económica equivalente a $us.32.303,18.

2. El 5 de noviembre de 2008, Judith Zelmy del Carpio López, interpuso recurso de alzada contra la Resolución Determinativa N° AN-GRCGR-001/2008, que fue resuelto mediante Resolución de Recurso de Alzada STR-CBA/0026/2009, que determinó confirmar la Resolución Determinativa impugnada.

3. En desacuerdo con lo dispuesto en alzada, el sujeto pasivo interpuso recurso jerárquico, en virtud del cual se emitió la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 0116/2009 que confirmó la Resolución recurrida, quedando firme y subsistente la Resolución Determinativa N° AN-GRCGR-001/2008.

4. El 4 de junio de 2010, la Aduana Nacional notificó a Judith Zelmy del Carpio López, con la Providencia de Ejecución Tributaria N°022/2010 de 26 de abril, sobre la Ejecución

Tributaria por Contravención Aduanera, establecida en la parte Resolutiva Tercera de la Resolución Determinativa aludida, al encontrarse firme y ejecutoriada la misma, según la Resolución jerárquica mencionada en el punto anterior, constituyéndose en Título de Ejecución Tributaria, disponiendo el inicio de la Ejecución Tributaria, por no pago de la multa de $us.32.303,18.

5. El 1 de mayo de 2013, la Aduana Nacional notificó mediante cédula a Judith Zelmy del Carpio López con el Proveído de Inicio de Ejecución Tributaria N° ANGRC-ULE-PIET-104/2013 de 3 de mayo, señalando que estando firme y constituida en Título de Ejecución Tributaria la Resolución Determinativa N° AN-GRCGR-001/08, por la suma líquida y exigible de $us.32.303,18 se daría inicio a la ejecución tributaria, al tercer día de su notificación.

6. El 15 de mayo de 2013, Judith Zelmy del Carpio López, dentro del procedimiento de ejecución tributaria correspondiente al PIET 104/2013, opuso prescripción de la ejecución de la sanción pecuniaria, como forma de extinción de la deuda tributaria establecida en la Resolución Determinativa referida.

7. El 31 de mayo de 2013, la Aduana Nacional notificó personalmente a Judith Zelmy del Carpio López, con el Auto Administrativo AN-GRCGR-ULE N°038/2013 de 21 de mayo, que resolvió dejar sin efecto el Proveído de -Inicio de Ejecución Tributaria AN-GRC-UL-ET-PIET 104/2013, debiendo proseguirse el trámite de ejecución tributaria de la Providencia de Ejecución Tributaria N°022/2010 de 26 de abril; y, rechazar la excepción de prescripción opuesta por el sujeto pasivo.

8. Ante la determinación descrita en el punto anterior, la interesada interpuso recurso de alzada, que fue resuelto mediante Resolución de Recurso de Alzada ARIT-CBA/RA 0447/2013 de 27 de septiembre, que revocó totalmente el Auto Administrativo AN-GRCGR-ULE N°038/2013 de 21 de mayo, emitido por la Gerencia Regional Cochabamba de la Aduana Nacional.

9. A raíz de la Resolución de alzada, tanto la Administración Aduanera como el sujeto pasivo, interpusieron recurso jerárquico, que fue resuelto mediante Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R] 0066/2014 de 20 de enero, que confirmó la resolución impugnada; declarando prescritas las facultades de la Administración Aduanera para hacer efectivo el cobro de la sanción contenida en la Resolución Determinativa AN-GRCGR-001/08, de conformidad a lo previsto en el inc. b), parágrafo I del art. 212 del CTB.

III. PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Expuestos los antecedentes administrativos e ingresando a efectuar el control de legalidad sobre la aplicación de la ley, se establece:

Que, el motivo de la litis dentro del presente proceso, consiste en determinar, si es evidente que la AGIT, al emitir la Resolución ahora impugnada, vulneró disposiciones de la Constitución Política del Estado y normas tributarias sobre la prescripción de las facultades de la Administración Tributaria para imponer sanciones administrativas.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL PERTINENTE

De acuerdo con la problemática planteada, se realiza una interpretación desde la Constitución Política del Estado, el bloque de constitucionalidad y las normas ordinarias aplicables al caso concreto; en ese marco caben las siguientes consideraciones de orden legal:

La Constitución Política del Estado, señala que todos los derechos por ella reconocidos son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección; en este sentido, los arts. 115, 117.1 y 180.1 de la Norma Fundamental del Estado, garantiza el derecho al debido proceso que se constituye también en uno de los principios de la jurisdicción ordinaria conforme determina el art. 30.12 de la Ley de Órgano Judicial que señala que éste: "... impone que toda persona tenga derecho a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido en sus disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar...".

Conforme el art. 778 del Código de Procedimiento Civil: "(Procedencia) El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo redamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado. "(las negrillas y el subrayado son nuestros).

En ese entendido, el procedimiento contencioso administrativo, constituye una garantía formal que beneficia al sujeto administrado librándolo del abuso de poder de los detentadores del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos, para lograr en su caso, el restablecimiento de sus derechos lesionados con la interposición, precisamente del contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa, correspondiendo a este Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por el demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por las instancias de impugnación.

V. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Que, establecida la competencia de este Tribunal, se pasa a considerar la demanda contenciosa administrativa, bajo los siguientes argumentos de orden legal:

Sobre lo planteado en el inciso a), referido a que la AGIT mediante el razonamiento empleado en la Resolución Jerárquica impugnada, pretende considerar las deudas tributarias como imprescriptibles, corresponde señalar que tal afirmación no es evidente, por cuanto, de la lectura de la aludida Resolución, claramente establece que no corresponde la aplicación de los arts. 324 de la CPE, ni del art. 3 de la Ley N°154, a fin de no vulnerar el principio de seguridad jurídica de los sujetos de una relación jurídica tributaria; señalando objetivamente en el punto xi. de la Fundamentación Técnica Jurídica de la resolución impugnada, que los tributos no prescriben, pues lo que prescribe es la acción de la Administración Tributaria para controlar, investigar, verificar, comprobar, fiscalizar, determinar la deuda tributaria, imponer sanciones administrativas y ejercer su facultad de ejecución tributaria; lo que evidencia que la instancia jerárquica, no negó la obligatoriedad de los impuestos y su imprescriptibilidad, sino las acciones de la Administración Tributaria tendientes a lograr finalmente, el cumplimiento de los mismos.

En cuanto a los puntos b) y e), en los que la Administración Aduanera acusa a la AGIT de efectuar una incorrecta apreciación y con ello, vulnerar los arts. 324 de la CPE, 3 de la Ley N°154 y 59.IV de la Ley N°2492, modificado por la Ley N°291, al rechazar el fundamento expresado por la aludida entidad aduanera, sobre el alcance legal de las mismas,

que disponen el cumplimiento obligatorio e imprescriptible de los impuestos, invocadas a momento de responder en forma negativa el recurso de alzada interpuesto por el ahora tercero interesado y en el recurso jerárquico, ante la pretensión ilegal de declarar la prescripción de la deuda tributaria en favor del Estado; es preciso señalar primeramente que, el artículo 324 de la Constitución Política del Estado, no es aplicable en el sentido pretendido por la entidad demandante, pues tal previsión se halla vinculada al daño económico causado al Estado por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones o en relación con ella si se diere la participación de particulares con afectación al Estado en el marco de la Ley N°1178.

En este sentido, la Sentencia N°451/2015 de 7 de octubre, pronunciada por la Sala Plena del Supremo Tribunal de Justicia, entre otras, expresa: "Cuando la norma constitucional señala las deudas por daños económicos, hace referencia a deudas determinadas por diferentes conceptos y cuya recuperación se busca al no haber sido pagadas. Pero además debe tenerse presente el razonamiento desarrollado por este tribunal y expresado a través de su jurisprudencia, que dicho precepto constitucional se entiende relacionando con la responsabilidad por la función pública, es decir, con actos cometidos por funcionarios públicos que causen menoscabo patrimonial al Estado, o por particulares que se beneficiaren indebidamente con recurso públicos o fueran causantes del daño patrimonial en el marco señalado por la Ley N°1178." Es decir que la previsión constitucional hace referencia al resultado de un ilícito, en el que hubieran participado servidores públicos (elemento esencial) u otros que se beneficien con ese resultado, más no al incumplimiento del sujeto pasivo de sus obligaciones tributarias.

En cuanto a la supuesta vulneración del parágrafo II del artículo 3 de la Ley N°154, sobre el ejercicio de la potestad tributaria, el mismo dispone: "Los impuestos son de cumplimiento obligatorio e imprescriptibles.", al respecto, cabe puntualizar que la norma en cuestión se refiere al impuesto como tal, mas no como en el caso presente a las facultades de la Administración de imponer sanciones administrativas, al haber incurrido el sujeto pasivo en omisión de pago, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 59 de la Ley N°2492.

La Ley N°154, es de aplicación general a la Clasificación y Definición de Impuestos de Dominio Nacional, Departamental y Municipal, sin que tenga una previsión modificatoria, derogatoria o abrogatoria de la Ley N°2492, como tampoco contiene normas que se opongan a los principios que rigen los institutos jurídicos que prevé el Código Tributario Boliviano.

El artículo 152 del Código Tributario es claro en su contenido; precisamente esta disposición tiene relación con el artículo 324 de la Constitución Política del Estado, por lo que debe tomarse en cuenta que la norma indica: "Si del resultado del ilícito tributario emerge daño económico en perjuicio del Estado, los servidores públicos y quienes hubieran participado en el mismo, así como los que se beneficien con su resultado, serán responsables solidarios e indivisibles para resarcir al Estado el daño ocasionado. A los efectos de este código, los tributos omitidos y las sanciones emergentes de/ilícito, constituyen parte principal del daño económico al Estado. "(las negrillas son añadidas).

En el caso presente, la Gerencia Regional Cochabamba de la Aduana Nacional, emitió la Resolución Determinativa N° AN-GRCGR-001/2008 de 17 de septiembre de 2008, que manteniendo firme en todas sus partes, el Acta de Intervención Contravencional N° AN-GRCGR-ULECR 001/08 de 25 de marzo de 2008; declaró probada la comisión de

Contrabando Contravencional de la mercancía descrita en el Acta de Intervención mencionada, además de sancionar a Judith Zelmy del Carpio López de acuerdo con el parágrafo II del art. 181 de la Ley 2492, con la sanción económica equivalente a $us.32.303,18., al no poder ser la mercancía objeto de comiso. Al respecto, impugnando dicha determinación, primero en alzada, luego ante la instancia jerárquica, se emitió finalmente la Resolución de Recurso Jerárquico AGITR.1 0116/2009 de 15 de abril, que confirmó la Resolución de alzada, quedando firme y subsistente la Resolución Determinativa N° AN-GRCGR-001/2008, Resolución jerárquica que adquirió la calidad de Titulo de Ejecución Tributaria, al no haber sido impugnada en la vía contenciosa administrativa y fue notificada a la contribuyente, el 21 de abril de 2009. De acuerdo a lo establecido en el art. 59.111 de la Ley N°2492, el término para ejecutar las sanciones por contravenciones tributarias, prescribe a los dos años; asimismo, el cómputo de la prescripción se computa desde que adquirió la calidad de Título de Ejecución Tributaria, de acuerdo a lo previsto por el art. 60.111 del referido cuerpo normativo.

En base a lo anterior, en el caso presente, el cómputo se inició el 21 de abril de 2009, con la notificación de la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 0116/2009, y concluyó el 21 de abril de 2011, no habiéndose observado causales de interrupción ni suspensión; consiguientemente, las apreciaciones efectuadas por la AGIT, que le llevaron a determinar la prescripción solicitada, no constituyen vulneración de norma alguna, de acuerdo a los fundamentos expuestos.

Respecto a que la AGIT no se pronunció sobre la imprescriptibilidad de la facultad de ejecutar la deuda tributaria, establecida en el numeral IV del art. 59 de la Ley 2492, modificado por la Ley N°291 de 22 de septiembre de 2012 -Ley de Modificaciones al Presupuesto General de Estado PGE-2012-, limitándose a citar disposiciones legales sobre el cómputo de la prescripción, interrupción y otros; corresponde mencionar, que lo dicho no es cierto, toda vez que de manera puntual la AGIT, aclaró que la dicha Ley promulgada el 22 de septiembre de 2012, en su Disposición Quinta y Sexta, modificó los arts. 59 y 60 de la Ley 2492, determinando la modificación del régimen de prescripción del Código Tributario Boliviano, normativa a partir de la cual, se dispone la prescripción a los cinco años en la gestión 2013; es decir que, comprende hasta los periodos 2008; refiriendo que en el caso de análisis, el origen de la Resolución Determinativa es la orden de fiscalización aduanera posterior de Declaraciones de Importación de la Gestión 2005, por lo cual, no correspondería, en el caso presente, la aplicación de la Ley 291. Finalmente, en relación a la línea jurisprudencia establecida en la SCP 079/2012 de 20 de agosto, cabe mencionar que la misma fue emitida dentro de la acción de inconstitucionalidad promovida por la Jueza de Partido, Coactiva Fiscal y Tributaria Segunda del departamento de La Paz, a instancia del Servicio Nacional de Caminos Residual, dentro del proceso coactivo fiscal seguido por dicha institución contra Ronald Enrique Barrientos Porcel y Roberto Antonio Reyes Barreira, demandando la inconstitucionalidad del art. 40 de la Ley de Administración y Control Gubernamentales (LACG), por ser presuntamente contraria a los arts. 123, 324 y 410 de la CPE.

Ahora bien, la referida norma acusada de inconstitucional, establece que: "Las acciones y obligaciones emergentes de la responsabilidad civil establecida en la presente Ley, prescribirán en diez años computables a partir del día del hecho que da lugar a la acción o desde la última actuación procesal. El plazo de la prescripción se suspenderá o se interrumpirá de acuerdo con las causas y en la forma establecidas en el Código Civil. Para la

iniciación de acciones por hechos o actos ocurridos antes de la vigencia de la presente ley, este término de prescripción se computará a partir de la fecha de dicha vigencia"; respecto a la cual la referida Sentencia Constitucional Plurinacional declaró su inconstitucionalidad, por considerarla contraria al nuevo orden constitucional vigente; empero, la misma claramente versa sobre una norma referida a la responsabilidad civil, pues solo basta referir que el aludido art. 40, se encuentra contenido dentro del Capítulo V de la señalada Ley de Administración y Control Gubernamentales, referido a la "Responsabilidad por la Función Pública"; consiguientemente, su cita es impertinente en el caso presente, dado que la problemática del caso presente no está relacionada con la responsabilidad civil de ningún servidor público; por lo que no merece mayor consideración.

En el marco de la fundamentación jurídica precedente y de la pretensión deducida en la demanda, se concluye que, no es evidente que la Autoridad General de Impugnación Tributaria al emitir la Resolución AGIT-R3 N°0066/2014, confirmando la resolución de alzada, hubiera incurrido en las vulneraciones acusadas de acuerdo con la problemática planteada, detallada en el numeral V. de la presente resolución, que constituye el objeto del proceso.

Lo que la Administración Aduanera impugnó a través de la presente demanda y puso en tela de juicio, fue la supuesta vulneración de las normas que regulan la prescripción de las facultades de la Administración Aduanera Tributaria para imponer sanciones; sin embargo, de acuerdo con la argumentación desarrollada y los fundamentos expuestos, sobre la base de la normativa que rige la materia, así como de correcta interpretación y aplicación de la jurisprudencia invocada por la propia entidad demandante, se estableció que las vulneraciones acusadas, no son ciertas.

Que, del análisis precedente, el Supremo Tribunal de Justicia concluye que la AGIT, al pronunciarse a través de la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-111 0066/2014, no incurrió en ninguna conculcación de normas legales, al contrario, se limitó a la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de manera tal que se ajustan a derecho; máxime si los argumentos expuestos en la demanda no desvirtúan de manera concluyente los fundamentos y razones expuestas en la Resolución demandada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los artículos 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014 y los artículos 778 y 781 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa de fs. 18 a 21, interpuesta por la Gerencia Regional Cochabamba de la Aduana Nacional, representada por Mónica Sabby Fernández Chávez y Jorge Romano Peredo, contra la Autoridad General de Impugnación Tributaria; en consecuencia, mantiene firme y subsistente la Resolución AGIT-RJ 0066/2014 de 20 de enero.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando, al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrada Dra. María Cristina Díaz Sosa

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

23

Alfredo Enrique Mendoza Alcoreza c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa interpuesta por Alfredo Enrique Mendoza Alcoreza (fs. 29 — 34), impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0698/2014 de 05 de mayo, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria — AGIT (fs. 5 — 27); la contestación (fs. 43 — 48); la réplica (fs. 92— 95); la dúplica (fs. 99 — 100); el apersonamiento de la Gerencia Distrital La Paz I del Servicio de Impuestos Nacionales (fs. 241 — 245); los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

Alfredo Enrique Mendoza Alcoreza, señala que los fundamentos jurídicos de forma y de fondo expresados en el Recurso Jerárquico fueron ignorados, por consiguiente, la decisión asumida le causa un grave perjuicio económico al ser este fallo contrario a los principios tributarios, el Código Tributario y las normas impositivas conexas; en este sentido, manifiesta:

1. Fundamentos de la demanda contenciosa administrativa.

a. Incumplimiento del aspecto formal.

Señala que la Resolución Determinativa N°00912/2013 de 21 de agosto, se notificó fuera del plazo establecido en el art. 99.1 del Código Tributario (CT), por cuanto, la Vista de Cargo CITE: SIN/GDLPZ/DF/SPPDNC/765/2012 de 22 de octubre de 2012, se diligenció el 13 de noviembre de 2012; posteriormente, la Resolución Determinativa se emitió después de 9 meses y 1 día y se notificó después de 10 meses y 17 días; en consecuencia, a partir del 22

de octubre de 2012 al 21 de agosto de 2013, no deberían incluirse intereses conforme dispone el citado artículo, al no ajustarse la diligencia a las formas exigidas por el art. 83 del CT, aspecto que incumple el art. 90 del Código de Procedimiento Civil (CoPC) y que no fue considerado por la AGIT en la resolución jerárquica.

b. En el aspecto de fondo - determinación equivocada de la obligación tributaria.

Manifiesta que la AGIT validó, legalizó y confirmó sin argumentos y disposiciones tributarias, la conversión del crédito fiscal en deuda tributaria, inicialmente determinada por el SIN La Paz, dado que:

i. Crédito Fiscal incorrectamente fiscalizado como deuda tributaria.

Señala que la Administración Tributaria (AT) fiscalizó el Crédito Fiscal IVA contenido en las facturas de los periodos fiscales enero, febrero y marzo de la gestión 2010 en forma equivocada, no obstante, habría sido validada, legalizada y confirmada por la AGIT en el contenido de la Resolución Jerárquica, cuando los conceptos de crédito fiscal y deuda tributaria son totalmente diferentes.

ii. Crédito Fiscal.

Citando el art. 8 de Ley 843 y definiendo crédito y débito fiscal, refiere que el contribuyente no tiene atribuciones, capacidad, ni medios para controlar la Declaración y Pago de los Impuestos IVA e IT que efectúan al Fisco las Personas Naturales y/o Jurídicas que emiten Facturas o Notas Fiscales; asimismo, que quienes precisan facturas, deben efectuar gestiones y acudir a la AT para su autorización y dosificación mediante un formulario correspondiente. En ese entendido, todas las facturas que detalla, proceden de proveedores que fueron utilizadas para el crédito fiscal y son válidas según lo dispuesto por los arts. 4 y 8 de la Ley 843 y art. 76 del CT.

iii. Deuda Tributaria.

Haciendo referencia íntegra del contenido del art. 47 del CT, refiere que no es correcto ni legal que el crédito fiscal sea fiscalizado, determinado y calculado como deuda tributaria, habida cuenta que en ninguno de los artículos de la Ley 843 y el CT se determina que el Crédito Fiscal sea recaudado como Deuda Tributaria; aclara, que no existe una fórmula matemática en la ley 843 ni el código tributario (ley 2492) para determinar y calcular el crédito fiscal como deuda tributaria.

Concluye, que la fórmula DT = TOX(1+R/360) N+M establecida en el art. 47 del CT, bajo ningún concepto puede ser utilizada para fiscalizar, determinar y calcular el crédito fiscal como deuda tributaria.

c. Detalle de factura válidas para el crédito fiscal.

Afirma, que las facturas 2404, 903, 1634, 2279, 2384, 3050, 3291, 3293 por el mes de enero/2010, 4452, 4454, 5522, 5524, 5731, 7601, 8589, 6130, 8591 por el mes de febrero/2010, y 9824, 10288, 11699, 12409 y 12774 por el mes de marzo/2010, todas con NIT 10070430027, son totalmente legales y válidas según lo dispuesto por los arts. 40 y 8 de la Ley 843 y art. 76 del CT, puesto que fueron dosificadas y autorizadas por la AT cumpliendo con los requisitos exigidos, en ese contexto, no corresponde que las mismas sean observadas para el crédito fiscal.

d. Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 698/2014.

Efectuando una transcripción de los subíndices viii. y x. del punto titulado IV.4.4 Sobre el crédito fiscal comparado como deuda tributaria, de la Resolución Jerárquica impugnada, manifiesta que la AGIT asumió una decisión parcializada y alejada de la Ley 843 y el CT, pues los citados apartados efectúan un relato intrascendente sobre el débito fiscal y el crédito fiscal, por tanto, técnica y jurídicamente, no pueden desvirtuar los argumentos formulados en la fase administrativa, ya que no ha demostrado ni exhibido la fórmula matemática para calcular el crédito fiscal, pues la AGIT, enunciaría un concepto inventado al indicar que el crédito fiscal forma parte de la determinación del saldo definitivo a favor del fisco por concepto del IVA.

e. Prescripción de la sanción.

Señala que la AGIT no pudo discurrir la cuestión de la prescripción de la Sanción de Multa establecida en el punto Tercero de la Resolución Determinativa de 21 de agosto de 2013 que asciende a Bs.26.513 a la fecha de la presente Resolución, por la omisión de pago, en los periodos fiscales enero, febrero y marzo de 2010; esta sanción se encontraría prescrita según dispone el art. 59.111 del CT.

Añade que la Multa del 100% no constituye deuda tributaria, que por el contrario es una contravención, una sanción de multa administrativa igual al 100% del tributo omitido determinado a la fecha de la emisión de la Resolución, por lo que la pretensión del SIN para efectivizar el cobro de la multa consignada en la Resolución Determinativa, no corresponde su cobro de conformidad al art. 154. IV del CT; asimismo, de conformidad al art. 109.11.1) del CT, por efectos de la prescripción, de la gestión de 2010 al año 2014, transcurrieron más de dos años, en ese entendido, la AT tenía el término perentorio dos de años para ejecutar y cobrar la Multa de Bs.26.513, como se tiene demostrado, el hecho generador se produjo el año 2010 computable desde el año siguiente de 2011 a 2014 han transcurrido más de tres años.

PETITORIO.

Solicita se admita la demanda Contenciosa Administrativa y declarando PROBADA la misma, además de nula y sin valor legal la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0698/2014 de 05 de mayo de 2014.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1. Fundamentos de la demanda contenciosa administrativa

Daney David Valdivia Coria, en su calidad de Director Ejecutivo de la Autoridad General de Impugnación Tributaria, se apersona a la demanda y responde negativamente la misma, con los siguientes argumentos:

El sujeto pasivo, en su memorial de demanda contencioso administrativa, argumenta que:

a. Respecto a la notificación fuera de plazo.

Citando los subíndices vii, viii, ix, xi y xii del punto titulado IV.4.2. Respecto al incumplimiento de plazos de la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0698/2014 de 05 de mayo, refiere que si bien los intereses forman parte indivisible de la deuda tributaria, en cuyo cálculo se encuentra inmerso los días de mora, no obstante, la norma tributaria ha previsto que cuando el sujeto activo incumpla los plazos previstos para la emisión de la Resolución Determinativa, éste deje de cobrar los intereses desde la fecha en que debió

emitirse dicho acto hasta la notificación con el mismo, por lo que, en el presente caso, al ser evidente que la AT incumplió lo establecido en el art. 99.1 del CT, el cálculo de los intereses sin tomar en cuenta el referido lapso de tiempo, no implica que la AT actué vulnerando la norma tributaria como entiende el propio ente fiscal, sino que dicha disposición constituye una sanción a la actuación negligente del sujeto activo.

b. Respecto a la determinación equivocada de la obligación tributaria.

Reitera el contenido de los subíndices vi, vii, viii, ix, x y xi del punto titulado IV.4.4. Sobre el crédito fiscal comparado como deuda tributaria, de la resolución impugnada.

c. Respecto a la prescripción de la sanción.

Reproduce el contenido de los subíndices iv, y, viii y ix del punto titulado IV.4.4. Sobre la prescripción de la sanción por omisión de pago de la resolución jerárquica y señala, que a partir del incumplimiento de las obligaciones tributarias — en la forma y plazos que establece la norma— se generan dos situaciones: por un lado, la emergencia de un tributo omitido expresado en UFV y sus intereses, conforme al cálculo establecido en el art. 47 del CT; y por otro lado, la comisión del ilícito tipificado por el art. 165 del CT como Omisión de Pago, sancionado con el pago de una multa correspondiente al 100% del tributo omitido.

PETITORIO.

Solicita se declare IMPROBADA la demanda contencioso administrativa, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0698/2014 de 05 de mayo.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

1. El 5 de junio de 2012, la AT notificó a Alfredo Enrique Mendoza Alcoreza, con la Orden de Verificación N°00120VI04845, referido al IVA derivado de la verificación del crédito fiscal contenido en las facturas declaradas por el contribuyente en los periodos fiscales enero, febrero y marzo 2010, por lo que requirió Declaraciones juradas F-200 o 210, Libro de Compras, Facturas de Compras Originales, Medios de pago de las facturas observadas y otros.

2. Presentada la documentación y emitido el Informe CITE: SIN/GDLPZ/DF/SPPD/INF/4037/2012, que sugiere la emisión de la Vista de Cargo, el 13 de noviembre de 2012, el SIN La Paz notifica personalmente a Alfredo Enrique Mendoza Alcoreza la Vista de Cargo CITE: SIN/GDLPZ/DF/SPPD/VC/765/2012, de 22 de octubre de 2012, donde sobre base cierta y la liquidación previa de la deuda tributaria emergente de la depuración del crédito fiscal IVA de las facturas de compra observadas correspondientes a los periodos fiscales de enero, febrero y marzo 2010, establece una deuda tributaria a favor del fisco de 32.883 UFV equivalente a Bs58.733, que comprende el impuesto omitido, mantenimiento de valor, interés y sanción preliminar.

3. Emitido el Informe de Conclusiones CITE: SIN/GDLPZ/DF/SPPD/INF/05953/2012, donde se señala que el contribuyente no presentó descargo alguno ni efectuó el pago de la deuda tributaria, el 10 de octubre de 2013, la AT notificó a Alfredo Enrique Mendoza Alcoreza, con la Resolución Determinativa N°00912/13 de 21 de agosto, determinando de oficio y sobre base cierta, las obligaciones impositivas del contribuyente, que ascienden a un total de 33.779 UFV equivalente a Bs.62.706 que incluye tributo omitido, intereses y la sanción por omisión de pago.

4. Recurrida en alzada la Resolución emitida por el SIN La Paz, la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria, emite la Resolución ARIT-LPZ/RA 0051/2014 de 20 de enero, resolviendo CONFIRMAR la Resolución Determinativa N°00912/2013 de 21 de agosto.

5. Recurrida de igual manera la resolución de alzada, la Autoridad General de Impugnación Tributaria, emite la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 0698/2014 de 05 de mayo, resolviendo CONFIRMAR la Resolución ARIT-LPZ/RA 0051/2014 de 20 de enero.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

De los argumentos planteados por la entidad demandante, se establece como puntos de controversia a resolver, los siguientes:

1. Si practicar la notificación de una resolución administrativa, fuera del plazo establecido en la norma, es una causal de nulidad.

2. Si la resolución jerárquica emitida por la AGIT, además de carecer de argumentos y disposiciones tributarias, confunde los conceptos de crédito fiscal y deuda tributaria.

3. Si las facturas presentadas por el contribuyente para crédito fiscal, al encontrarse dosificadas y autorizadas por la AT cumpliendo con los requisitos exigidos, no debieron ser observadas.

4. Si la deuda tributaria se encuentra prescrita.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

1. Si practicar la notificación de una resolución administrativa, fuera del plazo establecido en la norma, es una causal de nulidad.

En cuanto al incumplimiento del aspecto formal.

El demandante, señala que la Resolución Determinativa N°00912/2013 de 21 de agosto, se emitió después de 9 meses y 1 día y se notificó después de 10 meses y 17 días, vulnerando lo establecido en el art. 99.1 del CT, en consecuencia, del 22 de octubre de 2012 al 21 de agosto de 2013, no deberían incluirse intereses conforme dispone el citado artículo, al no ajustarse la diligencia a las formas exigidas por el art. 83 del CT, lo que a su vez vulnera lo dispuesto por el art. 90 del CoPC; la AGIT refiere por su parte, que la AT incumplió lo establecido en el art. 99.1 del CT, empero, ello no implica que actuó vulnerando la norma tributaria, sino que dicha disposición constituye una sanción a la actuación negligente del sujeto activo.

La ARIT, en la Resolución de Alzada ARIT-LPZ/RA 0051/2014 de 20 de enero, estableció lo siguiente: "...considerando la notificación con Vista de Cargo el 13 de noviembre de 2012 y los treinta (30) días para presentar descargos que concluyen el 13 de diciembre de 2012, fecha a partir de la cual son computables los sesenta (60) días, para que la Administración Tributaria dicte la Resolución Determinativa, es decir hasta el 13 de febrero de 2013 y siendo evidente que se incumplió con el Parágrafo I del artículo 99 de la Ley 2492, la Administración Tributaria no deberá aplicar intereses desde el 13 de febrero de 2013 hasta el 10 de octubre de 2013, fecha en que se notificó la Resolución Determinativa" (fs. 67 vta, de los Antecedentes administrativos); el sujeto pasivo, con relación a este mismo agravio, refirió que pese a haberse constatado vicios de procedimiento por el incumplimiento de plazos, la ARIT no hizo cumplir la ley, pues tenía la potestad de anular la Resolución Determinativa N°00912/2013 de 21 de agosto, y no lo hizo (fs. 77 y 78 de los Antecedentes administrativos);

la AGIT por su parte, concluyó sobre este punto: "...al haberse evidenciado que la vulneración de la Administración Tributaria a lo previsto en el Artículo 99, Parágrafo I de la Ley N°2492 (CTB), no configura ninguna de las causales dispuestas en el Artículo 36 de la Ley N°2341, no es posible declarar la nulidad de la Resolución Determinativa; empero, se debe dejar claramente establecido que la Administración Tributaria en el cálculo definitivo de la deuda tributaria deberá aplicar lo dispuesto en el Artículo 99, Parágrafo 1 de la Ley N°2492 (CTB)...".

En esa misma corriente, la Sentencia N°093/2016-S de 28 de octubre, estableció "…queda evidenciada la inexistencia de normativa que disponga que el plazo para la notificación del Acto Administrativo, sea perentorio o de lugar a la caducidad de un derecho, aspecto que por lo precedentemente afirmado no implica la pérdida de competencia o preclusión del derecho de la Administración Tributaria para sancionar; por lo que, no resulta evidente que la acción se haya extinguido o tenga que anularse, sino y conforme los fundamentos de la Autoridad General de Impugnación Tributaria, corresponde a la Administración Tributaria al momento de practicar la liquidación final de la deuda tributaria no computar el interés generado en los días correspondientes a la demora en la emisión y notificación de la Resolución Determinativa, conforme lo establecido en el segundo párrafo del parágrafo I del art. 99 de la Ley N°2492." En consecuencia, conforme a lo actuado en sede administrativa y el precedente citado, no corresponde declarar la nulidad de la Resolución Determinativa por haber sido practicada la notificación fuera del plazo establecido en la norma, pues conforme al art. 36.III de la Ley 2341, este Tribunal no evidenció la existencia de norma que disponga, que el plazo para la notificación del Acto Administrativo sea perentorio o de lugar a la caducidad de un derecho, para así declarar la nulidad del acto, más cuando, conforme a la pretensión del demandante, ambas autoridades de instancia dispusieron que ante la actuación negligente del sujeto activo, en el cálculo definitivo de la deuda tributaria —la AT— deberá aplicar lo dispuesto en el Artículo 99, Parágrafo 1 de la Ley N°2492 (CTB).

2. Si la resolución jerárquica emitida por la AGIT, además de carecer de argumentos y disposiciones tributarias, confunde los conceptos de crédito fiscal y deuda tributaria.

En el aspecto de fondo - determinación equivocada de la obligación tributaria.

i. Manifiesta que la AGIT validó, legalizó y confirmó sin argumentos y disposiciones tributarias, la conversión del crédito fiscal en deuda tributaria; más adelante, que la AT fiscalizó el Crédito Fiscal IVA en forma equivocada y no obstante, fue validada, legalizada y confirmada por la AGIT, cuando los conceptos de crédito fiscal y deuda tributaria son diferentes.

Al respecto, en el punto denominado IV.4.3 Sobre el proceso de determinación de la deuda tributaria, de la resolución impugnada, la AGIT expone un resumen de los argumentos planteados en el recurso jerárquico (inc. i, ii y iii); desarrolla las atribuciones de la AT, como la determinación de la deuda tributaria y las facultades de control, comprobación, verificación, fiscalización e investigación (inc. y, vi, vii, viii y ix); y antes de ingresar al análisis de lo recurrido, expone las diferencias entre fiscalización y verificación (inc. x).

Dentro el análisis, inicia una relación de los antecedentes en la etapa de verificación, comenzando con la notificación de la Orden de Verificación y concluyendo en la emisión de la Resolución Determinativa (inc. xi, xii y xiii); ahora bien, los incisos posteriores contienen el pronunciamiento a lo recurrido por el sujeto pasivo (inc. xiv, xv, xvi y xvii), concluyendo más

adelante, que el ente fiscal puede dictar una Resolución Determinativa sobre la base de una verificación, fiscalización, investigación, etc. (inc. xviii) y que el sujeto pasivo conforme el Artículo 76 de la Ley N°2492 (CTB), tenía la obligación de respaldar la vinculación de la compra con la actividad gravada (inc. xix).

En suma, no puede acusarse a la resolución jerárquica, respecto a este punto, de carecer de argumentos y disposiciones tributarias o que la AT haya incurrido en una equivocación en la fiscalización sin precisar cuál es la misma o de qué manera debió procederse con este acto.

ii. En relación a que el contribuyente no tiene atribuciones, capacidad, ni medios para controlar las declaraciones y pagos de impuestos que efectúan las personas naturales y jurídicas que emiten facturas y, que quienes precisan facturas, deben efectuar gestiones y acudir a la AT para su autorización y dosificación, dado que todas las facturas detalladas proceden de proveedores que fueron utilizadas para el crédito fiscal, serian válidas según disponen los arts. 4 y 8 de la Ley 843 y art. 76 del CT.

En este caso, la problemática no emergió de la validez de las facturas, sino del crédito fiscal que contienen las mismas, en ese sentido, la Resolución Determinativa estableció que el contribuyente consignó en sus Declaraciones Juradas por los periodos enero, febrero y marzo/2010, la apropiación indebida de crédito fiscal, pues las facturas presentadas no se encontraban relacionadas con la actividad económica del contribuyente.

iii. Citando el art. 47 del CT, refiere que no es correcto ni legal que el crédito fiscal sea fiscalizado, determinado y calculado como deuda tributaria, pues en la normativa tributaria, el Crédito Fiscal no es recaudado como Deuda Tributaria, ya que no existe una fórmula matemática en la ley 843 ni el código tributario (ley 2492) para determinar y calcular el crédito fiscal como deuda tributaria, por ende, la fórmula DT = TOX (1+ R/ 360) N + M establecida en el art. 47 del CT, no puede ser utilizada para fiscalizar, determinar y calcular el crédito fiscal como deuda tributaria.

En este apartado, nos centraremos en lo consignado en el inc. xv del punto titulado IV.4.3 Sobre el proceso de determinación de deuda tributaria, de la resolución impugnada, donde la AGIT precisó lo siguiente: "...debe quedar claro que con el alcance establecido en la Orden de verificación y en el marco de las facultades otorgadas por ley, la Administración Tributaria puede controlar, verificar, fiscalizar e investigar sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias, ya sea a través de una Orden de Verificación o una Orden de Fiscalización; por lo que debe quedar claro que la fiscalización representa el concepto amplio y la diferencia radica en el alcance que va a tener a momento de la determinación de la deuda tributaria que puede ser total, parcial, verificación y control puntual o de cumplimiento a los deberes formales; en ese sentido, cabe hacer notar que en ambos casos, es decir, tanto el proceso de verificación como el de fiscalización, indefectiblemente previo establecimiento o no de la deuda tributaria en la Vista de Cargo, concluyen con la emisión de una Resolución Determinativa"; más adelante y de forma puntual concluye, que "...una vez iniciado el proceso de fiscalización y verificación, el Código Tributario no establece ninguna diferencia respecto al procedimiento a seguirse, toda vez que ambos procesos establecen o no, la deuda tributaria mediante una Resolución Determinativa, así lo dispone el Parágrafo 1, Artículo 95 de la Ley N°2492 (CTB); por tanto, el ente fiscal puede dictar una Resolución Determinativa sobre la base de una verificación, fiscalización, investigación, etc."

Este agravio, hoy sustentado en la fórmula DT = TOX(1+R/360) N+M, del art. 47 del CT, se basó a momento de interponer el recurso jerárquico en los arts.103, 162 y 170 del CT, pues el sujeto pasivo consideraba que incorrectamente se acudió a los arts. 66, 100, 101 y 104 del CT, argumento que se rechazó por la AGIT al establecer su impertinencia; en el presente caso, tampoco es procedente los fundamentos expuestos por el demandante, pues la controversia se originó en un procedimiento de verificación donde simple y llanamente se acumuló información y documentación para el trabajo de verificación y análisis, estableciéndose que las facturas observadas no son válidas para Crédito Fiscal IVA, lo que implica la apropiación indebida y la consiguiente tipificación de la conducta como omisión de pago, actos administrativos que son base de la Vista de Cargo y la consiguiente Resolución Determinativa, tal como refiere el art. 29 inc. c) del DS 27310: "La determinación de la deuda tributaria por parte de la Administración se realizará mediante los procesos de fiscalización, verificación, control o investigación realizados por el Servicio de Impuestos Nacionales que, por su alcance respecto a los impuestos, períodos y hechos, se clasifican en: c) Verificación y control puntual de los elementos, hechos, transacciones económicas y circunstancias que tengan incidencia sobre el importe de los impuestos pagados o por pagar"(negrillas son nuestras).

3. Si las facturas presentadas por el contribuyente para crédito fiscal, al encontrarse dosificadas y autorizadas por la AT cumpliendo con los requisitos exigidos, no debieron ser observadas.

a. Detalle de factura válidas para el crédito fiscal.

Afirma, que las facturas 2404, 903, 1634, 2279, 2384, 3050, 3291, 3293 por el mes de enero/2010; 4452, 4454, 5522, 5524, 5731, 7601, 8589, 6130, 8591 por el mes de febrero/2010; y 9824, 10288, 11699, 12409 y 12774 por el mes de marzo/2010, todas con NIT 10070430027, son totalmente legales y válidas según dispone los arts. 40 y 8 de la Ley 843 y art. 76 del CT, puesto que fueron dosificadas y autorizadas por la AT cumpliendo con los requisitos exigidos, por lo que no deben ser observadas para el crédito fiscal.

Este motivo, se encuentra relacionado con lo expuesto anteriormente, en particular con el subíndice ii; entonces, complementando lo expuesto y emitiendo pronunciamiento al presente agravio, cabe referir que "A decir de la segunda parte del inc. a) del art. 8 de la Ley 843, 'solo darán lugar al cómputo del crédito fiscal aquí previsto las compras, adquisiciones o importaciones definitivas, contratos de obras o servicios, o toda otra prestación o insumo de cualquier naturaleza, en la medida en que se vinculen con las operaciones gravadas, es decir, aquellas destinadas a la actividad por la que el sujeto resulta responsable del gravamen". En correspondencia con la disposición legal citada, el art. 8 del DS N°21530, establece que el crédito fiscal computable a que se refiere el art. 8 inciso a) de la Ley 843, es aquel originado en las compras, adquisiciones, contrataciones o importaciones definitivas alcanzadas por el gravamen, vinculadas con la actividad sujeta al tributo. El SIN establecerá con carácter general, mediante Resolución Administrativa, los créditos fiscales que no se consideran vinculados a la actividad sujeta al tributo.2"

En mérito al precedente citado, la AT evidenció que las facturas presentadas para el descargo, no se encontraban relacionadas con la actividad económica del contribuyente al tratarse de facturas de compra de cerveza pilsener, cuando la actividad principal del contribuyente es la importación y exportación, siendo ese el motivo del reparo y no así la

legalidad de las facturas, conducta que evidentemente contraviene los arts. 8 de la Ley 843 y 8 del DS 21530, para no ser beneficiario del crédito fiscal.

b. Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 698/2014.

Efectuando una transcripción de los subíndices viii. y x. del punto titulado IV.4.4 Sobre el crédito fiscal comparado como deuda tributaria, de la Resolución impugnada, manifiesta que la AGIT asumió una decisión parcializada y alejada de la Ley 843 y el CT, pues los fundamentos sobre el débito y crédito fiscal son intrascendentes y no desvirtúan sus argumentos formulados en sede administrativa, ya que no se exhibió fórmula matemática para calcular el crédito fiscal.

Este aspecto se encuentra desarrollado en el punto 2. de los fundamentos del

presente fallo, por lo que este Tribunal no abundará en mayor pronunciamiento.

4. Si la deuda tributaria se encuentra prescrita.

Prescripción de la sanción.

i. Señala que la AGIT no pudo discurrir la cuestión de prescripción de la Sanción de Multa establecida en el punto Tercero de la Resolución Determinativa de 21 de agosto de 2013 que asciende a Bs.26.513, por la omisión de pago, en los periodos fiscales enero, febrero y marzo de 2010, sanción que se encontraría prescrita según dispone el art. 59.111 del CT.

Es evidente que la acción administrativa para ejecutar sanciones prescribe a los dos (2) años, conforme establece el art. 154.IV del CT, empero, la ejecución de la deuda tributaria se inicia con la notificación de la Resolución Determinativa FIRME, así lo establece el art. 108.1 núm. 1) del citado Código; entonces, al establecer la AGIT que la Resolución Determinativa de 21 de agosto de 2013, no cobró ejecutoria por haber sido impugnada, actuó de forma acertada, pues el cómputo de la prescripción para ejecutar la sanción se contabiliza a partir del momento en que el acto adquiere la calidad de título de ejecución, por lo que en el presente caso la prescripción no se encuentra operada.

Añade, que la Multa del 100% no constituye deuda tributaria, - que por el contrario es una contravención, una sanción igual al 100% del tributo omitido determinado a la fecha de la emisión de la Resolución, por lo que la pretensión del SIN para efectivizar el cobro de la multa consignada en la Resolución Determinativa, no corresponde de conformidad al art. 154.IV del CT; la AGIT por su parte, señala que a partir del incumplimiento de las obligaciones tributarias -en la forma y plazos que establece la norma- se generan dos situaciones: por un lado, la emergencia de un tributo omitido expresado en UFV y sus intereses, conforme al cálculo establecido en el art. 47 del CT; y por otro lado, la comisión del ilícito tipificado por el art. 165 del CT como Omisión de Pago, sancionado con el pago de una multa correspondiente al 100% del tributo omitido.

El art. 165 del CT, establece: "El que por acción u omisión no pague o pague de menos la deuda tributaria, no efectúe las retenciones a que está obligado u obtenga indebidamente beneficios y valores fiscales, será sancionado con el cien por ciento (100%) del monto calculado para la deuda tributaria.", en ese marco, al no haber desvirtuado el contribuyente la deuda reflejada en la Vista de Cargo, la AT estableció que el mismo contravino lo estipulado en los arts. 8 de la Ley 843 y 8 del DS 21530, calificando la conducta como Omisión de pago y sancionó al contribuyente con el 100% del tributo omitido

que a la fecha de la determinación sumaba Bs.26.513, en conclusión, este Tribunal no encuentra vulneración alguna respecto a lo demandado.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los artículos 4 y 6 de la Ley N°620, de 29 de diciembre de 2014, en relación a la Disposición Final Tercera de la Ley N°439, declara: IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa, interpuesta por Alfredo Enrique Mendoza Alcoreza, impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ0698/2014 de 05 de mayo.

No suscribe el Magistrado Edwin Aguayo arando al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 del 15 de mayo de 2013.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

24

Empresa Nacional de Ferrocarriles "ENFE" c/ Asociación accidental Virgen de Urkupiña
Contencioso
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa de fs. 237 a 244 vta., presentada por Mirtha Angélica Rojas Peralta y Luis Adolfo Sierra Díaz, en representación de Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENFE), demandando la nulidad de las transferencias realizadas mediante Licitaciones Públicas N° GCBIT-003CBBA; GCBITOO5CBBA y GCBITOO8CBBA, y consiguiente cancelación de Derechos Reales del Registro de dichas transferencias y reivindicación de los predios transferidos, las contestaciones de fs. 528 a 531 vta.; 591 a 597; 1009 a 1014; 1022 a 1027 vta.; 1384 a 1395 vta., antecedentes del proceso; y

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

A manera de antecedentes, los demandantes señalan que el 16 de diciembre de 1997 ENFE demandó la nulidad de ventas de bienes inmuebles, reivindicación y acción negatoria de derechos sobre un bien inmueble con una superficie de 45.603 Mst2., ubicado en el patio Sur de la Estación Central del Ferrocarril de Cochabamba, que fueron ilegalmente transferidos mediante una licitación pública y concretada mediante escritura pública N°277/96 de 12 de diciembre de 1996, a favor de la Asociación Accidental Virgen de Urkupiña, conformada por los ex trabajadores de ENFE, pues no existió ley de la República que autorice dicha transferencia, tal cual manda la Constitución Política del Estado, además, el valor fijado en la Licitación ($us. 28.58) era mucho menor al valor real ($us. 94.20), que se estableció en el Dictamen de la Contraloría, que instruyó acudir a las vías legales para la recuperación del patrimonio de propiedad del Estado.

Similar situación se produjo con la extensión de superficie de 4.979 Mts2., que fue sub dividida en 12 lotes, cuya transferencia ilegal consta en el Testimonio N°1083/97 de 16 de junio de 1997; de igual manera, la Asociación Virgen de Urkupiña se adjudicó el inmueble con una extensión de superficie de 3.478 Mts2., con las mismas observaciones; es decir, sin Ley que autorice la transferencia, con un valor inferior al valor real y la transferencia que consolidó mediante el documento privado de 5 de septiembre de 1996, razones por las cuales considera que dichos contratos resultan nulos de pleno derecho. Con esos antecedentes, manifiesta que la demanda civil supra referida, fue reencausada al presente proceso, en observancia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia contenida en los Autos Supremos 405/2012 y 399/2009, que señalan que este tipo de proceso debe ser tramitado como demanda contenciosa ante el Tribunal Supremo de Justicia.

I.2. Fundamentos de la demanda.

Los demandantes, manifiestan que el art. 59 inc. 7) de la anterior Constitución Política del Estado (CPE), establecía que le correspondía al Poder Legislativo autorizar la transferencia de bienes nacionales, departamentales y de las universidades y todos los que sean de dominio público, y que en el mismo sentido encontramos el art. 158 parágrafo I, inc. 13) de la actual CPE, y en el caso presente, al no haber existido autorización congresal para las transferencias referidas, operan las causales de nulidad establecidas en el art. 549 inc. 2), 3) y 4) del Código Civil, pues falta en dichos contratos la forma como requisito para su validez, así por ejemplo, el inmueble ubicado en la denominada "curva de Vinto", fue realizada en documento privado incumpliendo la Ley del Notariado que establece que las transferencias que involucren al Estado, deben realizarse mediante instrumento público y existe ilicitud de causa y motivo que impulsó la celebración de los contratos por precios irrisorios, incurriendo de esa manera en la previsión del art. 549 inc. 2), 3) y 4), de ahí que las transferencias efectuadas mediante las licitaciones públicas N° GCBIT003CBBA, GCBITOO5CBBA, y GCBITOO8CBBA, son nulas de pleno derecho.

I.3. Petitorio.

Finaliza, solicitando la nulidad de las transferencias referidas con la consiguiente cancelación de su registro en Derechos Reales de Cercado y de Quillacollo del Departamento de Cochabamba y consiguiente reivindicación a favor de ENFE, bajo conminatoria de desapoderamiento y el pago de daños y perjuicios.

II. De la contestación a la demanda.

Que, ante la demanda, Marco Antonio Valda Clavijo, con la facultad que le fue conferida de conformidad al Testimonio de Poder N°1581/2014 de 8 de diciembre, por memorial cursante de fs. 591 a 597; Primitivo Vargas Macías (fs. 1912 a 1916); Exaltación Rodolfo Flores Gonzáles, por memorial de fs. 1002 a 1007 vta.; Juan Rojas Vique por memorial de fs. 1009 a 1014, Marcos Aras Aróstegui, Carlos Paniagua Quinteros, Issac Ramos Alcócer y Walter Choque Salas (fs. 1384 a 1395 vta., y adhesión de fs. 1965), estos últimos en su condición de Dirigentes de la Asociación Accidental Urkupiña, con la previa referencia a los antecedentes de las licitaciones públicas y las transferencias cuestionadas, con argumentos similares señalaron: Que las tres transferencias referidas en la demanda fueron realizadas cumpliendo las formalidades establecidas por ley, y que fueron producto de un convenio de los ex trabajadores de ENFE residual con el Gobierno Nacional, aclarando que, ENFE residual, también hizo referencia al origen de los bienes señalando que fueron adquiridos por la empresa The Antofagasta & Bolivian Railway Company Limited, que luego transfirió su derecho a favor del Estado Boliviano, quien a su vez los traspasa a ENFE, y que estos bienes no fueron afectados al servicio público ferroviario, en cuyo mérito y de acuerdo al Decreto Supremo (DS) N°24177 de 8 de diciembre de 1995, ENFE podía ejercer las acciones legales necesarias para su administración, disposición, conservación y recuperación, de ahí que no son bienes públicos que tengan la característica de inalienable, imprescriptible e inembargable conforme al art. 137 de la anterior CPE; por otra parte, hizo mención al Convenio de 13 de diciembre de 1995 suscrito por el Gobierno Boliviano y el Sindicato de Trabajadores Ferroviarios, a objeto que se les dote a título oneroso de un terreno en beneficio de sus afiliados; asimismo, el documento de 12 de febrero de 1996, suscrito entre el Gobierno Nacional y ENFE, que fue homologado por Resolución Tri Ministerial N°032/96 de 15 de mayo de 1996, sobre adjudicación de terrenos a los trabajadores de ENFE

para resolver la crisis habitacional y por la eminente pérdida de su fuente laboral; por otra parte, se tiene la Ley N°2399 de 27 de mayo de 2002, que autoriza la disposición de lotes y viviendas en favor de 250 familias de ex trabajadores ferroviarios como justa compensación por los bajos montos percibidos por concepto de beneficios sociales, razones por las cuales las transferencias recibidas no pueden ser consideradas ilícitas, que cancelaron totalmente el precio de los inmuebles transferidos; que no concurren ninguna de las causales de nulidad invocadas en la demanda interpuesta; que por Ley N°2399 de 27 de mayo de 2002, además de los 45.603.00 Mst2., se transfirió a favor de la Municipalidad de Cochabamba la superficie de 20.064.00 Mts2., destinados a áreas verdes, empero, llama la atención que solo se demande la nulidad de los 45.603.00 Mts2., como tampoco plantea nulidad de otras transferencias realizadas por ENFE en otras ciudades como Oruro, Santa Cruz o Sucre, esta última, donde ENFE transfirió a título oneroso y en base al valor catastral un inmueble de su propiedad a favor del Órgano Judicial; finalmente señalan que se observó las previsiones legales y constitucionales, muestra de ello es la Ley N°2399; además invocan la SC N°98/2002 de 22 de noviembre que declaró la constitucionalidad de la Ley N°2334 de 19 de febrero de 2002, que benefició a ex trabajadores del Distrito de Oruro.

II.1. Petitorio.

Solicitan que se declare improbada la demanda contenciosa administrativa interpuesta por Mirtha Angélica Rojas Peralta y Luis Adolfo Sierra Díaz, en su calidad de representantes de ENFE.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

Que la presente controversia, radica en determinar si las transferencias realizadas de los bienes inmuebles de propiedad de ENFE referidos en las Licitaciones Públicas N° GCBIT-003CBBA; GCBITOO5CBBA, y, GCBITOO8CBBA, son nulas de pleno derecho por violación de la previsión contenida en el art. 59 inc. 7) de la anterior CPE, que establecía la facultad del Poder Legislativo para autorizar la transferencia de bienes nacionales, departamentales y de las universidades y todos los que sean de dominio público, previsión constitucional que también se encuentra prevista en el art. 158 parágrafo I, inc. 13) de la actual CPE, por cuya razón se ingresa en las causales previstas por el art. 549 inc. 2), 3) y 4) del Código Civil, siendo ése el marco al que se suscribirá la presente Resolución.

Ahora bien, de los antecedentes procesales, cursa el Testimonio 277/96 de 12 de diciembre de 1996, sobre transferencia de terreno suscrita entre ENFE y la Asociación Accidental Urkupiña, respecto a la superficie de 45.603 Mts2., ubicada en el patio Sud de la Ex Estación Central de la ciudad de Cochabamba (fs. 1162 a 1188).

Testimonio N°1083 de 16 de marzo de 1998, por el que se transfiere 12.322 Mts2., a favor de la Asociación Accidental Urkupiña, conforme a la Licitación Pública GCBIT 005 CBBA (fs. 40 a 78).

Ley N°3320 de 9 de enero de 2006, que de acuerdo a la previsión contenida en el art. 59 atribución 7a de la CPE autoriza a ENFE a transferir a título oneroso y de acuerdo al valor catastral los inmuebles de 4.984 Mst2. y 2.100 Mts2, ubicados en la ciudad de Cochabamba (fs. 395 a 396).

Convenio Suscrito entre el Sindicato de ENFE y el Gobierno Nacional de 13 de diciembre de 1995, por el que se acuerda que el Gobierno Nacional realizará transferencia de

terrenos a título oneroso a favor de los trabajadores de ENFE (fs.1070 a 1071), que luego fue Homologada por Resolución Secretarial N°001/96 de 29 de enero de 1996 (fs. 10729).

Convenio suscrito entre ENFE y los ex trabajadores de ENFE del Distrito de Cochabamba, suscrito el 18 de diciembre de 2001, por el cual se acepta regularizar y consolidar las transferencias de inmuebles realizadas mediante las Licitaciones Públicas GCBIT003CBBA, GCBITOO5CBBA, y GCBITOO8CBBA (fs. 1073 a 1075).

Sentencia Constitucional N°98/2002, que fue emitida dentro de una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley N°2334 de 19 de febrero de 2002, que autorizó a ENFE la transferencia de bienes inmuebles de su propiedad a favor de los ex trabajadores de ENFE, en cuya parte resolutiva señaló: "El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los artículos 120-1a CPE, 7 inc.1) y 54 y siguientes de la Ley del Tribunal Constitucional declara la CONSTITUCIONALIDAD de la Ley 2334 de 19 de febrero de 2002" (sic).

Ley N°2399 que señala: Artículo 1° "En aplicación de los Artículos 162° y 59° numerales 1) y 2) de la Constitución Política del Estado, concordante con el Decreto Supremo N°24177, de fecha 8 de diciembre de 1995, y el numeral 7), del citado Artículo 59°, autorizar la disposición de viviendas y lotes de terrenos de la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Estado, en favor de 250 familias de ex trabajadores ferroviarios del Distrito de Cochabamba, mediante Licitación Pública N° GCSIT-008 CEBA, como justa, ecuánime y equitativa compensación a los bajos montos percibidos como pago de beneficios sociales y la evidencia de no haber sido favorecidos con la construcción de viviendas por los ex -- Consejos de Vivienda, CONA VI, ni el vigente Fondo Nacional de Vivienda Social (FONVIS), pese al regular aporte efectuado por años, en favor de estas instituciones.

Artículo 20,- Autorizar a la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Estado, que en cumplimiento a normas del 1/SPA y demás disposiciones que hacen al ordenamiento urbano, sea la Empresa como transferente de viviendas y lotes de terrenos, quien asuma para si las sesiones de 20.064 m2, que representa el 44% del total adjudicado, en favor del Gobierno Municipal destinados a áreas verdes, de equipamiento y las de acceso sin afectar la superficie de metros cuadrados útiles adjudicados a los ex -- trabajadores de ENFE".

Posteriormente y de los datos del proceso, que previa tramitación y sorteo respectivo, se emitió la Sentencia N°384/2017 de 6 de junio, declaró improbada la demanda contenciosa de fs. 237 a 244 vta., interpuesta por los representantes de ENFE; y contra dicha Resolución, la parte demandante presentó acción de amparo constitucional, resuelta mediante la Resolución Constitucional de 3 de septiembre de 2018, por el Juez Público 8vo de Familia del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, constituido en Juez de Derechos y Garantías Constitucionales, concediendo la tutela solicitada por la parte accionante y disponiendo la nulidad de la citada Sentencia, debiendo emitir este Tribunal una nueva, conforme a los argumentos establecidos en ella.

Finalmente, en vía de revisión de la referida Resolución Constitucional de 3 de septiembre de 2018, el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de su Sala Segunda, emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0208/2019-S2 de 20 de mayo, que confirmó en parte la Resolución Constitucional citada; y en consecuencia, concedió en parte la tutela impetrada, únicamente en lo que respecta al debido proceso en sus componentes de fundamentación, motivación y congruencia (fs. 2812 a 2829); en ese sentido, se evidencia que a fs. 2839 vta, de obrados, cursa el sorteo respectivo de la presente causa, en

cumplimiento a los fallos constitucionales descritos anteriormente, que ordenan la emisión de una nueva Sentencia a este alto Tribunal de Justicia y por consiguiente se pasa a considerar la resolución de fondo, de conformidad con los arts. 203 de la CPE, 15.1 y II de la Ley N°254-Código Procesal Constitucional (CPCons) y 8 de la Ley N°027-Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP), referidos al carácter vinculante y cumplimiento obligatorio que tienen las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional; por consiguiente, se concluye que las Sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, al gozar el carácter vinculante, el cumplimiento de las mismas, es imperativo, de manera inmediata y sin observación alguna (las negrillas son añadidas).

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

La problemática legal sujeta a resolución en el presente proceso contencioso, se circunscribe en determinar; si las transferencias realizadas de los bienes inmuebles de propiedad de ENFE referidos en las Licitaciones Públicas N° GCBIT-003CBBA; GCBITOO5CBBA, y, GCBITOO8CBBA, son nulas de pleno derecho por violación de la previsión contenida en el art. 59 inc. 7) de la anterior CPE, que establecía la facultad del Poder Legislativo para autorizar la transferencia de bienes nacionales, departamentales y de las universidades y todos los que sean de dominio público, previsión constitucional que también se encuentra prevista en el art. 158 parágrafo I, inc. 13) de la actual CPE, por cuya razón se hubiese incurrido en las causales de nulidad previstas por el art. 549 inc. 2), 3) y 4) del Código Civil, siendo ése el marco al que se suscribirá la presente Resolución.

En el marco precedentemente descrito, conviene recordar que luego de promulgada la Ley N°1544 de 21 de marzo de 1994 (Ley de Capitalización), que comprendía entre otras empresa estatales, a ENFE, se promulgó el DS N°24177 de 8 de diciembre de 1995, cuya finalidad estaba orientada a definir el régimen de propiedad aplicable a los bienes que se encontraban bajo propiedad o administración de ENFE, pues conforme reza el mencionado Decreto Supremo, ENFE desde el momento de su creación además de los bienes que le fueron entregados por el Estado, había adquirido otros que a ese momento también constituían parte de su patrimonio, es así que en su artículo Primero señala:

"Son bienes afectados al servicio público ferroviario:

a) Las vías férreas principales y auxiliares, derechos de vía de hasta quince (15) metros a cada lado del eje de vía, estaciones, subestaciones, sus márgenes de seguridad, almacenes, edificios, bodegas, cuadros de estación que sean necesarios para las operaciones ferroviarias de transporte de pasajeros y carga, incluidos andenes, plataformas, espacios para acceso, circulación, espera y obras de arte.

b) Las maestranzas, establecimientos de reparación del material rodante y equipos, edificios necesarios para las operaciones de mantenimiento, espera de reparación y espacios para depósito de materiales.

c) Los bienes destinados a actividades administrativas y auxiliares de las mismas, edificios dedicados a los servicios técnicos de apoyo, terrenos destinados a instalaciones fijas de cualquier tipo, incluso cuando no tengan continuidad con las vías o estaciones.

d) Los bienes consistentes en márgenes de libranza del material rodante, espacios para maniobras de carga y descarga, espacios necesarios para la implantación de todas las instalaciones fijas (de señalización, telecomunicaciones, eléctricas, fuerza motriz, provisión de

agua, sanitarias y otras), zanjas de desagüe y servicios conexos, más los espacios reservados para futuras vías adicionales en los tramos de línea que las justifiquen.

e) Los bienes que se prevé serán utilizados en el futuro para la expansión de las actividades ferroviarias o para la reubicación de las mismas.

Artículo 2°. - Constituyen patrimonio del Estado todos los bienes afectados al servicio público ferroviario incluyendo aquellos bienes hasta el presente bajo administración de la Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENFE).

Artículo 3°. - Dispónese la transferencia a título gratuito en favor del Estado, de los bienes de propiedad de ENFE que se encuentren afectados al servicio público ferroviario.

Artículo 4°. - Los bienes del Estado no afectados al servicio público ferroviario, que se encuentren bajo administración de ENFE, continuarán bajo administración de dicha Empresa.

Artículo 5°. - Es deber de toda persona respetar y proteger los bienes afectados al servicio público ferroviario. Dichos bienes son propiedad pública e inviolable y sólo podrán ser enajenados con autorización del Poder Legislativo.

Artículo 6°. - Los bienes de ENFE no afectados al servicio público ferroviario constituyen bienes patrimoniales de esta Empresa, correspondiendo a la misma ejercer las acciones legales necesarias para su administración, disposición, conservación y recuperación.

Artículo 7°. - Para la identificación de los bienes afectados al servicio público ferroviario, ENFE deberá levantar un inventario definitivo, incluyendo su delimitación topográfica, en el plazo de dieciocho meses, contado a partir de la fecha de cierre de la Licitación Pública Internacional para la Capitalización"

De la revisión del DS N°24177, se establece que el patrimonio de ENFE hasta el momento de la capitalización, estaba compuesto por bienes afectados al servicio público ferroviario y por bienes no afectados al servicio público en cuestión; ahora bien, de ello se puede concluir que los bienes no afectados podían ser dispuestos sin restricción alguna por ENFE y para la enajenación de los bienes afectados al servicio público ferroviario, se requería autorización del Poder Legislativo; es decir, en ambos casos era posible su enajenación, empero en el último caso, se requería de autorización del Poder Legislativo. Asimismo, se establece que debía existir un proceso de identificación de los bienes conforme al art. 7 del mencionado Decreto Supremo.

Por otra parte, se tiene que como efecto de la capitalización se produjo una serie de conflictos sociales y laborales, que en el caso concreto motivó la suscripción en la ciudad de Cochabamba del Convenio entre el Sindicato de ENFE y el Gobierno Nacional de 13 de diciembre de 1995, por el que se acuerda que el Gobierno Nacional realizará transferencia de terrenos a título oneroso a favor de los trabajadores de ENFE (fs.1 070 a 1071), este convenio luego fue homologado por el Ministerio de Trabajo por Resolución Secretarial N°001/96 de 29 de enero de 1996; asimismo, en los antecedentes cursa el Convenio de 18 de diciembre de 2001, suscrito entre ENFE y los ex trabajadores de ENFE, en el que se hace referencia al primer Convenio, que motivó las Licitaciones Públicas GCBIT 008 CBBA; GCBIT 003 CBBA; y GCBIT 005 CBBA, mediante las cuales, los ex trabajadores de ENFE se adjudicaron las superficies de terreno de 45.603 Mts2.; 19.031 Mts2.; y, 4.970 Mts2., en este convenio se acuerda sanear las transferencias que emergieron de las mencionadas licitaciones, mediante la autorización respectiva del Congreso Nacional, en observancia del

art. 59 num. 7) de la CPE. Concordante con estos convenios suscritos cursan otros antecedentes como ser la Resolución Secretarial N°315/96 de 11 de julio, que hace mención a los convenios suscritos y se acuerda determinar previa negociación, requisitos, precios y ubicación de los inmuebles a ser transferidos a favor de los ex trabajadores de ENFE.

Como efecto de la Licitación Pública GCBIT 008 CBBA, se tiene el Testimonio 277/96 de 12 de diciembre de 1996, mediante el cual ENFE transfiere a favor de la Asociación Accidental Urkupiña, la superficie de 45.603 Mts2., ubicada en el patio Sud de la Ex Estación Central de la ciudad de Cochabamba, cuyos límites y colindancias se encuentran consignados en la cláusula Tercera; asimismo, encontramos el Testimonio N°1083 de 16 de marzo de 1998, por el que ENFE transfiere 12.322 Mts2., a favor de la Asociación Accidental Urkupiña, que de acuerdo a la cláusula Tercera, señala: "El bien inmueble que está siendo enajenado mediante el presente documento, es parte de los 45.603 Mts2., de propiedad de ENFE ..." (sic), y están ubicados en el patio Norte de la Ex Estación Central de la ciudad de Cochabamba.

En ese sentido, resulta necesario a objeto de resolver la presente problemática, determinar conforme a los antecedentes la existencia o no del Inventario Definitivo que fue ordenado en el art. 7 del DS N°24177 de 8 de diciembre de 1995, pues, este Tribunal considera fundamental a objeto de la resolución de la presente causa porque en el mismo se debía identificar los "bienes afectados al servicio público ferroviario", con su respectiva delimitación topográfica, conforme el referido artículo, y ello resulta relevante si consideramos que los bienes respecto de los que se pudiera establecer esa condición, son los que requerirían de autorización Congresal a objeto de ser transferidos, pues existe otro grupo de bienes denominados "no afectados al servicio público ferroviario", cuya administración y disposición poseía otras características, y remitiéndonos al tenor íntegro de la demanda y la prueba adjunta a la misma, se establece que no existe exposición argumentativa sobre este aspecto de vital importancia, como tampoco cursa el denominado "Inventario Definitivo", exigido expresamente por el art. 7 del DS N°24177, aspecto que era obligación de la parte ahora demandante, y tal falencia e imprecisión impide conocer las características y la ubicación geográfica de los bienes cuyas transferencias hoy se demandan de nulidad, y en esas condiciones no es posible afectar el derecho propietario de los ahora demandados, como genéricamente pretende la parte demandante. Por otra parte, la pretensión de la empresa ENFE tiene como base de sus antecedentes a las Licitaciones Públicas Nos. GCBIT003CBBA, GCBITOO5CBBA, y GCBITOO8CBBA, las cuales son tachadas de nulas y que dieron origen a las transferencias efectuadas cuya nulidad se pretende; sin embargo, tampoco se encuentran los antecedentes de las mismas, pues solo se adjuntó el Testimonio 277/96 de 12 de diciembre de 1996, que corresponde a la Licitación Pública N° GCBITOO8CBBA, que dio origen a la transferencia de 45.603 Mts2., y el Testimonio 1083/97 de 16 de junio de 1997, que corresponde a la Licitación Pública N° GCBITOO5CBBA, y a la posterior transferencia de 12.322 Mts2.; es decir, no cursa el Testimonio de transferencia respecto a la Licitación Pública N° GCBIT003CBBA, cuya nulidad también se pretende, impidiendo este aspecto el análisis y resolución sobre la misma, pues no se acompañó los documentos que respalden la nulidad pretendida por la empresa ENFE al presente proceso contencioso.

No obstante, las falencias descritas y en base a las consideraciones precedentes, cabe referirse a la Licitación Pública N° GCBITOO8CBBA, que derivó en la transferencia que se acredita por Testimonio 277/96 de 12 de diciembre de 1996, de cuya revisión se establece

que la superficie transferida de 45.603 Mts2., deriva de una superficie inicial de 107.445.25 Mts2 de propiedad de ENFE, y que esta transferencia tiene como base entre otros antecedentes, al DS N°24177 y específicamente su art. 6, referido a los bienes no afectados al servicio público ferroviario, y dicha transferencia fue autorizada también por la Ley N°2399, que en su art. 10 señaló: "En aplicación de los Artículos 162° y 59° numerales 1) y 2) de la Constitución Política del Estado, concordante con el Decreto Supremo N°24177, de fecha 8 de diciembre de 1995, y el numeral 7), del citado Artículo 59°, autorizar la disposición de viviendas y lotes de terrenos de la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Estado, en favor de 250 familias de ex trabajadores ferroviarios del Distrito de Cochabamba, mediante Licitación Pública N° GCBIT-008 CBBA, como justa, ecuánime y equitativa compensación a los bajos montos percibidos como pago de beneficios sociales y la evidencia de no haber sido favorecidos con la construcción de viviendas por los ex -- Consejos de Vivienda, CONAVI, ni el vigente Fondo Nacional de Vivienda Social (FONVIS), pese al regular aporte efectuado por años, en favor de estas instituciones"; consecuentemente, al margen de las falencias anotadas en párrafos anteriores, respecto a la falta de definición de la naturaleza de los bienes de propiedad de ENFE, como también la falta de definición de su ubicación geográfica prevista en el art. 7 del DS N°24177 de 8 de diciembre de 1995, que permita sobre todo una clara identificación de los mismos; se tiene que, esta transferencia, originada como consecuencia del proceso de capitalización y su posterior Licitación Pública en favor de los ex trabajadores de ENFE, que además tiene como antecedentes una serie de Convenios suscritos entre ENFE y sus ex Trabajadores, posee Autorización del Poder Legislativo, tal como exigía el art. 59 inc. 7) de la CPE de 1967, al expresar que "son atribuciones del Poder Legislativo, entre otras, la de autorizar al Ejecutivo la adquisición de bienes inmuebles", disposición legal aplicable al caso de autos porque los hechos ocurrieron durante la vigencia de la citada Constitución (ahora abrogada), de ahí que el principal argumento en que los demandantes basan su demanda, queda plenamente desvirtuado, pues tanto el Directorio, como el asesor legal de ENFE suscribieron actos administrativos que alcanzaban la venta mediante licitación pública de un inmueble de su pertenencia, cumplimiento con el procedimiento respectivo para la realización de la transferencia en cuestión, conforme consta de fs. 1162 a 1198 vta., de obrados, y en cuyo mérito, corresponde declarar improbada la demanda intentada, pues no se acreditó de forma alguna la existencia de las causales de nulidad alegadas como son las previstas en el art. 549 inc. 2, 3, y 4 del Código Civil, que estaban vinculadas a la presunta inobservancia del art. 59 inc. 7) de la CPE de ese entonces, concordante con el ahora art. 158.1.13) de la actual CPE.

Por otra parte, en cuanto a la transferencia realizada mediante Licitación Pública N° GCBITOO5CBBA, de la superficie de 12.322 Mts2., que consta en el Testimonio 1083/1998 de 16 de marzo de 1998, en su cláusula Tercera, se refiere a la descripción del inmueble que se transfiere, y textualmente señala: "El bien inmueble que está siendo enajenado mediante el presente documento, es parte de los 45.603 metros cuadrados de propiedad de la Empresa Nacional de Ferrocarriles ..." (sic), extremo que genera incertidumbre respecto al origen de esta superficie, pues este documento expresamente menciona que se trataría de parte o fracción de los 45.603 Mts2, que fueron objeto de autorización del Poder Legislativo, conforme se evidencia de la Ley 2399, siendo así, se puede deducir que se ha cumplido con el mandato previsto en el art. 59 inc. 7) de la CPE de 1967, razón por la cual se puede afirmar que la transferencia realizada, tampoco ingresa dentro de las causales de nulidad previstas en el art. 549 inc. 2, 3, y 4 del Código Civil, por lo que no corresponde la pretendida

nulidad de esta transferencia como erradamente alega la parte demandante; y respecto a este punto, también cabe precisar que además de las falencias anotadas a lo largo de la presente Resolución, no es posible dejar de advertir que en la demanda, al referirse a la Licitación Pública N° GCBITOO5CBBA, se hace referencia a que se hubiera transferido la superficie de 4.970 Mts2., siendo que en el Testimonio 1083/1998 de 16 de marzo de 1998, que corresponde a dicha Licitación, precisa claramente que la superficie que se transfiere es de 12.322 Mts2.

En tal sentido, una vez más se evidencia el defecto referido a la falta de una precisa identificación, primero de los bienes afectados al servicio público ferroviario y los no afectados al servicio público ferroviario, conforme lo previsto en el ya citado art. 7 del DS N°24177 y contradicción entre sus fundamentos y la prueba presentada en el proceso, atribuible a ENFE ya que tal disposición legal establece que debía levantar un inventario definitivo sobre los bienes afectados al servicio público ferroviario y por otra parte, la exacta ubicación geográfica de las superficies declaradas y definidas en uno u otro sentido, para en su caso o no, poder establecer si se trata o no de las superficies transferidas y que ahora resultan cuestionadas por la parte demandante, siendo este otro fundamento para declarar improbada la demanda; puesto que, no resulta suficiente señalar de manera genérica, sin determinar de manera concreta los datos de las superficies reclamadas conforme establece el Decreto Supremo mencionado, aspecto que denota falta de carga argumentativa por la parte demandante, y que este Tribunal no puede suplir la misma.

Respecto a la Licitación Pública N° GCBrT-003CBBA, referida a la transferencia de 3.478 Mts2„ según se consigna en la demanda, también corresponde declarar improbada la demanda, pues como se advirtió en párrafos precedentes, no existe documentación alguna referida a dicha Licitación ni al Testimonio que evidenciaría tal transferencia, incumpliendo con la carga argumentativa y probatoria la parte demandante para demostrar el extremo vertido en su pretensión.

De todo lo anteriormente expuesto y ante la presunta inobservancia del art. 59 inc.7) de la CPE de 1967, que ahora se encuentra prevista en el tenor del art. 158 de la actual Constitución, al señalar: "I. Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la Ley: 13) Aprobar la enajenación de bienes de dominio público del Estado" (sic); es que precisamente ENFE reconoció en el Testimonio N°277/96, de venta, suscrito mediante licitación pública de inmuebles de su propiedad (fs. 1170) que, a través del DS N°24177 de 8 de diciembre de 1995 determinaba que los bienes del Estado no afectados al servicio público ferroviario y se encontraban bajo la administración de ENFE, continuarían baja la administración de dicha empresa; además que, le facultada conforme el art. 6 de dicha normativa, la potestad de ejercer acciones legales necesarias para su administración, disposición, conservación y recuperación; y en ese sentido, es decir, conforme a las facultades de disposición que tenía la empresa demandante, es que mediante Resolución Suprema N°216145, se permitió realizar la venta de sus bienes, ya sea muebles o inmuebles, vía Licitación Pública y previo cumplimiento de las normas establecidas por el Reglamento Interno del Sistema de Administración de Bienes y Servicios de la empresa ENFE; por lo que, mediante Resolución de Directorio N°053/96 de 3 de septiembre de 1996 se autorizó proceder a la venta del inmueble de la empresa demandante, mediante licitación pública valga la redundancia, la cual fue cumplida a cabalidad.

En ese sentido, resulta evidente la clara manifestación de voluntad de la empresa demandante en la suscripción de los contratos de venta, al haber estampado sus firmas el Presidente Ejecutivo del Directorio y Gerente General de ENFE (fs. 1198); por lo que mal podría ahora la citada empresa desconocer dichos actos administrativos suscritos con la Asociación Accidental Virgen de Urkupiña; pues, dicha venta fue suscrita y celebrada por la MAE de la empresa ENFE en aquella época y precisamente considerando la voluntad manifiesta en la celebración de las ventas de inmuebles realizadas, es que se debe tomar en cuenta que, en materia administrativa la doctrina de los actos propios que en latín es conocida bajo la fórmula del principio del "venire contra factum proprium non valet", proclama el principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad; es decir, que se prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra, que había actuado de esa manera en la buena fe de la primera, constituyendo de esa manera, en un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y particularmente, de la exigencia de observar, dentro del procedimiento, un comportamiento consecuente y coherente.

Conforme a la cita de la enciclopedia OMEBA, Tomo I, sobre los actos propios, se ha señalado que la misma puede ser reducida al principio general que a "... nadie es lícito ir contra sus propios actos cuando éstos son expresión del consentimiento de quien los ejecuta y obedece al designio de crear, modificar o extinguir relaciones de derecho. Es decir, cuando se trata de actos jurídicos que causan estado definiendo de una forma inalterable la posición jurídica de su autor..."; consiguientemente resulta relevante para el entendimiento de la mencionada teoría, el aporte de Luis Diez Picazo, quien considera que: "está vedado a un sujeto a asumir una conducta o intentar hacer valer una pretensión jurídica contradictoria con una postura anterior en tanto ha originado confianza en otro sujeto que se ve perjudicado por el ejercicio de ésta nueva pretensión al ver defraudada su fe puesta en el comportamiento primitivo" (sic) (las negrillas son nuestras).

En ese sentido, dicha doctrina deriva de la aplicación del principio lógico de no contradicción, aplicable en el campo del derecho público, en tanto exige al Estado un comportamiento coherente frente a los administrados, el obrar de una manera contradictoria con una conducta anterior dentro de una misma situación jurídica, conlleva responsabilidad para la autoridad administrativa, por lo que cuando la empresa ahora demandante suscribió los contratos de venta descritos en los testimonios de escritura pública, mediante su Presidente Ejecutivo del Directorio y su Gerente General de ese entonces, y quienes eran denominados a efectos de la suscripción de los contratos como "El Vendedor" (fs. 1154 y 1197) y la Asociación demandada mediante sus representantes legales; se evidencia claramente que manifestaron su consentimiento pleno al tenor íntegro de los testimonios de venta, para que recién ahora quiera desestimar tal suscripción con elementos escasos, genéricos y endeblemente argumentados en la presente demanda como consecuencia de una escasa carga argumentativa de la empresa demandante en la exposición de los argumentos pertinentes que acredite los puntos demandados sobre la supuesta nulidad de las ventas en la tramitación del proceso o finalmente a los alegatos o conclusiones; negligencia que no puede ser suplida con la invocación de una supuesta nulidad de la suscripción de los contratos de venta por incumplimiento de las normas legales recién ahora, pretendiendo suplir -como se tiene dicho-, la dejadez o negligencia de quienes tenían a su cargo la defensa de los intereses de la parte demandante y sin una clara demostración de las causales de nulidad

que invoca hubiesen existido, causales como ya se explicó, no fueron demostradas con la prueba y fundamentos legales pertinentes.

Por lo anteriormente expuesto y la infundada postura de la empresa demandante, importaría ir en contra de la Doctrina de los Actos Propios descrita, al pretender la nulidad por supuesta falta del cumplimiento de las normas legales establecidas para la celebración de las ventas realizadas en ese entonces; aspecto que importaría el desconocimiento de sus propios actos, los cuales se presumen legítimos por estar sometidos a la Ley conforme lo establece el art. 4.g) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA); por lo que, no corresponde, que con el afán de evadir los resultados asumidos al suscribir los testimonios de ventas, niegue ahora actos propios como empresa consignada en calidad de "vendedora" en los contratos realizados en aquel entonces y como erradamente aspira al realizar los reclamos establecidos en su demanda, con total falta de argumento y contradiciendo sus actos, que fueron manifestación plena de su voluntad y consentimiento, siendo ilógico recién ahora alegar posibles incumplimientos a la normativa legal de ese entonces para la suscripción de las ventas ya efectuadas y perfeccionadas, suscritas por la empresa demandante hacia aquel tiempo atrás; más aún si existe constancia en obrados sobre la promulgación de las Leyes Nos. 2398 y 2408, que consolidaron las transferencias de inmuebles suscritas entre ENFE y la Asociación Accidental Virgen de Urkupiña.

Si bien es cierto que, las citadas leyes fueron posteriores al proceso de licitaciones públicas, realizadas por la propia empresa demandante; empero, corresponde hacerle notar a ENFE que, el art. 88 del DS N°0181 prevé lo siguiente: "I. La suscripción del contrato deberá ser efectuada por la MAE o por quien hubiese sido delegado por ésta, de acuerdo con las normas de constitución y funcionamiento de cada entidad pública. II. El contrato que por su naturaleza o mandato expreso de la Ley requiera ser otorgado en escritura pública, y aquel cuyo monto sea igual o superior a Bs.1.000.000.- (UN MILLON 00/100 BOLIVIANOS) deberá ser protocolizado por la entidad pública contratante ante la Notaría de Gobierno, el costo del trámite será asumido por el contratista o proveedor (..)"(sic); continuando con el referido artículo, dentro del parágrafo II indica expresamente que : "La falta de protocolización del contrato o la demora en concluir este procedimiento, no afecta la validez de las obligaciones contractuales o la procedencia de/pago acordado (...)"(sic) (las negrillas son nuestras).

Por consiguiente, en el presente caso y conforme lo anteriormente descrito, los responsables del cumplimiento de la normativa legal vigente en aquel entonces para la suscripción de las ventas ejecutadas, eran precisamente la MAE y los funcionarios de ENFE y no así, atribuir una supuesta nulidad o invalidez de las transferencias realizadas hace bastante tiempo atrás a la Asociación demandada, violando toda seguridad jurídica y verdad material, que deben existir en todo proceso, conforme lo establecen los arts. 178 y 180 de la CPE y como en el presente, debe velarse y respetar tales principios constitucionales que gozan las partes suscribientes de las licitaciones públicas realizadas, pues por una supuesta falta de requisitos formales, los cuales si hubiesen existido, debieron ser observados oportunamente por la parte vendedora ENFE; pues caso contrario, se generaría un caos jurídico en perjuicio de los compradores de buena fe que suscribieron los contratos celebrados hace bastante tiempo y no ahora como pretende la empresa demandante; quedando totalmente claro que el art. 88 del DS N°0181 no establece nulidad alguna y menos aún, responsabilidad atribuible a la Asociación Accidental demandada, por la falta de protocolización de los contratos de venta suscritos como señala también en la demanda o por la propia validez de las obligaciones contractuales adquiridas entre las partes; máxime si

consideramos que los ex trabajadores, no son responsables de las irregularidades que se pudieron cometer en el proceso de adjudicación, ni en la elaboración de la minuta en algunas de esas licitaciones, las cuales fueron regularizadas mediante leyes que autorizan la transferencias realizadas, y precisamente de conformidad a lo estipulado en la parte in fine del citado artículo, generaría en todo caso, responsabilidades a los miembros del

Directorio de ese entonces conforme el citado art. 6 del DS N°0181, modificado por el art. 3 del DS N°0843 de 13 de abril de 2011, que claramente establece la responsabilidad para MAE's y servidores de las entidades públicas señaladas en los arts. 3 y 4 de la Ley N°1178 de 20 de julio de 1990 y que entre esas se encuentran las empresas de los gobiernos nacional, departamental y local, que hayan incumplido las NB-SABS y los instrumentos elaborados por el Órgano Rector en los procesos de contratación, pero de ninguna manera establece la nulidad de las transferencias de venta suscritas tiempo atrás, con la Asociación Accidental Virgen de Urkupiña y desde luego, en desmedro de los derechos de la parte demandada; más aún, si consideramos que el objeto o finalidad de dichas transferencias fue por la justa, ecuánime y equitativa compensación a los bajos montos percibidos como pagos de beneficios sociales de los ex trabajadores de ENFE y la evidencia de no haber sido favorecidos con la construcción de viviendas por los ex-Consejos de Vivienda, CONAVI, ni el vigente Fondo Nacional de Vivienda Social (FONVIS), pese al regular aporte efectuado por años, en favor de estas instituciones, conforme lo prevé el art. 1 de la Ley 2399; por lo que tampoco puede considerarse un daño económico al Estado ocasionado por la Asociación Accidental demandada, pues fue precisamente con la finalidad social mencionada en favor de los ex trabajadores, es que se efectuaron las transferencias de inmuebles; por consiguiente, no resultan evidentes los reclamos de la empresa demandante.

Finalmente, respecto al Informe de Auditoría Especial sobre el proceso de venta de Bienes Muebles e Inmuebles durante las Gestiones 1996 y 1997, de fecha 9 de octubre de 1997, el cual no fue motivo de pronunciamiento en la inicial Sentencia N°384/2017 de 6 de junio emitida por este Tribunal y de acuerdo a la orden de pronunciamiento expreso sobre el referido Informe de Auditoria en la Resolución Constitucional de 3 de septiembre de 2018, emitida por el Juez Garantías y subsiguientemente en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0208/2019-S2; cabe señalar que, en cumplimiento a dichos fallos constitucionales y previa revisión minuciosa a la referida Auditoria Especial sobre el proceso de venta de bienes muebles e inmuebles de ENFE durante las gestiones 1996 y 1997, cursante de fs. 72 a 91 de obrados; se advierte claramente que, ENFE mediante licitaciones públicas, vendió terrenos detallados a fs. 75 de obrados, determinando dicho Informe "la existencia de indicios de responsabilidad civil solidaria, con aplicación del Art. 77° inciso h) de la Ley del Sistema de Control Fiscal por US$ 133.778, contra: 1) ex Gerente General, por la elaboración del pliego de especificaciones; 2) ex Presidente Ejecutivo y Presidente Ejecutivo, ambos, por la aprobación del pliego de especificaciones y por la firma de la minuta de transferencia; 3) Director Jurídico, por la firma de la minuta de transferencia; 4) cinco Miembros del Directorio, por la aprobación del pliego de especificaciones, todos de la empresa ENFE; conforme consta a fs. 80 de obrados.

En ese sentido, la entonces Contraloría General de la República como conclusión general del Informe de Auditoría Especial, estableció que al haberse ocasionado daño civil significativo contra la economía de ENFE Bienes y Servicios, por los involucrados mencionados y en aplicación del art. 50 del DS N°23215, sugirió prescindir del proceso de aclaración establecido en los arts. 39° y 40° de la misma disposición legal y esta conclusión

estaría también soportada por el informe de la Subcontraloría de Servicios Legales; por lo que, el Informe de Auditoria motivo de análisis, recomienda al Señor Contralor General de la República, la aprobación del informe de auditoría, para que de acuerdo al art. 3 de la Ley del Procedimiento Coactivo Fiscal (LPCF), se constituya en instrumento con fuerza coactiva.

Asimismo, cursa el Dictamen de Responsabilidad Civil CGR-1/D-074/97 de fs. 82 a 85 de obrados, el cual indica que tal dictamen, constituye una opinión técnica jurídica emitida por el Contralor General de la República y de acuerdo al art. 52 del DS N°23318-A, sirve para que la entidad damnificada requiera a los responsables el pago del presunto daño e inicie o prosiga la acción legal que corresponda contra estos; y por la naturaleza de las obligaciones que han ocasionado daño económico a la entidad y habiendo sido identificados los responsables en el ejercicio de sus funciones en la empresa ENFE, como también se determinó las sumas líquidas y exigibles, correspondía su recuperación por la vía coactiva fiscal, debiendo aprobarse por el Contralor General de la República del informe de Auditoría N° E3 AP21 A7 C4, de conformidad a lo dispuesto en el art. 3 de la LPCF; por lo que, el Controlador dictaminó indicios de responsabilidad civil de los funcionarios de ese entonces de la empresa ENFE y por los montos y cargos detallados de fs. 83 a 84, sujetos a la aplicación del art. 77, inciso h) de la Ley del Sistema de Control Fiscal.

Por consiguiente, el referido Informe de Auditoría y Dictamen de Responsabilidad Civil, establecen que debían recuperar esos recursos mediante la vía coactiva fiscal en contra de sus propios funcionarios que suscribieron y participaron en las licitaciones públicas celebradas en la gestión 1996 y 1997, y no así como equivocadamente se pretende mediante el presente proceso contencioso, en total desconocimiento de la naturaleza jurídica de los procesos coactivos fiscales y el procedimiento previsto en los arts. 3 y sgtes. de la LPCF; pues como ya se explicó, ENFE, si consideró que existían recursos por recuperar a su favor, debió acudir a la vía coactiva fiscal, con base a los citados "Informe de Auditoria Especial y Dictamen de Responsabilidad Civil", de fs. 72 a 81 y 82 a 85; respectivamente y a su ley especial que rige tal materia; por lo que no amerita mayor análisis al respecto sobre el Informe de Auditoria ordenado por los Fallos Constitucionales mencionados; consiguientemente y conforme lo anteriormente expuesto, los responsables del cumplimiento de la normativa legal vigente para la suscripción de los contratos de venta suscritos en el año 1996, eran precisamente la MAE y los servidores de la empresa ENFE y no así la Asociación Accidental, tampoco procede atribuir una supuesta nulidad de las ventas de terrenos por falta de requisitos en su celebración porque no fueron demostrados con prueba irrefutable en el proceso.

V. Conclusiones.

De todo lo expresado, se concluye que la parte demandante no cumplió su deber de demostrar que los bienes transferidos hayan sido declarados bienes afectados al servicio público ferroviario, tampoco demostró la ubicación geográfica exacta de los mismos, pese al mandato establecido en el DS N°24177 de 8 de diciembre de 1995, a objeto de su contraste con los bienes que se encontrarían en posesión de los demandados y tampoco demostró la inobservancia de la previsión contenida en el art. 59 inc. 7) de la CPE de 1967, concordante con el art. 158.1.13) de la actual CPE, que contrariamente a lo manifestado en la demanda, se estableció, previos convenios suscritos y también por la existencia de la Ley N°2399, que autorizó la transferencia de 45.603 Mts2., de los cuales se hubiera disgregado la superficie 12.322 Mts2., conforme al Testimonio 1083/1997, en su Cláusula Tercera.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en el ejercicio de la atribución conferida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014 y 777 del Código de Procedimiento Civil (vigente para este tipo de procesos), falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contencioso cursante de fs. 237 a 244 vta., interpuesta por los representantes de ENFE.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este tribunal por la autoridad demandada.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Relator: Magistrado Dr. Olvis Egüez Oliva

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

25

Sociedad Productos FAMILIA S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs.42 a 47 presentada por la sociedad PRODUCTOS FAMILIA S.A., impugnando la Resolución Administrativa DGE/ OPO /J-184NN / 2013 de 13 de diciembre, pronunciada por la Dirección General Ejecutiva del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI); la admisión de fs. 49; la contestación de fs. 65 a 68; réplica de fs. 195 a 198 vta.; dúplica de fs.203 a 206; los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

Milenka Saavedra Muñoz en representación de PRODUCTOS FAMILIA S.A. señala que el 13 de noviembre de 2012 dicha empresa presentó oposición contra la solicitud de registro para la marca CHIQUITIN (mixta), CLASE 5 a nombre de la sociedad PRINCEL LTDA.

Refiriendo a ello, que mediante Resolución Administrativa N°200/2013 de 13 de abril, se declaró probada la oposición interpuesta por PRODUCTOS FAMILIA S.A., denegando la solicitud de registro de la marca CHIQUITIN (mixta).

El 20 de junio de 2013 ante el Recurso de Revocatoria interpuesto contra dicha resolución por la sociedad PRINCEL LTDA., mediante Resolución Administrativa DPI/OP/REV-N°176/2013 de 19 de julio fue rechazado, confirmándose en todas sus partes la Resolución Administrativa N°200/2013 de 13 de abril.

Emergente de ello, la sociedad PRINCEL LTDA. interpuso Recurso Jerárquico, ante el cual mediante Resolución Administrativa DGE/OPO/J184NN/2013 de 13 de diciembre fue aceptado, revocando de forma total la Resolución Administrativa DPI/OP/REV-N°176/2013 de 19 de julio, declarando en consecuencia improbada la demanda de oposición presentada por PRODUCTOS FAMILIA S.A., y concediendo la solicitud de registro de la marca CHIQUITIN (mixta), Clase 5 de PRINCEL TDA. 1.2. Fundamentos de la demanda.

PRODUCTOS FAMILIA S.A. a través de su representante, solicita considerar lo determinado en las dos instancias administrativas previas a la Resolución de Jerárquico, señala que la marca solicitada para registro CHIQUITIN, induce a riesgo de confusión y asociación con la marca previamente registrada PEQUEÑIN de PRODUCTOS FAMILIA S.A.,

no pudiendo ser registrada por estar inmersa en la prohibición prevista en el artículo 136 lit, a) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

A ello indica que el signo solicitado CHIQUITIN es absolutamente similar a la marca PEQUEÑIN, toda vez que son palabras sinónimas, con un significado idéntico entre si y pertenecen a la misma categoría gramatical, es decir aducen a algo o a alguien "que tiene poco tamaño"(Sic), puesto que al escuchar una persona la palabra pequeño, piensa directamente en algo chico o reducido de tamaño, no existiendo por lo tanto elementos de diferenciación alguna de sustento para que el signo solicitado CHIQUITIN, sea considerado un signo distintivo y pueda coexistir pacíficamente en el mercado boliviano con la marca PEQUEÑIN, ya registrada para los mismos productos en la clase 5 y para otras directamente relacionadas con las clases 3 y 6".

Por otra parte, refiere que el elemento denominativo predomina sobre el elemento figurativo, puesto que las palabras CHIQUITIN y PEQUEÑIN causan mayor impacto que sus diseños, dejando un mismo recuerdo en la mente del consumidor por su similitud ortográfica y fonética.

A ello, refiere que la resolución jerárquica se limita a realizar el cotejo de comparación entre ambas marcas, desconociendo y obviando la existencia de otros registros para marca PEQUEÑIN (Denominación) clases: 16, 5, 24, 03; PEQUEÑIN & DEVICE (mixta) clases: 16, 25; PEQUEÑIN EXPLORADORES (mixta) clases: 03,16; PEQUEÑIN ACOSTADITOS (mixta) clases: 03, 16; PEQUEÑIN AVENTUREROS (mixta) clases: 03,16; PEQUEÑIN PREMIUM LO MÁS PARECIDO A NO TENER PAÑAL (slogan) clase 16.

Señalando además, la aplicación parcializada de las 4 reglas de cotejo de signos establecidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; donde los productos "pañales desechables" (Sic), que se pretenden distinguir con la marca CHIQUITIN, constituyen parte de los productos higiénicos que protege de forma general la marca PEQUEÑIN de PRODUCTOS FAMILIA S.A. dentro de la clase 5, siendo que además son titulares de la marca PEQUEÑIN además en las clases 3 y 16, directamente relacionadas con los productos higiénicos de la clase 5, toda vez que cuentan con los mismos canales de distribución y el mismo público consumidor, por lo que se compartirían centros de expendio, medios de publicidad y similar naturaleza y genero de productos, siendo ello contrario a las normas vigentes.

Señalando finalmente que se atenta contra el consumidor con relación al origen empresarial de la marca CHIQUITIN identificándolo como la marca PEQUEÑIN, así como con PRODUCTOS FAMILIA S.A., transgrediendo el artículo 13 de la Ley N°453.

I.3. Petitorio.

Concluye solicitando se declare PROBADA su demanda, revocando la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-184NN/ 2013 de 13 de diciembre y disponiendo se deniegue el registro de la marca CHIQUITIN clase 5 a nombre de la sociedad PRINCEL LTDA., con costas y demás condenaciones de ley.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

II.1 Fundamentación.

Jhilda Gabriela Murillo Zarate, apersonándose al proceso en su condición de directora general Ejecutiva del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual, respondió negativamente a la demanda, señalando que:

En relación al cotejo y comparación entre las marcas en conflicto, que la marca PEQUEÑIN es denominativa, y la marca CHIQUITIN es mixta, cuya combinación de estos elementos al ser apreciados en conjunto produce en el consumidor una idea sobre la marca que le permite diferenciarlas de las existentes en el mercado, prevaleciendo en el caso en cuanto a la marca CHIQUITIN como elemento de mayor influencia el denominativo.

A ello haciendo mención a las reglas de comparación y cotejo marcario, refiere que las marcas en conflicto coinciden en el mismo número de sílabas (3) con identidad en sus últimas letras "I" y "N", sin embargo, al observar que las palabras PEQUEÑIN - CHIQUITIN son disímiles por contar con estructuras morfológicas, secuencias vocálicas y silábicas diferentes, no son semejantes en el plano ortográfico, y por lo tanto no inducen a confusión visual en el consumidor. Agregando que, por la diferencia ortográfica y gramatical en el caso, no generan similar impacto auditivo resultando fácilmente diferenciables, no dejando el mismo recuerdo en la mente del consumidor medio.

Acotando que en relación a la confusión ideológica, por la que se evocaría una idea relacionada a un sector de la población al que van dirigidas las marcas en conflicto, es decir bebes, generando ambas las marcas la misma idea en la mente del consumidor, provocando con ello su confusión, señala que las expresiones evocativas no pueden ser monopolio de un solo empresario y que ambas marcas evoquen una idea similar no puede ser el único fundamento para impedir el registro de una marca por supuestamente inducir a confusión al público consumidor, más aun al determinarse que las marcas no se perciben de igual forma, debido a su estructura ortográfica diferente y al ser pronunciadas producen sonido diferente, lo cual no induce a error ni origina confusión al consumidor al ser denominaciones distintas.

Asimismo, refiere que las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente; y que el número de sílabas y la identidad de sus últimas letras, no provocan confusión, así como que al haberse determinado que las marcas no son semejantes ni idénticas no correspondería analizar la conexión competitiva, al no concurrir los dos factores para establecer la causal de riesgo.

A ello señala que la marca CHIQUITIN estuvo registrada desde el 11 de mayo de 1993 bajo el número 54849-C por la firma LABORATORIOS DE COSMÉTICOS VOGUE LTDA., evidenciándose de tal forma su coexistencia pacífica en el mercado con la marca PEQUEÑIN, no habiéndose ocasionado perjuicios entre los titulares de las marcas, ni confusión al consumidor durante 10 años, infiriéndose que por la convivencia que tuvieron ambas marcas a través del tiempo, no existe razones para rechazar la solicitud de la marca CHIQUITIN de la firma PRINCEL LTDA.

Refiriendo finalmente que, sobre el correcto cotejo de marcas, se evidencia que la marca solicitada CHIQUITIN no es similar a la marca registrada PEQUEÑIN al poseer elementos que le otorgan suficiente distintividad, y al existir diferencias entre las marcas en el conjunto que hacen que el consumidor medio pueda distinguirlas, pudiendo la marca que solicita registro coexistir pacíficamente con la marca del opositor.

II.2. Petitorio.

Finalmente solicita se dicte sentencia rechazando la demanda y confirmando la Resolución Administrativa DGE/ OPO /J-184NN / 2013 de 13 de diciembre.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

Los antecedentes cumplidos en sede administrativa y jurisdiccional que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente:

III. 1 El 14 de marzo de 2012, PRODUCTOS INDUSTRIALES DE CELULOSA - PRINCEL LTDA., solicitó ante el SERVICIO NACIONAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL (SENAPI) el registro de la marca del producto "CHIQUITIN" (mixta) para distinguir pañales desechables de la Clase 5 del Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas.

III.2 El 02 de octubre de 2012, dicha solicitud fue publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia 426, y dentro del término oportuno, PRODUCTOS FAMILIA S.A. presentó oposición.

III.3 El 30 de abril de 2013, el director del SENAPI mediante Resolución 200/2013, aceptó la oposición planteada por PRODUCTOS FAMILIA S.A., denegando la solicitud de registro del signo CHIQUITIN (mixto) solicitado por PRINCEL LTDA.

III.4 El 20 de junio de 2013, PRINCEL LTDA. presentó Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución 200/2013 de 30 de abril, el cual fue rechazado mediante Resolución DPI/OP/REV- 176/2013 el 19 de julio, confirmando en todas sus partes la Resolución 200/2013 que niega el registro del signo CHIQUITIN (mixto). 111.5 El 14 de agosto de 2013, PRINCEL LTDA. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa DPI / OP/ REV- 176 / 2013 de 13 de diciembre, el cual fue aceptado mediante Resolución Administrativa DGE/ OPO /J-184NN /2013 de 13 de diciembre, revocando la Resolución DPI/OP/REV- 176/2013, concediendo por tanto el registro del signo CHIQUITIN (mixto) a favor de PRINCEL LTDA.

III.6 El 07 de agosto de 2014, PRODUCTOS FAMILIA S.A. presentó Demanda Contenciosa Administrativa en contra de la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-184NN/2013 de 13 de diciembre.

III.7 Durante el curso del proceso contencioso administrativo, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia mediante Auto N°117/2015 de 13 de mayo (fs. 149 a 150), solicitó interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de los incs. b) e i) del artículo 135, e inc. a) del artículo 136, ambos de la Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

III.8 Ante la solicitud efectuada por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina remitió a este alto tribunal la Interpretación Prejudicial 551-IP-2015. (fs. 165 a 182).

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

De los antecedentes del proceso, la fundamentación de derecho y reconocida como se encuentra la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena para la resolución de la controversia, tomando en cuenta la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, en el que el Tribunal analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos corresponde realizar el control de legalidad sobre los actos ejercidos por las instancias de impugnación del SENAPI.

Consecuentemente, se establece que el objeto de la controversia se refiere a determinar: 1.- Si la marca CHIQUITIN no es sujeta a registro al estar inmersa en la prohibición prevista en el artículo 136 lit, a) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

V. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

En virtud al artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal Supremo de Justicia mediante Auto N°117/2015 de 13 de mayo (fs. 149 a 150), solicitó interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de los incs. b) e i) del artículo 135, y del inc. a) del artículo 136 de la Decisión 486 "Régimen Común sobre Propiedad Industrial", emitiendo este último la Interpretación solicitada signando el proceso como 551-IP-2015 (fs. 165 a 182), estableciendo la procedencia de la interpretación en cuanto al literal a) del artículo 136 de la Decisión 486, por su pertinencia; y no así de las literales b) e i) de su artículo 135, al no estar en discusión la posibilidad de que los signos sean engañosos. Conforme a ello, y en sujeción a lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el presente fallo, se aplicará la interpretación en mención; debiendo en consecuencia, dar cumplimiento a lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

VI. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Que establecidos los antecedentes precedentes, en estricta congruencia entre las pretensiones deducidas, la resolución jerárquica impugnada y la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal Supremo de Justicia considera:

En el marco de la delimitación para el registro de signos como marcas, establecida en el artículo 134 de la Decisión 486, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha considerado de manera específica y precisa, la imposibilidad de efectuar el registro en tanto se cumplan las causales establecidas en sus artículos 135 y 136.

A efecto de realizar el cotejo de los antecedentes referidos, se presentan a continuación los signos en conflicto:

OPOSITOR	PEQUEÑÍN	DENOMINACIÓN	Clase int. 5
		MIXTA	Clase Int. 03 y 16
SOLICITANTE		MIXTA	Clase Int. 5

En relación a la imposibilidad de registro de la marca CHIQUITIN que PRODUCTOS FAMILIA S.A. refiere en su demanda, toda vez que será absolutamente similar con la marca PEQUEÑIN al ser sinónima y con significado idéntico, no existiendo elementos que los

diferencien, generándose riesgo de confusión y asociación, por encontrarse inmersa en la prohibición prevista en el artículo 136 lit, a) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, no pudiendo de tal manera coexistir pacíficamente en el mercado; corresponde en inicio referir lo establecido por dicha norma, respecto a la identidad o semejanza de signos y su irregistrabilidad.

Artículo 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación;

Al respecto la Interpretación Prejudicial 551-IP-2015 solicitada en el caso por el Tribunal Supremo de Justicia refiere que conforme a la norma citada no podrá registrarse como marca el signo cuyo uso en el comercio afecte indebidamente el derecho de un tercero, por ser idéntico o semejante a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por el tercero, para un mismo producto o servicio, o para un producto o servicio respecto del cual el uso de aquel signo pueda causar riesgo de confusión o de asociación.

A ello, especifica que un signo es semejante cuando considerado en su conjunto, contiene diferencias tan insignificantes que pueden pasar desapercibidas al consumidor, y que para establecer su identidad o semejanza deben darse de manera acumulativamente 2 aspectos:

a) Todos los elementos incluidos en ambos signos son iguales o las diferencias entre ellos son tan irrelevantes que el consumidor medio no las tendrá en cuenta.

b) Los productos y/o servicios cubiertos respectivamente son idénticos o presentan conexión competitiva. Debiendo tener en cuenta el significado ordinario de los productos sin hacer un análisis extensivo de la presunta identidad.

Asimismo, indica que al resolver la acción planteada se deberá verificar si en el acto impugnado se examinó si entre los signos confrontados existe identidad o semejanza, para luego determinar si ello es capaz de generar riesgo de confusión (directa o indirecta) y/o de asociación en el público consumidor, teniendo en cuenta en esta valoración que la similitud entre dos signos puede ser: Fonética, Ortográfica, Grafica o figurativa, Ideológica o conceptual.

Al respecto de la revisión de la resolución jerárquica impugnada, se advierte que para el análisis comparativo entre las marcas confrontadas empleó las Reglas de comparación y cotejo marcario establecidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; refiriendo en relación a la Regla 1 que contempla que la confusión resulta de la imprecisión de conjunto despertada por las marcas:

PEQUEÑIN - CHIQUITIN - PEQUEÑIN - CHIQUITIN - PEQUEÑIN - CHIQUITIN

Asimismo, del análisis de la Posible confusión visual, las marcas en conflicto coinciden en el mismo número de sílabas (3) con identidad en sus últimas letras "I" y "N", sin embargo ello pasa a un segundo plano al observar las marcas en su conjunto, se advierte que las palabras PEQUEÑIN - CHIQUITIN son disímiles por contar con estructuras morfológicas, secuencias vocálicas y silábicas diferentes, estableciendo que los signos en conflicto no son

semejantes en el plano ortográfico, no induciendo de tal forma a confusión visual en el consumidor.

Asimismo, analizada que fuere la posible existencia de confusión auditiva por la resolución jerárquica impugnada, determina que ante la diferente estructura ortográfica y gramatical de los signos en conflicto, dentro del campo fonético no generan al ser escuchados por el consumidor similar impacto auditivo, siendo por lo tanto fácilmente diferenciables, no generando confusión auditiva en el consumidor.

Y en relación a la confusión ideológica, establece que las expresiones evocativas no pueden ser monopolio de un solo empresario, de tal forma el hecho de que ambas marcas evoquen una idea similar no puede ser el único fundamento para impedir el registro de una marca por supuestamente inducir a confusión al público consumidor, más aun al determinarse que las marcas no se perciben de igual forma, debido a su estructura ortográfica diferente y que al ser pronunciadas, producen sonido diferente, lo cual no induce a error ni origina confusión al consumidor al ser denominaciones distintas.

Por otra parte, la Interpretación Prejudicial 551-IP-2015 establece que se verificará que, al cotejar los signos en conflicto, se hayan observado las siguientes reglas:

La comparación debe efectuarse sin descomponer los elementos que conforman el conjunto de los signos en conflicto; es decir, cada uno debe analizarse con una visión de conjunto, teniendo en cuenta su unidad fonética, ortográfica, figurativa y conceptual.

Asimismo, la interpretación prejudicial refiere que en la comparación se debe emplear el método del cotejo sucesivo; infiriendo con ello que se debe analizar un signo y después el otro. No siendo procedente realizar un análisis simultáneo, pues el consumidor difícilmente observará los signos al mismo tiempo, sino que lo hará en momentos diferentes.

En relación a ello, la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-184NN/2013 de 13 de diciembre, refiriendo en relación a la Regla 2, que las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente efectuó la siguiente sucesión:

PEQUEÑIN - CHIQUITIN - PEQUEÑIN - CHIQUITIN - PEQUEÑIN - CHIQUITIN

Asimismo, la interpretación prejudicial refiere que el análisis comparativo debe enfatizar las semejanzas y no las diferencias, toda vez que es en las semejanzas en las que se puede percibir el riesgo de confusión o de asociación.

Refiriendo al respecto la resolución impugnada que el número de sílabas y la identidad de sus últimas letras, no provocan confusión.

Adicionalmente la interpretación prejudicial establece que al realizar la comparación es importante colocarse en el lugar del presunto comprador, pues de esta manera es posible advertir cómo el producto o servicio es percibido por el consumidor.

Señalando al respecto la resolución objeto de la demanda, que al haberse determinado que las marcas no son semejantes ni idénticas no corresponde analizar la conexión competitiva, al no concurrir los dos factores para establecer la causal de riesgo.

Por otra parte, en relación a la comparación entre signos mixtos, conforme refiere la interpretación prejudicial consultada en el caso, por el Tribunal Supremo de Justicia, una vez determinado cual es el elemento característico del signo mixto, se deberá tener en cuenta determinadas reglas para el cotejo entre los mismos.

En ese sentido, siendo que la Resolución Administrativa DGE/OPO/J184NN/2013 de 13 de diciembre establece que la marca solicitada CHIQUITIN es una marca mixta en virtud de que se compone de un elemento denominativo y otro gráfico, la combinación de estos elementos al ser apreciada en su conjunto produce en el consumidor la idea sobre la marca que le permite diferenciarla de los demás existentes en el mercado. Al identificar cuál de estos elementos prevalece y tiene mayor influencia en el consumidor se evidencia que la marca CHIQUITIN posee un elemento de mayor influencia el denominativo.

En función a ello, la interpretación prejudicial establece que, si el elemento denominativo es preponderante en los dos signos distintivos, el cotejo deberá realizarse de conformidad con las siguientes reglas para el cotejo de signos denominativos:

a) Se debe analizar cada signo en su conjunto; es decir, sin descomponer su unidad fonética. Sin embargo, es importante tener en cuenta las letras, las sílabas o las palabras que poseen una función diferenciadora en el conjunto, debido a que esto ayuda a entender como el signo es percibido en el mercado.

b) Se debe tener en cuenta la sílaba tónica de los signos a comparar, ya que, si ocupa la misma posición, es idéntica o muy difícil de distinguir, la semejanza entre los signos podría ser evidente.

c) Se debe observar el orden de las vocales, toda vez que esto indica la sonoridad de la denominación.

Cotejo que la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-184NN/2013 de 13 de diciembre realizó conforme a lo referido anteriormente.

De otro lado, la resolución objeto de impugnación señala que la marca CHIQUITIN estuvo registrada desde el 11 de mayo de 1993 bajo el número 54849-C por la firma LABORATORIOS DE COSMÉTICOS VOGUE LTDA., evidenciándose con ello que la marca CHIQUITIN ya ha coexistido pacíficamente en el mercado con la marca PEQUEÑIN, no habiéndose ocasionado perjuicios entre los titulares de las marcas ni confusión al consumidor durante 10 años, infiriéndose que por la convivencia que tuvieron ambas marcas a través del tiempo no existe razones para rechazar la solicitud de la marca CHIQUITIN de la firma PRINCEL LTDA., ya que al haber coexistido pacíficamente se descarta su confusión y asociación que afecte al consumidor, siendo este otro elemento, tal cual refiere dicha resolución, para conceder la marca solicitada.

Al respecto la Interpretación Prejudicial 551-IP-2015, la coexistencia pacífica de signos consiste en que los signos en disputa, pese a que identifican productos o servicios similares o idénticos, permanecieron presentes en el mercado por un periodo considerable de tiempo, sin que hubiere conflicto de confusión entre ellos.

Adicionando que no es un factor determinante que permita el registro de signos idénticos o semejantes; sin embargo, el hecho de que dos signos vengan coexistiendo en el mercado por un periodo prolongado en el tiempo, contribuye a considerar la posibilidad de registrabilidad de uno de ellos.

Añadiendo que la actitud pasiva del primer titular sin que obre en defensa de su marca en tiempo oportuno, revela un serial de aceptación de los hechos, así como la presunta diferenciación de los dos signos. Si no ha existido confusión por muchos años, la nulidad por esa causal no tendría el objetivo y fines que la norma persiguió.

Conforme a ello, añade la interpretación prejudicial, que la coexistencia pacífica de los signos es un elemento que debe ser valorado junto con otros, para generar la total convicción de que el público consumidor no incurrirá en error al adquirir los bienes y/o servicios amparados por los signos, debiendo cumplir a efectos de registrabilidad con los siguientes requisitos:

No deben existir reclamos privados, ni procesos administrativos o judiciales donde se advierta del riesgo de confusión y/o asociación.

Debe presentarse en el mismo mercado físico o virtual, es decir, compartir el mismo espacio geográfico o virtual de intercambio, ya que de no ser así no podría hablarse de coexistencia pacífica.

Debe darse por un periodo prolongado de tiempo para su efectiva incidencia en la percepción del público consumidor siendo conforme a ello el lapso debe ser evaluado por la autoridad competente de conformidad con la naturaleza de los productos y/o servicios que amparan los signos en conflicto.

Así también la coexistencia no puede presentarse para perpetrar, facilitar o consolidar actos de competencia desleal; y finalmente, la coexistencia debe estar complementada con otros elementos que generen total convicción de la inexistencia de riesgo de confusión o asociación en el público consumidor.

De tal forma, conforme a todo lo señalado precedentemente, se colige que en el marco de lo dispuesto por la Interpretación Prejudicial 551-IP-2015, la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-184NN/2013 de 13 de diciembre dio cumplimiento a los presupuestos insertos en dicha interpretación prejudicial en lo que hace al caso de análisis, toda vez que conforme a lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se advertiría la semejanza de un signo cuando considerado en su conjunto, contenga diferencias tan insignificantes que puedan pasar desapercibidas al consumidor, situación que no acontece en la especie, en función a que las marcas en conflicto si bien coinciden en el mismo número de sílabas (3) con identidad en sus últimas letras "I" y "N", del cotejo de marcas en su conjunto, se observa que las palabras PEQUEÑIN - CHIQUITIN son diferentes al presentar estructuras morfológicas, secuencias vocálicas y silábicas diferentes, conforme fue establecido correctamente en, la resolución jerárquica impugnada.

Asimismo, en función a lo establecido por la interpretación prejudicial consultada, en relación a que en la valoración debe contemplarse que la similitud entre dos signos puede ser: Fonética, Ortográfica, Grafica o figurativa, Ideológica o conceptual; la resolución impugnada empleó para el análisis y valoración las Reglas de comparación y cotejo marcario establecidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, analizando cada signo en su conjunto, permitiendo establecer su disimilitud y consiguiente ausencia de confusión en el consumidor al contemplar dos denominaciones distintas.

Sumando a ello, en el caso se tiene de los antecedentes del proceso, la existencia de una coexistencia pacífica de signos, toda vez que la marca CHIQUITIN estuvo registrada desde el 11 de mayo de 1993 bajo el número 54849-C por la firma LABORATORIOS DE COSMÉTICOS VOGUE LTDA., evidenciándose con ello que la marca CHIQUITIN coexistió pacíficamente en el mercado con la marca PEQUEÑIN, no advirtiendo reclamo alguno durante los 10 años transcurridos por la parte demandante, ante posible confusión generada al consumidor en dicho tiempo; es así que dicha actitud pasiva conforme señala la

Interpretación Prejudicial 551-IP-2015, del primer titular sin que obre en defensa de su marca en tiempo oportuno, revela un serial de aceptación de los hechos, así como la presunta diferenciación de los dos signos, situación que valorada conjuntamente a los elementos referidos, permiten establecer que ambos pueden coexistir de manera pacífica en el mercado.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de la atribución conferida en el art. 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda de fojas 42 a 47, planteada por Milenka Saavedra Muñoz en representación de PRODUCTOS FAMILIA S.A., en consecuencia, se mantiene firme y subsistente la Resolución Administrativa DGE/ DEN / J-N°118 / 2014 de 07 de abril emitida por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI).

No interviene el señor Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. José Antonio Revilla Martínez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

26

Frutacio Sanga Cachi c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT)
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fojas 3 a 10, impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1029/2014 de 14 de julio (fojas 14 a 33 y vuelta), el memorial de contestación (fojas 40 a 46 y vuelta), la réplica (fojas 71 a 74 y vuelta), la dúplica (fojas 78 a 79), la Resolución N°213/2017, pronunciada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (fojas 87 y vuelta), los antecedentes procesales y de emisión de la resolución impugnada.

I.- CONTENIDO DE LA DEMANDA

I.1.- Antecedentes de la demanda.

Que, Frutacio Sanga Cachi, se apersonó por memorial de fojas 3 a 10, manifestando que al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Ley N°3092, en el artículo 70 de la Ley N°2341, en los artículos 778 a 781 del Código de Procedimiento Civil y en el parágrafo I del artículo 10 de la Ley N°212, interpone demanda contenciosa administrativa contra la Resolución AGIT-R3 1029/2014 de 14 de julio.

Señaló que la resolución jerárquica impugnada confirmó la Resolución de Alzada ARIT-LPZ/RA 0388/2014 de 28 de abril, manteniendo firme y subsistente la Resolución Determinativa N°17-060813 de 26 de diciembre de 2013, cuyo proceso de verificación fue injusto y no presenta veracidad en sus fundamentos legales, vulnerando sus derechos constitucionales.

I.2.- Fundamentos de la demanda.

I.2.1.- Hizo referencia al cálculo injusto de tributos, en una relación incomprensible de la orden de verificación N°00120VE01746 de 17 de agosto de 2012, la Vista de Cargo N°29-0237-12 de 26 de noviembre, notificada el 20 de diciembre de 2012 y la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto.

I.2.2.- Señaló la existencia de nulidad por notificación fuera de término, precisando que la Orden de Verificación de 17 de agosto de 2012, fue notificada el 15 de octubre de la misma gestión y que después de un año se notificó, el 21 de octubre de 2013, con la Vista de Cargo N°29-0176-13 de 9 de agosto, viciando todo lo actuado, cuando además se emitió previamente un acto definitivo de carácter particular como es la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto, en una suerte de revisión extraordinaria de sus actos, prohibida según lo establecen las Sentencias Constitucionales N°0009/2004 de 28 de enero y N°0018/2004 de 2 de marzo.

Citó el numeral V del artículo 104 de la Ley N°2492, argumentando que se prueba que habiéndose notificado con el inicio de la fiscalización el 15 de octubre de 2012 y notificado con la vista de cargo el 21 de octubre de 2013, después de más de un año y sin que exista solicitud fundamentada de la máxima autoridad ejecutiva de la Administración Tributaria, sus actos son nulos de pleno derecho, correspondiendo el archivo de obrados.

I.2.3.- Manifestó que existe nulidad por incongruencia de fecha entre la emisión y notificación de la Vista de Cargo N°29-0237-12, pues según refiere, la argumentación de la Administración Tributaria: "1...el 10 de enero de 2013 se emitió la Vista de Cargo N°29-0237-12, con CITE: SIN/GDEA/DF/UE/VC/237/2012 y dice: actuado que fue notificado personalmente a FRUTACIO SANGA el 20 de diciembre de 2012..."'

Que, en consecuencia, no es posible realizar la notificación de un documento de 10 de enero de 2013, en una fecha anterior, es decir, el 20 de diciembre de 2012, lo que, en su concepto, vulnera el derecho al debido proceso, consagrado en los artículos 115 y 117 de la Constitución Política del Estado y en los numerales 6 y 10 del artículo 68 de la Ley N°2492.

I.2.4.- Argumentó que la emisión de la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto, vulnera su derecho al debido proceso, ya que correspondía emitir una resolución determinativa declarando la inexistencia de obligación tributaria, conforme dispone el numeral VI del artículo 104 de la Ley N°2492.

En cuanto a la nulidad alegada, citó los parágrafos I y III del artículo 96 de la Ley N°2492, el artículo 18 del Decreto Supremo N°27310, Reglamentario del Código Tributario, normas en relación con las cuales, la vista de cargo carece de motivación, fundamentación y sustento técnico en su contenido.

I.2.5.- Arguyó que otro de los elementos del debido proceso que fue vulnerado, se refiere al contenido en el parágrafo II del artículo 117 de la Constitución Política del Estado, traducido en el principio non bis in ídem, que encuentra relación con lo determinado por el artículo 256 de la misma Constitución, razonamiento expresado, según afirma, en la Sentencia Constitucional N°1764/2004-R de 9 de noviembre.

Agregó que el principio non bis in ídem, no solo se aplica en materia penal, sino también en el ámbito administrativo tributario, "...cuando se impone a un mismo sujeto a un doble proceso por la misma Orden de Verificación con dos Vistas de Cargo...", correspondiendo por ello, anular la vista de cargo y la orden de verificación; análisis que sostiene, tampoco fue realizado en la resolución determinativa, la que señala únicamente la orden de verificación.

I.2.6.- Aclaró que el presente proceso deriva de Declaraciones Únicas de Importación (DUI) tramitadas en la gestión 2008, con sus respectivos documentos soporte y la orden de verificación, por los períodos fiscales de enero a diciembre de 2008.

Que de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo I del artículo 59, parágrafo I del artículo 154 e inciso c) del artículo 159 del Código Tributario, las facultades de la Administración Tributaria han prescrito, al haber transcurrido más de 4 años consecutivos; es decir, que la prescripción operó al 31 de diciembre de 2012.

Precisó respecto de lo señalado en el acápite anterior, que en el caso de autos, no es posible la aplicación retroactiva de las Leyes N°291 y N°317, citando su contenido, en relación con el artículo 123 de la Constitución Política del Estado, además de la Sentencia Constitucional N°770/2012 de 13 de agosto. Del mismo modo, hizo referencia al artículo 9 de

la Convención Americana de Derechos Humanos, al numeral 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además del artículo 410 y el parágrafo IV del artículo 13, ambos de la Constitución Política del Estado, normas en relación con las cuales, se pronunció la Sentencia Constitucional N°1250/2012 de 20 de septiembre.

I.3.- Petitorio.

Concluyó el memorial solicitando que en virtud de los fundamentos expuestos, se pronuncie resolución declarando probada la demanda y en consecuencia, se revoque totalmente y/o se disponga la nulidad con reposición de obrados hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la Resolución AGIT-RJ 1029/2014 de 14 de julio.

II.- DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Arrimada la resolución impugnada, por providencia de fojas 35 se admitió la demanda contenciosa administrativa en la vía ordinaria de puro derecho, corriéndose en traslado a la autoridad demandada para que responda en el término de ley más el que corresponda en razón de la distancia, ordenando asimismo que remita los antecedentes que dieron lugar a la emisión de la resolución impugnada. Por otra parte, a efecto de la citación y emplazamiento a la autoridad demandada, se ordenó que la misma deberá ser citada mediante provisión citatoria, cuyo cumplimiento se encomendó a través de la Presidencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

Cumplida la diligencia de citación a la autoridad demandada, el 14 de enero de 2015 como consta a fojas 64, fue devuelta la provisión citatoria según se verifica con la nota de fojas 66 y recibida según cargo de fojas 66 vuelta, disponiéndose por providencia de fojas 67 su arrimo al expediente.

Providenciando el memorial de contestación a la demanda de fojas 40 a 46 y vuelta, se tuvo apersonado a Daney David Valdivia Coria en representación de la Autoridad General de Impugnación Tributaria, en virtud de la Resolución Suprema N°10933 de 7 de noviembre de 2013 (fojas 38) y teniéndose por respondida la demanda, se corrió traslado al demandante para la réplica.

En el memorial de contestación negativa a la demanda, luego de una relación de los argumentos expuestos por el demandante, la autoridad demandada señaló:

II.1.- Respecto del supuesto cálculo injusto de los tributos, en cuanto se hubiera liquidado dos veces el período junio de 2008, omitiéndose el de agosto de la misma gestión, manifestó que se trata de un argumento incongruente, pues el demandante no indica cuál es su pretensión.

Aclaró que precisamente la Administración Tributaria percatada del error señalado, emitió la Resolución Administrativa N°23-0186-13 que dispuso la anulación de obrados hasta el estado de corregir el error, en base a las facultades que le confiere el artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso a) del parágrafo I del artículo 56 del Decreto Supremo N°27113, aplicables por mandato del numeral 1 del artículo 74 de la Ley N°2492; resolución administrativa que fue notificada personalmente al sujeto pasivo el 30 de agosto de 2013, sin que la misma hubiera sido recurrida, explicando además que se trata de un acto de mero trámite y no uno definitivo, que dé lugar como pretende el demandante, a la emisión de una resolución determinativa que declare la inexistencia de obligación tributaria.

II.2.- Sobre la pretendida nulidad por notificación de la vista de cargo, fuera de término, manifestó que la Orden de Verificación N°00120VE01846 fue notificada al sujeto pasivo el 15 de octubre de 2012; que posteriormente, el 20 de diciembre de ese mismo año, se notificó la Vista de Cargo N°29-0237-12, que fue anulada mediante Resolución Administrativa N°23-0186-13, dando lugar a la emisión de una segunda Vista de Cargo, con el N°29-0176-13 de 9 de agosto, que fue notificada personalmente al contribuyente el 21 de octubre de 2013, por lo que las actuaciones de la Administración Tributaria, se desarrollaron dentro del plazo previsto por el parágrafo V del artículo 104 de la Ley N°2492.

Indicó que si bien el Código Tributario establece un plazo para el inicio y emisión de la vista de cargo, que puede ser prorrogado por causas justificadas, no determina una consecuencia ante su incumplimiento, constituyéndose en una medida de control interno a efecto de evitar la discrecionalidad; que por otra parte, habiendo sido notificada la Vista de Cargo N°29-0176-13, el sujeto pasivo presentó descargos a la misma el 18 de noviembre de 2013, dentro del término previsto por el artículo 98 de la Ley N°2492, ejercitando su derecho a la defensa, lo que posibilitó la oportunidad de interponer recurso de alzada.

II.3.- En lo relativo a la supuesta incongruencia de fecha entre la emisión y notificación de la vista de cargo, la autoridad demandada expresó que debe tomarse en cuenta la aplicación del inciso b) del artículo 139, como del artículo 144 de la Ley N°2492 y el inciso e) del artículo 198, como el numeral I del artículo 211 de la Ley N°3092, que determinan que quien considere lesionado su derecho con la resolución pronunciada en alzada, podrá impugnar a través de recurso jerárquico, indicando con precisión lo que pide y fundamentando su agravio, lo que en el caso de autos no sucedió, pues se trata de un punto que no fue impugnado al deducir recurso jerárquico, por lo que en observancia del principio de congruencia, no corresponde pronunciarse al respecto.

II.4.- En cuanto a la supuesta falta de motivación, fundamentación y sustento técnico en el contenido de la Vista de Cargo N°29-0176-13 de 9 de agosto, manifestó que la misma contiene una relación de hechos, elementos y documentos sobre los que se estableció el reparo observado, que el sujeto pasivo no presentó documentación que le fue solicitada, por lo que en función a la documentación presentada por la Aduana Nacional, se procedió a la verificación de ingresos percibidos por importaciones no declaradas, calificando preliminarmente la conducta del contribuyente como omisión de pago, además del incumplimiento de deberes formales.

Es decir, que la vista de cargo, se ajusta a lo determinado por el parágrafo I del artículo 96 de la Ley N°2492 y por el artículo 18 del Decreto Supremo N°27310.

Del mismo modo hizo referencia al contenido de la resolución determinativa, la que detalla los hechos suscitados en el proceso de verificación, especificando la documentación que fue considerada, como las observaciones realizadas y la normativa aplicada,

Que el cálculo de la deuda tributaria fue efectuado en base a lo determinado por el artículo 47 de la Ley N°2492, efectuando un resumen de lo que corresponde al Impuesto al Valor Agregado (IVA) e Impuesto a las Transacciones (IT), por los períodos fiscales de marzo a diciembre de 2008, estableciendo la multa por omisión de pago e incumplimiento de deberes formales, en cumplimiento de lo dispuesto por el parágrafo II del artículo 99 de la Ley N°2492 y por el artículo 19 del Decreto Supremo N°27310.

Manifestó que el sujeto pasivo conoció en todo momento del procedimiento, lo que le permitió ejercer su derecho a la defensa y hacer uso de los recursos que la ley le permite, por lo que no es evidente que se hubiera vulnerado su derecho al debido proceso.

II.5.- En referencia a la supuesta vulneración del principio non bis in ídem, manifestó que la vista de cargo inicialmente emitida, fue anulada por la Resolución Administrativa N°23-0186-13, dando lugar a la emisión de una segunda vista de cargo, respecto de la cual el sujeto pasivo presentó descargos, habiéndose tratado de la subsanación de un error, lo que no significa el sometimiento de un mismo hecho a dos procesos y menos que se esté repitiendo el objeto de una fiscalización ya practicada.

II.6.- Finalmente en relación con la prescripción alegada, respecto de los tributos correspondientes al Impuesto al Valor Agregado (IVA) e Impuesto a las Transacciones (IT), por los períodos de marzo a diciembre de 2008, expresó que evidentemente el artículo 59 de la Ley N°2492 fue modificado por la Disposición Adicional Quinta de la Ley N°291 de 22 de septiembre de 2012, que determina que el término de prescripción para hechos suscitados en la gestión 2008, es de cinco años, iniciándose el cómputo para los períodos de marzo a noviembre de 2008, el 1 de enero de 2009, concluyendo el 31 de diciembre de 2013; y para el período diciembre de 2008, se inicia el cómputo el 1 de enero de 2010, concluyendo el 31 de diciembre de 2014.

Añadió que en el presente caso, la Administración Tributaria verificó que el contribuyente omitió inscribirse en los registros tributarios, lo que posibilitó la determinación de las obligaciones tributarias sobre base presunta y la emisión del Acta por Contravenciones Tributarias Vinculadas al Procedimiento de Determinación N°37582, correspondiendo aplicar la ampliación del término de la prescripción de acuerdo con lo que determina el parágrafo II de la Disposición Adicional Quinta de la Ley N°291, por 3 años; es decir, que se extiende el término de la prescripción hasta el 31 de diciembre de 2016 para los períodos correspondientes de marzo a noviembre de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2017 para el período diciembre de 2008.

Que, por lo anterior, habiéndose notificado la Resolución Determinativa N°17-060813 de 26 de diciembre, el 14 de enero de 2014, dicha actuación fue realizada antes que opere la prescripción por los conceptos y períodos descritos.

Agregó que el demandante se limitó a realizar afirmaciones por demás generales e imprecisas, sin exponer razonamientos de tipo jurídico; que el Tribunal Supremo de Justicia no puede suplir la carencia de carga argumentativa del demandante, más aún cuando la resolución impugnada se encuentra adecuadamente fundamentada. Citó como jurisprudencia las Sentencias N°510/2013 de 27 de noviembre y 215/2013 de 26 de junio, pronunciadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

Citó también como antecedente, la Resolución AGIT-RJ/0407/2010, sobre el cumplimiento de plazos para la emisión y notificación de actos administrativos, la Sentencia Constitucional N°824/2012 de 20 de agosto sobre el debido proceso en su elemento del derecho de acceso a la justicia, la Sentencia Constitucional N°287/2003-R de 11 de marzo sobre la intervención en el proceso y la indefensión, sosteniendo que se ratifica en la fundamentación técnico-jurídica establecida en la resolución impugnada.

Indicó que, en virtud de lo señalado, se demuestra que la demanda interpuesta carece de sustento jurídico-tributario, no existiendo agravio ni lesión que le hubieren causado con la emisión de la resolución impugnada.

II.7.- Petitorio

Concluyó el memorial solicitando que en mérito a los fundamentos expuestos, este Supremo Tribunal de Justicia emita sentencia declarando improbada la demanda interpuesta por Frutacio Sanga Cachi, manteniendo firme y subsistente la Resolución AGIT-R3 1029/2014 de 14 de julio, emitida por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

III.- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

Presentado el memorial de réplica que cursa de fojas 71 a 74 y vuelta, por providencia de fojas 75, se tuvo por presentada la misma, corriéndose traslado para la dúplica, cuyo memorial fue presentado y cursa de fojas 78 a 79; memoriales ambos en los que se reiteraron los argumentos de la demanda y de la contestación, respectivamente, en virtud de lo cual, por providencia de fojas 80, siendo el estado de la causa, no habiendo más que tramitar, se decretó "autos para sentencia".

A fojas 83, consta nota de la Administración Tributaria por la que se remitieron los antecedentes administrativos en siete cuerpos, cuyo arrimo al expediente se dispuso a fojas 84; luego, por Resolución N°213/2017 de 30 de noviembre, se ordenó dejar sin efecto el decreto de autos de 9 de abril de 2015, así como el sorteo de la causa de 10 de octubre, ordenando se proceda a la notificación de la "...Gerencia Distrital El Alto del Servicio de Impuestos Nacionales como tercero interesado, con los actuados que correspondan en su domicilio legal."

Cumplida la diligencia de notificación dispuesta como consta a fojas 116, y devueltos los actuados adjuntos al memorial de fojas 117, por providencia de fojas 118 se ordenó su arrimo al expediente, así como la previsión para el sorteo de la causa en Sala Plena en la próxima oportunidad.

Que el procedimiento contencioso administrativo, constituye una garantía formal que beneficia al sujeto administrado en el ejercicio del poder público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos, logrando el restablecimiento de los derechos lesionados con la interposición del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa.

En este marco legal, el artículo 778 del Código de Procedimiento Civil, establece que "El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado".

Que así establecida la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, en relación con los artículos 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, reconocida la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena para la resolución de la controversia, por la naturaleza del procedimiento contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, cuyo objeto es conceder o negar la tutela solicitada por la demandante, teniéndose presente que el trámite en la fase administrativa se agotó en

todas sus instancias con la resolución del recurso jerárquico, corresponde a este Supremo Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos expuestos por la parte demandante y realizar el control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

En el desarrollo del proceso en sede administrativa, se cumplieron las siguientes fases, hasta su agotamiento, de cuya revisión se evidencia:

III.1.- Que la Administración Tributaria emitió la Orden de Verificación N°00120VE01846 de 17 de agosto de 2012, en relación con la verificación de los hechos y elementos relacionados con el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y su efecto en el Impuesto a las Transacciones (IT), por los períodos de enero a diciembre de 2008, así como el Requerimiento N°00103321de 17 de agosto de 2012 y el Acta por Contravenciones Tributarias Vinculadas al Procedimiento de Determinación N°00037582 de 22 de octubre de 2012, documentos que cursan de fojas 3 a 5 del Anexo 1.

III.2.- Se pronunció la Vista de Cargo N°29-0237-12 de 26 de noviembre, estableciendo un reparo preliminar por las obligaciones tributarias del sujeto pasivo, por los períodos de marzo a diciembre de 2008, por el Impuesto al valor Agregado (IVA) e Impuesto a las Transacciones (IT), cursante de fojas 1272 a 1277, notificada personalmente al contribuyente el 20 de diciembre de 2012, como consta por la diligencia de fojas 1278 (Anexo 7).

III.3.- Posteriormente, se emitió la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto, por la que se anuló la vista de cargo descrita en el apartado anterior, "...al evidenciarse que no se ha efectuado en forma correcta /a liquidación previa al 26/11/2012 reparo a favor del Fisco." Este acto administrativo fue notificado personalmente al contribuyente el 30 de agosto de 2013, como consta por la diligencia de fojas 1295, Anexo 7.

III.4.- Luego, en cumplimiento de la resolución administrativa citada en el acápite precedente, se emitió la Vista de Cargo N°29-0176-13 de 9 de agosto de 2013, efectuándose un cálculo preliminar de la obligación tributaria por omisión de pago correspondiente al Impuesto al Valor Agregado (IVA) e Impuesto a las Transacciones (IT), por los períodos de marzo a diciembre de 2008, además de multa por incumplimiento de deberes formales, por la suma de Bs. 1.516.861, - Este acto administrativo fue notificado personalmente al sujeto pasivo, el 21 de octubre de 2013, como consta por la diligencia de fojas 1308, Anexo 7.

III.5.- Siguiendo con el procedimiento administrativo, se pronunció la Resolución Determinativa N°17-0608-13 de 26 de diciembre (fojas 1328 a 1339, Anexo 7), por la que se determinó la deuda tributaria equivalente a Bs. 1.593.875, - por concepto de tributo omitido, mantenimiento de valor e intereses, correspondientes al Impuesto al valor Agregado (IVA) e Impuesto a las Transacciones (IT), por los períodos fiscales de marzo a diciembre de 2008.

Por otra parte, sancionar al contribuyente con una multa igual al 100% del tributo omitido, por la suma de Bs. 1.116.287, - además de la multa por incumplimiento de deberes formales por la suma de Bs. 4.746, - haciendo un total de Bs 2.714.908, - e intimando al sujeto pasivo a pagar en el término perentorio de 20 días computables a partir de su notificación con la resolución y que en caso de no hacerlo, se constituirá en título de ejecución tributaria a efecto de disponer medidas coactivas de cobro.

Esta resolución fue notificada personalmente al contribuyente, el 14 de enero de 2014, como consta por la diligencia sentada a fojas 1339 vuelta del Anexo 7.

III.6.- Frutacio Sanga Cachi dedujo recurso de alzada, según los términos expresados en el memorial de fojas 18 a 24, contestado por la Administración Tributaria mediante memorial de fojas 30 a 34 y vuelta, ambos del expediente administrativo y que fue resuelto a través de la Resolución ARIT-LPZ/RA 0388/2014 de 28 de abril, determinando CONFIRMAR la Resolución Determinativa N°17-0608-13 de 26 de diciembre, manteniendo consecuentemente, firme y subsistente la obligación tributaria.

III.7.- En virtud de lo anterior, Frutacio Sanga Cachi, por memorial de fojas 101 a 108 del expediente administrativo, dedujo recurso jerárquico contra la resolución pronunciada en alzada, el que fue resuelto mediante Resolución AGTT-R) 1029/2014 de 14 de julio (fojas 157 a 176 y vuelta del expediente administrativo, decidiendo CONFIRMAR la Resolución ARTT-LPZ/RA 0388/2014 de 28 de abril; consiguientemente, mantiene firme y subsistente la Resolución Determinativa N°17-0608-13 de 26 de diciembre.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Expuestos los antecedentes administrativos e ingresando a efectuar el control de legalidad sobre la aplicación de la ley, se establece:

Que el motivo de la litis dentro del presente proceso, tiene relación con las supuestas vulneraciones que se hubieran producido por la Autoridad Jerárquica al pronunciar la resolución hoy impugnada, de acuerdo con los siguientes supuestos: 1) Si es evidente que vulneró el derecho del demandante, por el supuesto cálculo injusto de los tributos, en cuanto se hubiera liquidado dos veces el período junio de 2008, omitiéndose el de agosto de la misma gestión. 2) Si es cierta la pretendida nulidad por notificación de la vista de cargo, fuera de término. 3) Si realmente existe una supuesta incongruencia de fecha entre la emisión y notificación de la vista de cargo. 4) Si es cierto lo alegado en relación con la supuesta falta de motivación, fundamentación y sustento técnico en el contenido de la Vista de Cargo N°29-017613 de 9 de agosto. 5) Si es evidente que se produjo la vulneración del principio non bis in ídem. 6) Si es evidente que operó la prescripción de la obligación tributaria por concepto de Impuesto al Valor Agregado (IVA) e Impuesto a las Transacciones (IT), por los períodos de marzo a diciembre de 2008.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

De la revisión de los antecedentes que cursan en el expediente del proceso, se evidencia lo siguiente:

V.1.- Análisis y fundamentación

En cuanto al injusto cálculo de tributos alegado por el demandante, debido a que supuestamente se duplicó el período correspondiente a junio de 2008 y no se consignó el que corresponde a agosto de esa misma gestión, como fue descrito detalladamente en la relación de antecedentes administrativos, se verificó que es cierto que en principio se produjo el error acusado, al emitirse la Vista de Cargo N°29-0237-12 de 26 de noviembre, el que fue subsanado con la emisión de la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto, en cuya parte considerativa se señala:

"...verificándose el error en la liquidación previa efectuada al 26/11/2012 de los papeles de trabajo, advirtiéndose que se liquidó dos (2) veces el período junio 2008 y omitiéndose el período agosto/2008 en el Impuesto al Valor Agregado y en el Impuesto a las Transacciones."

Por lo anotado, esta resolución administrativa determinó anular obrados, ordenando la emisión de un nuevo informe, que dé lugar a la emisión de una nueva vista de cargo, que contenga una correcta liquidación previa de la deuda tributaria a objeto de garantizar el derecho al debido proceso.

En cumplimiento de la resolución administrativa señalada, se emitió la Vista de Cargo N°29-0176-13 de 9 de agosto, con lo que quedó subsanado el error en que incurriera la Administración Tributaria. Cabe hacer notar, que se verificó que los tres actos administrativos, es decir, la Vista de Cargo N°29-0237-12 de 26 de noviembre, la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto y la Vista de Cargo N°290176-13 de 9 de agosto, fueron notificadas personalmente al sujeto pasivo (fojas 1278, 1295 y 1308 del Anexo 7), respectivamente, de modo que tuvo pleno conocimiento de los hechos, teniendo la posibilidad de haber observado o impugnado, sin que lo hubiera hecho en su oportunidad, concluyéndose que no es evidente que se hubiera vulnerado derecho alguno del demandante.

V.2.- Sobre la supuesta existencia de nulidad por notificación fuera de término, tomando en cuenta que la Orden de Verificación de 17 de agosto de 2012, fue notificada el 15 de octubre de esa misma gestión y que después de un año se notificó, el 21 de octubre de 2013, con la Vista de Cargo N°29-0176-13 de 9 de agosto, viciando todo lo actuado, cuando además se emitió previamente un acto definitivo de carácter particular como es la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto, en una suerte de revisión extraordinaria de sus actos, prohibida según lo establecen las Sentencias Constitucionales N°0009/2004 de 28 de enero y N°0018/2004 de 2 de marzo, cabe el siguiente análisis:

La Orden de Verificación N°00120VE01846 de 17 de agosto de 2012, fue notificada personalmente al sujeto pasivo el 15 de octubre de 2012 (fojas 2, Anexo 1); la Vista de Cargo N°29-0237-12 de 26 de noviembre, fue notificada personalmente al contribuyente el 20 de diciembre de 2012; sin embargo, el demandante omitió hacer referencia a la nulidad dispuesta de esta vista de cargo por la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto, notificada el 30 de agosto de 2013 (fojas 1295, Anexo 7), que no es evidente que se trate de un acto definitivo, sino simplemente una resolución pronunciada como de mero trámite en la subsanación de un error, pues dicha resolución no constituye ni consolida un derecho, sino que simplemente regulariza el procedimiento de cálculo preliminar de la obligación tributaria, hasta que se dicte la resolución determinativa que sí es el acto definitivo por el cual se determina la deuda tributaria.

Tomando en cuenta lo anterior, es evidente que la Vista de Cargo N°29-0176-13 de 9 de agosto, fue notificada el 21 de octubre de 2013 (fojas 1308, Anexo 7); sin embargo, la resolución administrativa que corrigió el error en que incurrió la Administración Tributaria, fue notificada el 30 de agosto de 2013, es decir, que existe una diferencia de 51 días en la notificación de ambos actos administrativos, pero de ninguna manera la sesgada interpretación que hace el demandante en sentido que hubiera transcurrido más de un año.

En referencia a la observancia de las Sentencias Constitucionales N°0009/2004 de 28 de enero y N°0018/2004 de 2 de marzo, en relación con una supuesta prohibición de revisión extraordinaria de los actos propios, en este caso de la Administración Tributaria, cabe precisar que las mismas resolvieron recursos directos o abstractos de inconstitucionalidad, determinando la primera de ellas: "1° La INCONSTITUCIONALIDAD: 1) por omisión normativa del art. 131. 2), por contradicción los arts. 131 tercer párrafo, 139.c), 141, 145,

146 y147 de la Ley 2492 o Código Tributario Boliviano, de 2 de agosto de 2003 (CTb), con los efectos previstos por el art. 58- III LTC; 2° La CONSTITUCIONALIDAD de los arts. 139.6), 140.a) y b), 143 y 144 de la Ley 2492 Código Tributario Boliviano, de 2 de agosto de 2003 (CTb), en el marco de la interpretación constitucional expresada en los fundamentos de esta sentencia, por previsión expresa del art. 58-V LTC."

Por su parte, la Sentencia Constitucional N°18/2004, declaró: "1° La CONSTITUCIONALIDAD del art. 132 de la Ley 2492 o Código Tributario. 20 la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 107.1 y de la Disposición Final Primera de la Ley 2492 o Código Tributario."

Debe tenerse presente que el efecto vinculante de las sentencias constitucionales y la observancia de la jurisprudencia que sienta el Tribunal Constitucional Plurinacional, tiene como elemento esencial, que el supuesto fáctico sobre el que se pretende aplicar, debe ser semejante, lo que en el caso presente no sucede.

Desde el punto de vista legal, el parágrafo V del artículo 104 de la Ley N°2492, señala textualmente: "Desde el inicio de la fiscalización hasta la emisión de la vista de cargo no podrán transcurrir más de doce (12) meses, sin embargo, cuando la situación amerite un plazo más extenso, previa solicitud fundada, la máxima autoridad ejecutiva de la Administración Tributaria podrá autorizar una prórroga hasta por seis (6) meses más."

La norma citada no tiene el sentido y la pretendida interpretación del demandante, pues señala con absoluta claridad que no podrán transcurrir más de doce meses desde el inicio de la fiscalización hasta la emisión de la vista de cargo, pudiendo prorrogarse hasta 6 meses a solicitud fundada de la máxima autoridad ejecutiva.

En el presente caso, a partir de la orden de verificación, el 17 de agosto de 2012, hasta la emisión de la Vista de Cargo N°29-0237-12 de 26 de noviembre, pasaron 3 meses y 10 días. Luego, como ya fue desarrollado y expuesto precedentemente, la vista de cargo indicada, fue anulada, por la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto de 2013, emitiéndose una nueva Vista de Cargo, con el N°29-017613 de 9 de agosto de 2013; es decir, que la primera vista de cargo fue anulada y la segunda vista de cargo, aun con la anulación dispuesta, fue emitida antes que se cumpliera un año desde la emisión de la orden de verificación, aunque evidentemente su notificación se produjo recién el 21 de octubre de 2013; no obstante, al haberse producido la nulidad de un acto, el cómputo del término para su concreción o realización, se interrumpe.

Por otra parte, es necesario tomar en cuenta que las nulidades procesales no están determinadas por la voluntad de las partes, sino que se rigen por determinados principios; particularmente el de especificidad o legalidad y el de trascendencia. Dicho en otras palabras, para determinar la nulidad, ésta debe estar autorizada por ley; en el caso concreto, aun si se incumpliera un plazo, no existe la previsión que permita disponer la nulidad como lo hace, por ejemplo, el parágrafo III del artículo 96 del mismo Código Tributario, en relación con los requisitos esenciales que debe contener la vista de cargo. Del mismo modo, en aplicación del principio de trascendencia, la posibilidad de determinar la nulidad procesal, debe enmarcarse en la utilidad que ésta tenga para el proceso, no para el interés de las partes; pero además, señala que no existe nulidad por la nulidad misma, si no se demuestra la existencia de un perjuicio cierto e irreparable, el que no pueda ser superado si no es a través de la determinación de la nulidad, lo que en el presente caso, tampoco ocurrió.

En consecuencia, se concluye que el supuesto agravio causado con la emisión de la resolución jerárquica impugnada, no es evidente.

V.3.- En relación con la denuncia de incongruencia de fecha entre la emisión y notificación de la vista de cargo, corresponde precisar que de la cuidadosa revisión del expediente y de la resolución impugnada, se establece que el demandante no impugnó en sede administrativa lo relativo a la supuesta incongruencia de fecha entre la emisión y notificación de la vista de cargo, razón por la que la autoridad jerárquica no se pronunció al respecto, no correspondiendo en consecuencia a este Supremo Tribunal de Justicia emitir criterio, en observancia del principio de congruencia.

V.4.- En relación con la alegada vulneración del derecho del demandante al debido proceso, con la emisión de la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto, ya que correspondía emitir una resolución determinativa declarando la inexistencia de obligación tributaria, conforme dispone el numeral VI del artículo 104 de la Ley N°2492, se debe precisar:

El parágrafo VI del artículo 104 de la Ley N°2492, determina: "Si al concluir la fiscalización no se hubiera efectuado reparo alguno o labrado acta de infracción contra el fiscalizado, no habrá lugar a la emisión de vista de cargo, debiéndose en este caso dictar una resolución determinativa que declare la inexistencia de la deuda tributaria."

Nótese que la norma citada indica que, si al concluir la fiscalización no se hubiera efectuado reparo o labrado acta de infracción, no habrá lugar a la emisión de vista de cargo, correspondiendo en ese caso, dictar resolución determinativa que declare la inexistencia de deuda tributaria.

En el caso de autos, se emitió la Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto, precisamente en resguardo del derecho del contribuyente al debido proceso, en virtud al error en que incurrió la Administración Tributaria; dicha resolución, como ya fue expresado precedentemente, no puso fin al procedimiento ni resolvió un hecho que consolidara un derecho o una acción, sino simplemente regularizó el procedimiento para la correcta emisión de la vista de cargo.

Sin embargo, no se puede interpretar, como pretende el demandante, que la vista de cargo era nula simple y llanamente, pues a través de este acto administrativo, se efectuó un cálculo preliminar de las obligaciones tributarias del sujeto pasivo, correspondiendo la nulidad únicamente a efecto de corregir un error material, en razón a que, en la liquidación previa, se consignó repetidamente el período junio de 2008 y en su lugar se omitió el período agosto de la misma gestión.

Es decir, que en este caso, no es que no hubiera sido determinado un reparo, sino que el demandante pretende utilizar como argumento la nulidad de la primera vista de cargo, para beneficiarse con la extinción de su obligación, lo que en estricto derecho, no corresponde, pues el cálculo preliminar de su obligación fue establecido, por lo que como lógica consecuencia, no solo que no es posible, sino que no es admisible y resultaría una absoluta contradicción, que se hubiera dictado una resolución determinativa declarando la inexistencia de la obligación, cuando ésta sí existió.

En referencia a la pretendida nulidad de obrados, derivada de la falta de motivación, fundamentación y sustento técnico en el contenido de la vista de cargo, tomando en cuenta lo

dispuesto por los parágrafos I y III del artículo 96 de la Ley N°2492 y por el artículo 18 del Decreto Supremo N°27310, cabe aclarar:

El parágrafo I del artículo 96 de la Ley N°24892, dispone: "La vista de cargo, contendrá los hechos, actos, datos, elementos y valoraciones que fundamenten la resolución determinativa, procedentes de la declaración del sujeto pasivo o tercero responsable, de los elementos de prueba en poder de la Administración Tributaria o de los resultados de las actuaciones de control, verificación, fiscalización e investigación. Asimismo, fijará la base imponible, sobre base cierta o sobre base presunta, según corresponda, y contendrá la liquidación previa del tributo adeudado."

De la cuidadosa revisión de la Vista de Cargo N°29-0176-13 de 9 de agosto, se establece que cuenta con todos los elementos previstos en la norma citada precedentemente, con la aclaración que la determinación fue efectuada sobre base presunta, tomando en cuenta la información proporcionada por la Aduana Nacional, pues el demandante no respondió al requerimiento de información de 17 de agosto de 2012 (fojas 4, Anexo 1).

El parágrafo III del artículo 96 de la Ley N°2492 por su parte, determina: "La ausencia de cualquiera de los requisitos esenciales establecidos en el reglamento viciará de nulidad la vista de cargo o el acta de intervención, según corresponda."

Una vez más, de la revisión de la vista de cargo en el caso de autos, no se verifica la ausencia de los requisitos esenciales a los que se refiere la norma; adicionalmente, el demandante se limitó a efectuar una denuncia genérica de supuesta falta de motivación, fundamentación y sustento técnico del acto administrativo en análisis, sin especificar cuál de los requisitos hubiera sido incumplido, en una expresión carente de la carga argumentativa a que se encontraba obligado.

Finalmente, en cuanto se refiere a lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto Supremo N°27310, el mismo indica: "La vista de cargo que dicte la Administración, deberá consignar los siguientes requisitos esenciales: a) Número de la Vista de Cargo. b) Fecha. c) Nombre o razón social del sujeto pasivo. d) Número de registro tributario, cuando corresponda. e) Indicación del tributo(s) y, cuando corresponda, periodo(s) fiscal(es). O Liquidación previa de la deuda tributaria. g) Acto u omisión que se atribuye al presunto autor, así como la calificación de la sanción en el caso de las contravenciones tributarias y requerimiento a la presentación de descargos, en el marco de lo dispuesto en el parágrafo I del artículo 98 de la Ley N°2492. h) Firma, nombre y cargo de la autoridad competente."

En el caso de análisis, la vista de cargo contiene: a) El número 29-0176-13. b) La fecha, 9 de agosto de 2013. c) El nombre del sujeto pasivo o contribuyente, Frutacio Sanga Cachi. d) En este caso no corresponde el número de registro tributario, pues se determinó que no está inscrito en el Padrón Nacional de Contribuyentes. e) En cuanto a los tributos, se tiene claramente establecido que se trata del Impuesto al Valor Agregado (IVA) e Impuesto a las Transacciones (IT). f) Se encuentra establecida la liquidación previa de la deuda tributaria, según consta en el cuadro de fojas 1303, Anexo 7. g) Se señala claramente en este caso, que se trata de omisión de pago, se requirió información al contribuyente la que no fue proporcionada, habiéndosele sancionado por el incumplimiento del deber formal por omisión de inscripción en los registros tributarios, además de precisarse que la determinación fue realizada sobre base presunta, precisamente ante la no presentación de la información requerida. h) La vista de cargo lleva el nombre, sello y firma de la jefe del Departamento de Fiscalización y del Gerente Distrital III de la Gerencia Distrital El Alto del Servicio de

Impuestos Nacionales, por lo que queda claro que las afirmaciones y lo pretendido por el demandante, no es evidente.

V.5.- En cuanto a la vulneración del parágrafo II del artículo 117 de la Constitución Política del Estado y el razonamiento contenido al respecto en la Sentencia Constitucional N°1764/2004-R de 9 de noviembre, sobre la prohibición expresada en el principio non bis in ídem, es preciso señalar:

El parágrafo II del artículo 117 de la Constitución Política del Estado, indica: "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. La rehabilitación en sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena."

Con este argumento el demandante pretende nuevamente confundir, al pretender la existencia de dos vistas de cargo derivadas de una misma orden de verificación. No obstante, debe aclararse que se emitió la Vista de Cargo N°29-0237-12 de 26 de noviembre, la que fue anulada mediante Resolución Administrativa N°23-0186-13 de 2 de agosto, dando lugar a la emisión de la Vista de Cargo N°29-0176-13 de 9 de agosto, por lo que la primera vista de cargo, N°29-0237-12 de 26 de noviembre al haber sido anulada, salió del tráfico jurídico, razón por la que en este sentido, valga la redundancia, jurídicamente, no existe; en consecuencia, no es posible hacer referencia a la existencia de dos vistas de cargo, menos aún que se hubiera sancionado dos veces por el mismo hecho, quedando por ello, desvirtuada la afirmación del demandante.

Es evidente que el principio non bis in ídem, de aplicación en materia penal, se aplica también en el ámbito administrativo sancionador. En este sentido, la jurisprudencia constitucional, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N°92/2019-S4 de 10 de abril, expresó: "El tratadista español, Eduardo García Enterría, al referirse al proceso administrativo sancionador, indicó que: «...La doctrina en materia de derecho administrativo sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal». "Pero, como ya ha sido manifestado, en el presente caso no corresponde la consideración de este principio, porque no existió doble sanción.

V.6.- Sobre la aplicación del parágrafo I del artículo 59, parágrafo I del artículo 154 e inciso c) del artículo 159 del Código Tributario, en cuanto las facultades de la Administración Tributaria prescribieron, al haber transcurrido más de 4 años consecutivos, por lo que la prescripción operó al 31 de diciembre de 2012, debe desarrollarse el siguiente análisis:

De acuerdo con lo que dispone el parágrafo I del artículo 59 de la Ley N°2492 en sus numerales 2. y 3., las facultades de la administración, para determinar la deuda tributaria, como para imponer sanciones, prescriben en 4 años. Esta disposición, encuentra concordancia con el parágrafo I del artículo 154 y con el inciso c) del artículo 159, ambos de la Ley N°2492, en cuanto a la prescripción.

En el presente caso, se trató de un procedimiento que se inició con una orden de verificación externa, para concluir en la determinación de una deuda tributaria, derivada de la omisión de pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA) y del Impuesto a las Transacciones (IT), por los períodos de marzo a diciembre de 2008, además de la sanción por incumplimiento del deber formal del sujeto pasivo de inscribirse en los registros tributarios.

La Ley N°291 de 22 de septiembre de 2012, a través de su Disposición Adicional Quinta, dispuso la modificación del parágrafo I del artículo 59 de la Ley N°2492, determinando que: "Las acciones de la Administración Tributaria prescribirán a los cuatro (4) años en la gestión 2012, cinco (5) años en la gestión 2013, seis (6) años en la gestión 2014, siete (7) años en la gestión 2015, ocho (8) años en la gestión 2016, nueve (9) años en la gestión 2017 y diez (10) años a partir de la gestión 2018..."

Posteriormente, la Ley N°317 de 11 de diciembre de 2012, a través de su Disposición Derogatoria y Abrogatoria Primera, derogó el último párrafo del parágrafo I del artículo 59 de la Ley N°2492, de 2 de agosto de 2003, Código Tributario, modificado por la Disposición Adicional Quinta de la Ley N°291, de 22 de septiembre de 2012; del mismo modo, mediante su Disposición Adicional Décima Segunda, modificó el artículo 60 de la Ley N°2492, en cuanto a la forma de cómputo del término de la prescripción.

Respecto de las Leyes N°291 y N°317, de 22 de septiembre y de 11 de diciembre de 2012, respectivamente, no encuentran aplicación en la especie, pues fueron promulgadas con posterioridad al hecho que se juzga; es decir, que en el presente caso, el hecho generador se produjo en la gestión 2008, por lo que en observancia del principio tempus comíssi delicti; corresponde la aplicación de la norma sustantiva vigente al momento en que se produjo el hecho; por otra parte, por principio general, la ley es irretroactiva, salvo la excepciones que la norma constitucional impone expresadas en el artículo 123 de la Constitución Política del Estado, que señala:

"La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el• resto de los casos señalados poda Constitución. "(Las negrillas son añadidas).

En consecuencia, el cómputo del término de la prescripción de 4 años en el caso de autos, en aplicación del parágrafo I del artículo 60 de la Ley N°2492, sin las modificaciones dispuestas por la Ley N°317, para los períodos de marzo a noviembre de 2008, por concepto del Impuesto al Valor Agregado (IVA) e Impuesto a las Transacciones (IT), se inició el 1 de enero de 2009, debiendo concluir el 31 de diciembre de 2012.

En relación con el período diciembre de 2008, el cómputo del término de la prescripción de 4 años, en aplicación del parágrafo I del artículo 60 de la Ley N°2492, sin las modificaciones dispuestas por la Ley N°317, también por concepto del Impuesto al Valor Agregado (IVA) e Impuesto a las Transacciones (IT), con vencimiento en enero de 2009, se inició el 1 de enero de 2010, debiendo concluir el 31 de diciembre de 2013.

Ahora bien, revisado el proceso administrativo, no se evidencia que se hubieran producido causales de suspensión del término de la prescripción, de acuerdo con lo que determina el artículo 62 de la Ley N°2492. En cuanto a su interrupción, el inciso a) del artículo 61 de la Ley N°2492, establece que será causal de interrupción, la notificación al sujeto pasivo con la resolución determinativa.

Es importante del mismo modo, tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 150 de la Ley N°2492, cuyo texto indica: "Las normas tributarias no tendrán carácter retroactivo, salvo aquellas que supriman ilícitos tributarios, establezcan sanciones más benignas o términos de

prescripción más breves o de cualquier manera beneficien al sujeto pasivo o tercero responsable."

En el caso concreto, las normas que modificaron el parágrafo I del artículo 59 de la Ley N°2492, no solamente que no establecen términos de prescripción más breves, sino que al contrario, los extendieron, no siendo en consecuencia beneficiosos para el sujeto pasivo.

Adicionalmente, debe considerarse la jurisprudencia desarrollada por este Supremo Tribunal de Justicia al respecto; razonamiento desarrollado en la Sentencia N°19/2017 de 24 de marzo, pronunciada por su Sala Contenciosa, Contenciosa Administrativa, Social y Administrativa Primera, como la Sentencia N°552/2017 de 12 de julio, dictada por su Sala Plena, entre otras.

Continuando con el análisis, la Resolución Determinativa N°17-0608-13 dictada en el presente caso, data de 26 de diciembre de 2013, habiendo sido notificada el 14 de enero de 2014, cuando las facultades de la Administración Tributaria para determinar las obligaciones del contribuyente e imponer sanciones administrativas, habían prescrito.

V.7.- Conclusiones

En el marco de la fundamentación jurídica precedente y de la pretensión deducida en la demanda, se concluye lo siguiente:

Por lo ampliamente expuesto, sobre la base de las normas cuya aplicación corresponde, la Autoridad General de Impugnación Tributaria al emitir la Resolución AGIT-R3 N°1029/2014 de 14 de julio, confirmando la resolución de alzada, incurrió en errónea interpretación y aplicación indebida del parágrafo I artículo 59 de la Ley N°2492 con las modificaciones introducidas por la Disposición Adicional Quinta de la Ley N°291 de 22 de septiembre de 2012 y con la Disposición Adicional Décima Segunda de la Ley N°317 de 11 de diciembre de 2011, sobre el régimen de la prescripción en materia tributaria, de acuerdo con la problemática planteada, detallada en el inciso 6) del numeral IV. de la presente resolución, que constituye el objeto del proceso.

Lo que el demandante impugnó a través de la presente demanda y puso en tela de juicio, fue la supuesta vulneración de las normas tributarias sobre el proceso de verificación y fiscalización de la conducta tributaria del contribuyente, el resguardo del derecho al debido proceso en el proceso administrativo, la carencia de motivación, fundamentación y sustento técnico de la resolución impugnada y la aplicación del régimen de la prescripción, tomando en cuenta la gestión fiscalizada con la pretendida aplicación retroactiva de normas en este ámbito.

De acuerdo con la argumentación desarrollada y los fundamentos expuestos, sobre la base de la normativa que rige la materia, así como de la correcta interpretación y aplicación de la jurisprudencia desarrollada por este Supremo Tribunal de Justicia, se estableció que la vulneración denunciada sobre la aplicación del régimen de la prescripción, es cierta.

Que, del análisis precedente, el Supremo Tribunal de Justicia concluye que la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), al pronunciarse a través de la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1029/2014 de 14 de julio, incurrió en interpretación errónea y aplicación indebida de normas tributarias con relación a la aplicación del régimen de la prescripción.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los artículos 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014 y los artículos 778 al 781 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando PROBADA la demanda contenciosa administrativa de fojas 3 a 10, interpuesta por Frutacio Sanga Cachi, contra la Autoridad General de Impugnación Tributaria; en consecuencia, deja sin efecto la Resolución AGIT-RJ 1029/2014 de 14 de julio, pronunciada en recurso jerárquico por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT), así como la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-LPZ/RA 0388/2014 de 28 de abril, emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria (ARIT) de La Paz y la Resolución Determinativa N°17-0608-13 de 26 de diciembre, emitida por la Gerencia Distrital El Alto del Servicio de Impuestos Nacionales.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada. Sea con las formalidades de rigor.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Relator: Magistrado Dr. Ricardo Torres Echalar

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

27

Organización Asistencia Médica Integral S.R.L. c/ Caja Nacional de Salud Regional Santa Cruz
Contencioso
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa de intimación judicial para cumplimiento de obligación de pago de fs. 160 a 161 vta. y su mutación de fs. 164, interpuesta por Pedro Domingo Cristian Murillo Salinas en representación de la Organización Asistencia Médica Integral S.R.L, contra la Caja Nacional de Salud Regional Santa Cruz, la providencia de admisión de fs. 162 y 165 respectivamente, la contestación a la demanda y oposición de excepciones perentorias de la parte demandada de fs. 235 a 238, la calificación del proceso de puro derecho de fs. 324, la réplica de fs. 326 a 329, sin haberse presentado dúplica; los antecedentes procesales, el decreto de autos para sentencia de fs. 346, y:

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1 Antecedentes de hecho de la demanda

Manifiesta que la Organización Asistencia Médica Integral S.R.L y la Caja Nacional de Salud, mantuvieron una relación contractual, con objeto de prestación de servicios en favor de la Caja Nacional de Salud-Santa Cruz, desde la gestión 2006; habiendo nacido la referida relación comercial, con el Contrato N°063/2006, suscrito el 23 de mayo de 2006, denominado "Compra Venta de Servicios Hospitalarios y de 30 camas de hospitalización para pacientes asegurados de la Caja Nacional de Salud", argumentó que esta prestación de servicio cumplió con los requerimientos exigidos en el formulario DL-2, pedido interno N°027/2006 y nota 092/2006, habiendo establecido el plazo de prestación del servicio, desde el 23 de mayo al 31 de diciembre de 2006, con un costo de Bs. 90 por día de servicios médicos hospitalarios y por requerimiento de cada cama para hospitalización.

Sin embargo agrega que mediante contrato modificatorio suscrito el 30 de noviembre de 2007, se modificó la cláusula tercera de compra de servicios hospitalarios, ampliando a 40 camas de hospitalización para pacientes asegurados de la Caja Nacional de Salud, con vigencia hasta el 29 de febrero de 2008, quedando ratificadas las demás cláusulas del contrato N°063/2006; a ello, por Resolución Administrativa N°05/2008 de 11 de febrero de 2008, dispuso la Administración Regional de la Caja Nacional de Salud, la ampliación del contrato modificatorio de 30 de noviembre de 2007, de 40 a 60 camas persistiendo así su relación comercial.

Asimismo, mediante Contrato N' 29/2009 de 23 de marzo, se amplió el contrato a favor de la clínica desde el 1 de enero de 2009, por el tiempo que dure el proceso de licitación de camas a favor de los asegurados, modificando el costo por cama ocupada a Bs. 147.

En mérito a ello, por los servicios prestados, de las copias de facturas por cobrar, con sello de recepción de la Caja Nacional de Salud y la liquidación de cuentas por cobrar, establecen un monto de adeudo de Bs. 656.943,63 suma de dinero que incumplió en su pago, sin hacer caso de sus reclamos permanentes para la cancelación respectiva.

I.2. Fundamentos de la demanda.

La parte demandante argumenta que la relación contractual entre ambas entidades, fue ampliándose en el tiempo para la cancelación de la deuda respectiva, habiendo cumplido de su parte con las prestaciones respectivas, existiendo la liquidación referida, la que no tuvo ninguna observación por parte de la Caja Nacional de Salud, correspondiendo su cancelación íntegra, por ello al existir un plazo para el cumplimiento de la obligación de pago del monto mencionado, al ser un contrato de tracto sucesivo, persistiendo en el tiempo, haciendo necesario sin embargo se establezca la moratoria judicial respectiva, conforme lo dispone el art. 311 del Código Civil (CC).

Señaló que en virtud del art. 47 de la Constitución Política del Estado (CPE), la empresa que representa puede ejercer el comercio o una actividad económica con el objeto de percibir una remuneración justa y equitativa por su labor, prevaleciendo la relación contractual ante toda forma de contrato, sea o no consignada debidamente por escrito, conforme lo disponen los art. 14, 256 y 410 de la CPE.

Con esos argumentos, reclama el pago del monto liquidado, que es de pleno conocimiento de la parte demandada, para realizar su correspondiente cancelación, más intereses moratorios previstos en los arts. 347 y 414 del CC, solicitando aplicar las previsiones de los arts. 339 y 340 del Código Sustantivo citado a efectos que se proceda a la cancelación del adeudo pendiente.

I.3. Petitorio de la demanda.

Solicita declarar probada la demanda, disponiendo la intimación judicial de cumplimiento de obligación de pago de las facturas emitidas por concepto de la compra de servicios hospitalarios de terapia intensiva y terapia intermedia para pacientes asegurados de la Caja Nacional de Salud por la suma de Bs. 695.943,63 bajo apercibimiento de quedar constituido en mora, más el resarcimiento pecuniario, costas y costos del proceso.

II. CONTESTACION A LA DEMANDA

Que admitida la demanda por decreto de fs. 162, así como la mutación de fs. 164, respecto a la aclaración de la entidad demandada, fue corrida en traslado y citado el representante legal de la Caja de Salud Regional Santa Cruz, mediante diligencia de fs. 184; habiéndose apersonado, Enrique Conde Gareca, en representación de la institución demandada, mediante memorial de fs. 235 a 238 vta., señalando que el contrato se regiría por las normas básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, DS N°27328 y su reglamento, tratándose de un contrato de naturaleza administrativa, sujeto a la normativa prevista en la Ley N°1178 de Administración y Control Gubernamental, en los aspectos de su ejecución y resultados, siendo inatinente el pretender se los constituya en mora y se los intime al pago, bajo normas civiles, pidiendo no se tomen en cuenta.

Siendo que el contrato en su cláusula décima octava, prevé el procedimiento para el pago periódico de los servicios médicos prestados por la OAMI, citó el contenido de la cláusula referida, aclarando que si bien el contrato fue modificado en su objeto, ampliando el número de camas de 30 a 40, y posteriormente a 60 camas, finalmente por el Contrato Administrativo N°29/2009 de 23 de marzo de 2009, por el tiempo que dure la licitación pública de camas a favor de los asegurados y dependientes de la CNS, desde enero y por la gestión 2009, modificando la cláusula tercera, sin embargo de la cláusula décima octava del contrato administrativo original, para el pago periódico de los servicios diarios por cama arrendada, era un requisito necesario la presentación ante la Dirección del Hospital Obrero N°3 de la CNS, la solicitud de aquellos servicios prestados, por lo que previo a la emisión de factura, tenía que contar con el certificado de conformidad de los servicios prestados, emitido por la unidad solicitante, en este caso el Director del Hospital Obrero N°3 de la CNS, condición insertada en el contrato, en estricto cumplimiento al art. 39.1 del DS N°018 de 28 de junio de 2009, extrañándose este documento, para viabilizar los pagos, haciendo improcedente todo pago por los servicios no probados, rechazando la validez de las facturas, incumpliendo con la cláusula octava del contrato N°063/2006.

OPONE EXCEPCIÓN PERENTORIA DE PRESCRIPCION LIBERATORIA

DE PAGO.

Argumenta que sin admitir ninguna obligación emergente del contrato administrativo N°063/2006 de 23 de junio, al haber sido pagados oportunamente los servicios prestados, que, según el objeto del contrato, se estableció por la prestación de servicios médicos hospitalarios, por cada cama para asegurados el precio de Bs. 90 por día, conforme a la cláusula quinta, que luego se modificó a Bs. 147, afirmando que estos pagos eran periódicos y por periodos cortos, por lo que las sumas contenidas en las copias de facturas, corresponderían a supuestos servicios no cobrados en la gestión 2009 y 2010, sin que se haya realizado ninguna acción legal para su cobro, hasta la citación con la presente demanda, que data del 27 de junio del 2016, por lo que transcurrió el tiempo suficiente, operándose la prescripción extintiva liberatoria de toda obligación de pago, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1509 numeral 3) del Código Civil y art. 342 del Código de Procedimiento Civil, por lo que interpone la excepción perentoria de prescripción liberatoria, al haber dejado pasar más de dos años sin iniciar ninguna acción de cobro.

PLANTEA LA EXCEPCIÓN PERENTORIA DE PAGO DOCUMENTADO

Manifestando que con relación a los servicios médicos prestados emergente del Contrato Administrativo N°063/2006 y sus modificaciones, luego de recibido el informe Cite: CR- 502/2016 de 30 de junio, que acredita que no existe deuda pendiente de las gestiones 2008, 2009 y 2010, respecto a la cuenta 202 "Documentos por pagar", verificándose que en fecha 31 de diciembre de 2009 fue devengado el contrato administrativo N°29/ 2009-A, con asiento diario N°4164/2009, el cual fue pagado en su totalidad con el comprobante de pago N°0480 de 25 de febrero de 2010, no habiendo ningún saldo pendiente a favor de la Clínica OAMI S.R.L, por lo que en base a esta prueba documental, al amparo de los arts. 342 del CPC, opone excepción perentoria de pago documentado.

Solicitó se tenga por contestada la demanda contenciosa en forma negativa y opuestas las excepciones perentorias de prescripción extintiva liberatoria y de pago documentado; que se declare improbada la demanda y probadas las excepciones.

RÉPLICA Y DÚPLICA

Calificado el proceso de puro derecho, inicialmente por providencia de fs.248, ratificado por decreto de fs. 324, se corrió traslado para la réplica, que fue presentada por el demandante, mediante memorial de fs. 326 a 329, ratificándose en los términos de su demanda y pronunciándose sobre los puntos expuestos en la contestación, en cuanto a que no corresponde la constitución en mora, así como a la forma de pago y la emisión del certificado de conformidad por los servicios prestados; así como refiriéndose en cuanto a las excepciones perentorias de prescripción liberatoria y de pago documentado, pidiendo se declare probada su demanda e improbadas las excepciones perentorias.

Que en mérito al informe de fs. 345, donde se representa que, pese a la legal notificación a la parte demandada, dentro del término de su conminatoria, no presentó la dúplica, por lo que no habiendo más que tramitar se dispuso autos para sentencia, mediante providencia de 30 de octubre de 2018, cursante a fs. 346.

III. ANTECEDENTES DEL HECHO.

Previamente a la consideración de los extremos demandados, corresponde realizar una relación de los antecedentes de caso, a tal fin se establece:

III. 1. El 6 de mayo del 2006, se suscribió el contrato N°063/2006, entre la Caja Nacional de Salud Regional Santa Cruz y la Organización Asistencial Médica Integral OAMI S.R.L, por intermedio de sus representantes legales, que tiene por objeto, que la clínica se compromete y obliga a brindar servicios médicos hospitalarios y 30 camas de hospitalización, para pacientes asegurados de la CNS, conforme a los requerimientos exigidos en el Formulario DL-2; teniendo vigencia el contrato a partir del 23 de mayo al 31 de diciembre del 2006, conforme su cláusula cuarta; estableciendo un precio de noventa bolivianos, por día de servicios médicos hospitalarios y por cada cama de hospitalización.

III.2. El 30 de noviembre de 2007, se suscribe el contrato modificatorio de la cláusula tercera del contrato original, ampliándose en 10 camas más del servicio; es decir a 40 camas de hospitalización para los pacientes asegurados a la Caja Nacional de Salud, con vigencia del contrato hasta el 29 de febrero de 2008, quedando ratificadas las demás cláusulas del contrato.

III.3. El 23 de marzo de 2009, suscriben las partes, un segundo contrato modificatorio N°29/2009, ampliando el contrato, desde el 1 de enero de 2009, por el tiempo que dure el proceso de licitación de camas a favor de los asegurados y dependientes de la CNS por la gestión 2009, aumentando el número de camas de 40 a 60 e incrementándose el valor por este servicio, a Bs. 147 por cama ocupada, ratificándose en lo demás las cláusulas del contrato original suscrito N°063/2006.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Establecidos los antecedentes de hecho y de derecho, a efecto de pronunciar sentencia, se desprende que el objeto de controversia se circunscribe a:

1. Si la entidad contratante (CNS-Sta. Cruz) incumplió con el pago por los servicios prestados por la clínica OAMI SRL, pese a cumplirse a cabalidad con el procedimiento establecido en el contrato para exigir el mismo, correspondiendo así la intimación de pago y constitución en mora de la entidad demandada, por la obligación exigida de Bs. 656.943,63.

2. Si la entidad demandada tiene demostrada documentalmente la cancelación total de su obligación o en su caso se operó la prescripción.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Al punto uno

Referido a si la entidad contratante (CNS-Sta. Cruz) incumplió con el pago por los servicios prestados por la clínica OAMI SRL, pese a cumplirse a cabalidad con el procedimiento establecido en el contrato para exigir el mismo, correspondiendo así la intimación de pago y constitución en mora de la entidad demandada, por la obligación exigida de Bs. 656.943,63.

Conforme se tiene demostrado por el contrato suscrito entre las partes, N°063/2006 de 23 de mayo, el cual no ha sido refutado por los actores del caso de autos, se convino entre la Caja Nacional de Salud Regional Santa Cruz, y por la Organización Asistencia Médica Integral OAMI S.R.L, por intermedio de sus representantes legales, el compromiso y obligación legal la clínica demandante, a brindar servicios médicos hospitalarios y 30 camas de hospitalización para pacientes asegurados de la CNS, conforme a los requerimientos exigidos en el Formulario DL.2, Pedido Interno N°027/ 2006 y nota N°092/2006 de Jefatura Médica, con estricta y absoluta sujeción a este contrato, a los documentos que forman parte de él y dando cumplimiento a las normas, condiciones, precio, regulaciones, obligaciones, especificaciones, tiempo de prestación del servicio y a las cláusulas contractuales contenidas en el contrato; también se obliga la clínica a prestar los servicios médicos hospitalarios y 30 camas de hospitalización para pacientes asegurados de la CNS, de acuerdo a lo detallado en el pedido interno N°27/2006 y la nota 092/2006 emitida por la Jefatura Médica Regional CNS, los mismos que forman parte de este contrato, siendo los servicios de:

30 camas por día

De enfermería

Servicios de hotelería (ropa de cama, limpieza, etc.)

Médicos de emergencias

Médicos internistas

De acuerdo a lo previsto en la cláusula cuarta del contrato, se convino su vigencia a partir del 23 de mayo al 31 de diciembre del 2006, previsto en la cláusula cuarta, teniendo un monto total propuesto y aceptado por ambas partes para la ejecución del objeto del contrato, de acuerdo a la oferta presentada por la clínica de Bs. 90, por día de servicios médicos hospitalarios y por cada cama de hospitalización, y previniendo además una forma de pago en su cláusula décima octava, donde se establece que la clínica presentará a la Dirección del Hospital Obrero N°3 de la CNS para su revisión la solicitud de pago de aquellos servicios prestados en el que consignará todos los trabajados ejecutados por la clínica, en cuya constancia se asentará el monto del pago debidamente llenado.

Asimismo, se convino estableciendo que el procedimiento para efectuar el cobro de lo adeudado, por los servicios prestados, la Dirección del Hospital Obrero de la CNS, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, después de recibir dicha solicitud indicará por escrito su aprobación o devolverá para que se enmienden los motivos de rechazo, debiendo la clínica, en este último caso realizar las correcciones necesarias volviendo a presentar, con la nueva fecha; esta dirección una vez que aprueba la solicitud de pago remitirá a la dependencia

pertinente de la Entidad, para el pago correspondiente, dentro de los diez (10) días hábiles computables desde la presentación de la solicitud de pago; por lo que en la cláusula siguiente, se establece que la clínica en la misma fecha en que sea aprobada su solicitud de pago, deberá emitir la factura oficial, para su cancelación por la CNS.

Posteriormente se evidencia que, mediante contrato modificatorio de 30 de noviembre de 2007, se amplía el número de camas de hospitalización, de 30 a 40, así como la vigencia del contrato hasta el 29 de febrero de 2008, ratificándose en lo demás las cláusulas del contrato originalmente firmado.

Asimismo, por contrato N°29/2009 de 23 de marzo, se volvió a modificar el contrato N°063/2006, modificado inicialmente por el contrato de 30 de noviembre de 2007, ampliándose el número de camas de hospitalización de 40 a 60 camas, asimismo respecto al tiempo de duración, desde enero del 2009, por todo el tiempo que dure el proceso de licitación de camas a favor de los asegurados y dependientes de la CNS, pero solo por la gestión 2009, incrementando además el monto a pagar por cada cama ocupada de Bs. 90 a Bs. 147, a partir de enero del 2009, ratificándose en lo demás las cláusulas del contrato N°063/2006.

Bajo esas premisas contractuales, corresponde ahora considerar en base a los antecedentes de la causa, propuestos y presentados por las partes, a fin de llegar a determinar primero, si se cumplió a cabalidad con el procedimiento convenido entre las partes, a fin de exigir su cancelación y si existió algún incumplimiento por parte de la entidad demandada, en el pago de sus obligaciones, conforme a las estipulaciones del contrato, respecto a los servicios prestados por la clínica demandante. Debiendo tener en claro que si bien en la cláusula novena del contrato N°063/2006 se estableció que la legislación aplicable a la relación contractual, se regirá por las normas básicas del sistema de administración de bienes y servicios, DS 27328 y su Reglamento, estando además sujeto a la normativa prevista en la Ley N°1178 de Administración y Control Gubernamentales, en los aspectos de su ejecución y resultados; se entiende que al momento de su redacción, se observaron estas normativas para la redacción y establecimiento del objeto, derechos y obligaciones de las partes quienes lo suscriben, de acuerdo a lo previsto en los arts. 49, 52 y 55 del citado Decreto Supremo: "ARTÍCULO 49° (NATURALEZA DEL CONTRATO Y CONDICIONES GENERALES) Los contratos que suscriban las entidades públicas para la provisión de bienes, obras, servicios generales y de consultoría, son de naturaleza administrativa. El Órgano Rector elaborará un modelo de contrato que incluya las condiciones generales y específicas para cada tipo de contratación. Las condiciones estándar del contrato deberán establecer derechos y obligaciones para ambas partes que sean justos y equitativos. El precio de los contratos cuyo plazo de ejecución exceda los doce (12) meses deberá ser establecido en Unidades de Fomento de Vivienda."

"ARTÍCULO 52° (MODIFICACIONES AL CONTRATO) Durante su ejecución y de acuerdo con lo establecido en los Modelos de Pliego de Condiciones y Solicitud de Propuestas, los contratos de bienes, obras, servicios generales y de consultoría sólo podrán modificarse mediante órdenes de cambio hasta el diez por ciento (10%) o a través de un contrato modificatorio hasta un quince por ciento (15%); sumados ambos hasta un veinticinco por ciento (25%) como máximo. Ninguno de estos procedimientos dará lugar al incremento de los precios unitarios. Si para el cumplimiento del objeto del Contrato, fuese necesaria la

creación de nuevos ítemes (volúmenes o cantidades no previstas), los precios unitarios de estos ítemes deberán ser negociados."

"ARTICULO 55° (PAGO A LOS CONTRATISTAS O PROVEEDORES) La entidad pública contratante efectuará los pagos debidos a los contratistas y proveedores según lo determinado contractualmente. En caso de retraso en los pagos por más de sesenta (60) días calendario según lo establecido en el contrato, se reconocerá a favor del contratista o proveedor un interés sobre el monto no pagado por cada día adicional de retraso, calculado basándose en la tasa de interés pasiva anual promedio ponderada nominal del sistema bancario para depósitos en caja de ahorro que pública periódicamente el Banco Central de Bolivia, de la semana anterior a la que se vaya a fijar el interés, el mismo que será dividido en trescientos sesenta y cinco (365) días y multiplicado por los días de retraso."(Las negrillas son agregadas).

Aclarándose que las partes a efectos de su desarrollo, cumplimiento y ejecución, deben estar a las condiciones contenidas en las cláusulas del contrato, en estricta aplicación de lo previsto en el art. 55 citado, así como en los arts. 519 y 291 del Código Civil que establecen: "Art. 519.- (Eficacia del Contrato) El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley.

Art. 291.- (Deber de Prestación y Derecho del Acreedor)

I. El deudor tiene el deber de proporcionar el cumplimiento exacto de la prestación debida.

II: El acreedor, en caso de incumplimiento, puede exigir que se haga efectiva la prestación por los medios que la ley establece."

Sobre este punto analizado referido a que, si se cumplió a cabalidad con el cobro respectivo, cumpliendo las formalidades y requisitos exigidos a tal efecto por la clínica que prestó los servicios de los cuales exige el pago, se tiene que estar a lo previsto por acuerdo de partes, en el propio contrato que originó la obligación que representa el actor.

En ese análisis tomando en cuenta lo estipulado en la cláusula décima octava del contrato N°63/2016 que determina respecto a la forma de pago: "La CLINICA presentará a la DIRECCION DEL HOSPITAL OBRERO N°3 de la CNS para su revisión la solicitud de pago de aquellos servicios prestados, en el que consignará todos los trabajos ejecutados por la CLINICA, en cuya constancia se asentará el monto del pago debidamente llenado.

DIRECCION DEL HOSPITAL OBRERO de la CNS, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, después de recibir dicha solicitud indicará por escrito su aprobación o devolverá para que se enmienden los motivos de rechazo, debiendo la CLINICA, en este último caso realizar las correcciones necesarias volviendo a presentar, con la nueva fecha.

DIRECCION DEL HOSPITAL OBRERO de la CNS, una vez que apruebe la solicitud de pago remitirá a la dependencia pertinente de la Entidad, para el pago correspondiente, dentro de los diez (10) días hábiles computables desde la presentación de la solicitud de pago.

DECIMA NOVENA. - (FACTURACION). La CLINICA en la misma fecha en que sea aprobada su solicitud de pago, deberá emitir la respectiva factura oficial, para su respectiva cancelación por la CNS."

Procedimiento que fue incumplido por la clínica que prestó sus servicios, a efectos de solicitar el pago, al no haber aportado o producido prueba alguna a dicho efecto, que demuestre haber cumplido con el procedimiento administrativo al cual estaba obligado, conforme a lo convenido en el contrato, pese a la obligación legal de la carga de la prueba que le correspondía en su calidad de demandante, conforme lo determina el art. 375 numeral 1) del Código de Procedimiento Civil: "(Carga de la Prueba).- La carga de la prueba incumbe:

Al actor en cuanto al derecho constitutivo de su derecho."

Evidenciándose así que la empresa demandante emitió las facturas de manera unilateral, por supuestos servicios que afirma prestó a la CNS Regional Santa Cruz, obviando todo el procedimiento previo previsto en la cláusula décima octava, referida a la forma de pago, significando que, sin esperar la aprobación de solicitud de pago, emitió las facturas para su cancelación, que ahora pretende cobrar, sin tomar en cuenta que el contrato de naturaleza administrativa, se elaboró justamente en base a las normas básicas del sistema de administración de bienes y servicios contenido en el DS 27328, por lo que debió cumplir a cabalidad con lo previsto y exigido en las cláusulas del contrato, al que se sometió de manera voluntaria; de acuerdo a lo establecido en el art. 55 del D.S citado, máxime si este extremo incumplido, es reconocido en su memorial de réplica, cursante a fs. 327, al referirse al punto B) De la forma de pago establecida en el Contrato y el certificado de conformidad de los servicios prestados y posterior emisión de factura, cuando señala: "En este punto la CNS-Santa Cruz pretende que se obtenga el certificado de conformidad ya no era necesario iniciar y continuar la tramitación de este proceso contencioso..", lo que constituye una confesión espontánea de su parte, en cuanto al incumplimiento de lo establecido en el contrato para perseguir el pago de los servicios prestados, conforme lo determina el art. 404 parág. II del Código de Procedimiento Civil, aplicable por disposición de la Ley N°620 en su art. 4:

"Art. 404.- (CONFESION JUDICIAL). ...II. Será espontánea, la que se hiciere en la demanda, contestación o en cualquier otro acto del proceso y aún en ejecución de sentencia sin interrogatorio previo; en este último caso importará renuncia a los beneficios acordados en dicha sentencia. (Art. 1321 del Código Civil)."

Evidenciándose así que la parte demandante, como empresa contratista de la prestación de servicios, al cual se encontraba obligado, no cumplió a cabalidad con todas las estipulaciones previstas en el contrato, referidas al procedimiento previo a seguir para el cobro de sus servicios, con anterioridad a la emisión de las facturas respectivas, las que se constituyen en un procedimiento irregular, que de manera unilateral establece el monto exigido y cobrado; toda vez que la entidad demandante, conforme lo señala de manera textual en su demanda, numeral 6) de fs. 160 vta.: " Las copias de las facturas por cobrar con sello de recepción de la Caja Nacional de Salud y liquidación de cuentas por cobrar establecen un monto de adeudo de Bs. 656.943,63 que incumplió el pago la parte demandada, sin que hayan hecho caso a nuestras reclamaciones permanentes para su cancelación respectiva.", solo hace mención a las facturas que emitió de manera unilateral, las que cursan de fs. 20 a 106 de obrados, por los supuestos servicios prestados, sin acreditar o demostrar mediante el medio legal idóneo de prueba a dicho efecto, que previamente se presentó una solicitud de pago, donde se tenía que consignar todos los trabajos ejecutados por la Clínica, así como el monto del pago debido, para que la Dirección del Hospital Obrero de la CNS, luego de recibida la solicitud, en el plazo de tres días haya procedido a su aprobación o devolución en caso de existir alguna observación a la solicitud

de pago; una vez se hayan hecho las correcciones, previa aprobación de la Dirección del Hospital, éste tendría que remitir a la dependencia pertinente para su pago, a lo que la Clínica en el día recién tendría que expedir las facturas oficiales, aspecto que de la revisión de antecedentes, como de la prueba documental adjunta por la entidad demandante, solo se acompañó copias de las facturas emitidas por la OAMI S.R.L, sin ninguna aprobación previa, a su solicitud de pago, con los requisitos exigidos a tal efecto por el contrato suscrito, el cual tiene carácter administrativo y no netamente civil, como pretende hacer ver el contratista de servicios, que justamente por ese motivo, inicialmente intentó directamente ante la jurisdicción civil, una medida preparatoria de intimación judicial de pago, bajo apercibimiento de quedar constituido en mora, la que consta a fs. 108 a 109 vta, con la sola finalidad de otorgar el valor a las facturas de título ejecutivo, e iniciar su cobro por esa vía, sin tomar en cuenta que en caso de existir una obligación pendiente, emergente del contrato de "Compra de Servicios Hospitalarios" N°063/2006 de 23 de mayo de 2006, debió iniciar su acción ante esta vía jurisdiccional, de acuerdo a la competencia prevista en los arts. 2.1 y 4 de la Ley N°620, al haber suscrito el contrato bajo las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, con naturaleza administrativa, sujeto a la normativa prevista en la Ley N°1178 de Administración y Control Gubernamentales, así como en el DS 27328, en los aspectos de su ejecución y resultados, por ello es que justamente se establecieron ciertas cláusulas en sentido de garantizar su cumplimiento conforme a la normativa antes señalada, como en este caso las cláusulas décimo octava y novena, respecto al cobro y forma de pago; reiterándose así que no fueron cumplidas por la Clínica prestadora de servicios, circunstancia que incluso se encuentra plenamente reconocido por la parte demandante, conforme se tiene considerado al exordio.

En cuanto a la pretensión principal, respecto a la solicitud de intimación de pago y constitución en mora de la entidad demandada, por la obligación exigida, sea esta total o parcialmente de lo demandado; siendo que se llegó a establecer que la clínica demandante que prestó los servicios, no cumplió con lo pactado en el contrato, a efectos de pretender exigir el cobro de lo adeudado, conforme se tiene fundamentado en el punto anterior, al haber incumplido con el procedimiento convenido en el contrato y regulado en las cláusulas décimas octavas y décimo novena, que determinan de forma clara el procedimiento previo a seguir para efectuar primero el cobro y luego disponer el pago por los servicios prestados, siendo que no presentó o produjo medio probatorio alguno, para demostrar este extremo y al contrario confesó de manera espontánea el incumplimiento por la parte actora, al momento de efectuar su réplica, cuando afirma a fs. 327 que, si tuviese el certificado de conformidad de lo adeudado y autorización de pago, no hubiere iniciado y tramitado el presente proceso, surtiendo así los efectos probatorios previstos en el art. 404 parág. II del CPC, por lo que no corresponde entrar a mayores consideraciones legales sobre este punto, se llega a determinar que no corresponde la intimación de pago y constitución en mora de la entidad demandada, por un monto establecido de manera unilateral por la clínica que prestó sus servicios a la CNS Regional Santa Cruz, debiendo seguir previamente el procedimiento establecido en el contrato N°063/2006, a efectos de realizar el cobro respectivo, de acuerdo al objeto y naturaleza del contrato de carácter administrativo mencionado, evidenciándose así al momento de interponer la presente acción, la inexistencia de obligación alguna exigible al efecto demandado.

Al punto dos

Referido a si la entidad demandada tiene demostrada documentalmente la cancelación total de su obligación o en su caso se operó la prescripción.

Este punto de controversia se encuentra vinculado con las excepciones perentorias de prescripción liberatoria de pago y pago documentado, formalizada por la entidad demandada, que se origina y funda en lo afirmado de su parte, emergente de un informe que solicitó a la Sección Contabilidad que se encuentra a su cargo, en el cual se le pone en conocimiento que no existe deuda pendiente de las gestiones 2008, 2009 y 2010, con relación a la Clínica OAMI S.R.L, sin siquiera precisar, referente a que supuesta obligación corresponde el pago documentado que alega, si en esencia, al contestar la demanda no reconoce la existencia de la obligación pretendida por el actor, que asciende a la suma de Bs. 656.943,63, misma que no se demostró que exista, a efectos que de manera legal le corresponda al demandante exigir el pago, para disponer una intimación judicial de pago y constitución en mora previa a tal efecto.

Ante estos hechos y circunstancias, lo alegado se constituye una franca contradicción, al negar la existencia de la obligación demandada, el afirmar de forma genérica, que se pagaron las obligaciones debidas que pretende cobrar la parte demandante, sumas que constan en las facturas presentadas de fs. 20 a 107, las mismas que al no seguir el procedimiento previsto en el contrato, en sus cláusulas décimo octava y décimo novena, no son reconocidas ni exigibles para su pago, conforme a lo previsto en el contrato sobre el cual se demanda la intimación de pago y constitución en mora; consiguientemente no se puede fundar la excepción de pago, de una obligación que nunca existió, al no tenerse demostrada la misma, fundando su excepción solo en un informe contenido en el Cite: CR-502/2016 de fs.209 expedido por la Contadora Regional CNS Regional Santa Cruz, que establece: "De acuerdo a Libro Auxiliar de la Cuenta 201 "FACTURAS POR PAGAR" de Clínica OAMI SRL se verifica que las Facturas de las Gestiones 2008, 2009, 2010 y 2011 fueron canceladas en su totalidad quedando con saldo cero (0), sin saldo deudor.", que resulta genérico, referido solamente a que a la fecha del informe no tendría obligación pendiente alguna con la entidad demandante, que sin embargo de alguna manera, solo resulta coherente, en sentido que la obligación hoy pretendida no fue demostrada a efectos de intimar su pago y disponer la constitución en mora del demandado, conforme se tiene fundamentado en el punto anterior, al no haberse cumplido con las formalidades y exigencias establecidas en el contrato suscrito N°063/2006, y sus modificaciones contenidas en los contratos de 30 de noviembre del 2007 y de 23 de marzo de 2009, por lo que ante estas circunstancias, resulta impertinente su consideración, respecto al fundamento de la excepción de un presunto pago documentado.

Con relación a la excepción de prescripción liberatoria de pago, la cual se fundamenta a tiempo de su interposición de manera genérica por la parte demandada, afirmando que por el solo cálculo aritmético, tomando en cuenta la fecha del documento base y de los contratos donde se establecen sus modificaciones, se hubiere operado la prescripción liberatoria de toda obligación; cabe señalar que este planteamiento no permite realizar mayores consideraciones legales al respecto, toda vez que no se tiene demostrado que exista una obligación exigible de la parte demandada con relación al actor, a efectos de que se lo intime judicialmente al pago y constituya en mora, de modo que resultaría una incoherencia de parte de este Tribunal, el ingresar a realizar algún análisis legal al respecto, siendo que no concurren los elementos o presupuestos necesarios para su consideración, en cuanto al inicio o conclusión del cómputo de plazo alguno, cuando la obligación de la que se pretende se intime el pago y constituya en mora, no se ha constituido legalmente, a efectos

de exigir el cumplimiento pretendido, por lo que corresponde el rechazo de ambas excepciones perentorias opuestas, en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 343 parág. I del Código de Procedimiento Civil.

VI. Conclusiones.

Por todo lo expuesto, en atención a los fundamentos señalados precedentemente corresponde declarar improbada la demanda contenciosa de intimación judicial de pago y constitución en mora a la parte demandada, al no haber cumplido a cabalidad la parte demandante previamente con lo establecido en el contrato a efectos de hacer exigible el cobro de la obligación pretendida, previsto en las cláusulas décima octava y décima novena; asimismo declarar improbadas las excepciones perentorias de prescripción y pago documentado, no correspondiendo su consideración al no haberse demostrado la existencia de la obligación de pago pretendida, que sea exigible a la Caja Nacional de Salud-Regional Santa Cruz.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución conferida por los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014 y, lo dispuesto en los arts. 778 y 781 del Código Procedimiento Civil, declara IMPROBADA la demanda contenciosa de intimación judicial de pago y constitución en mora de fs. 160 a 161 vta, y su mutación de fs. 164, interpuesta por La Sociedad de Responsabilidad Organización Asistencia Médica Integral S.R.L (OAMI SRL.) e IMPROBADAS las excepciones perentorias de prescripción y pago documentado interpuestas por la entidad demandada, al no haberse demostrado la existencia de la obligación pretendida por la parte actora.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal, conforme lo previsto en la ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Relator: Magistrado Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

28

Empresa PHARMA DEVELOPMENT S.A. c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs.25 a 29 vta. y memorial de subsanación de fs. 143 y vta, presentados por la empresa PHARMA DEVELOPMENT S.A., impugnando la Resolución Administrativa DGE/DEN/J-No.118/2014 de 07 de abril, pronunciada por la Dirección General Ejecutiva del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI); la providencia de admisión de fs. 144, la contestación de fs. 210 a 215, los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

La empresa demandante mediante su apoderado, señala que habiendo presentado su solicitud de registro de la marca "NUTRIBABY", esta fue denegada por el SENAPI mediante Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°244/2013, por la existencia de un registro previo de la marca "NUTRIBEBE" por el Ministerio de Salud y Deportes de Bolivia, ambas comprendidas en la Clase 5 de la clasificación internacional.

A ello, refiere que ante el inadecuado análisis que se hizo respecto a la naturaleza de los productos que las mencionadas marcas protegen, y en función a la contradicción con la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpuso el recurso de revocatoria, que fue rechazado mediante Resolución Administrativa REV-SD-N°360/2013; y ante la interposición del recurso jerárquico se emitió la Resolución Administrativa DGE/ DEN/J-118/2014 que dispuso su rechazo.

I.2. Fundamentos de la demanda.

El demandante, señala que la resolución emitida por el SENAPI es contraria con la jurisprudencia sentada por el Tribunal de la Comunidad Andina de las Naciones, al señalar que ambas marcas no pueden coexistir en el mercado, sin considerar que en ningún momento competirán en él; toda vez que la marca NUTRIBABY no incurre en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en el artículo 136 de la Decisión 486.

Asimismo, haciendo mención a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Andino en los procesos signados como 114-IP-2003 y 35-IP-2011 en relación a la conexión competitiva, refiere que los canales de comercialización y los medios de publicidad a través de los cuales se venderán los productos, son factores decisivos a fin de determinar la existencia o no de conexión competitiva, ya que la misma así como el riesgo de confusión existen solo cuando

los productos serán comercializados a través de los mismos canales, criterios que aplicados al presente caso, se ve que entre los productos no existe conexión competitiva, ya que los productos de la marca NUTRIBEBE no serán comercializados ni puestos en el mercado, al ser su distribución gratuita en centros específicos a madres embarazadas beneficiarias del subsidio de salud, no compitiendo por lo tanto con los productos de la marca NUTRIBABY al no ser exhibidos de manera conjunta, y toda vez que estos últimos serán puestos al mercado con acceso al público en general. Por lo tanto, de dicha comparación no se cumple el criterio referido a canales de comercialización, no pudiendo el consumidor confundir ambas marcas al no ser ofrecidas en los mismos comercios.

A ello, en relación a los medios de publicidad indica que la marca NUTRIBEBE al no comercializarse en el mercado no recurrirá a medios de publicidad al no ser colocados en el mercado, al ser gratuitos y ser entregados por canales especiales de distribución, reafirmando ante ello la no existencia de conexitud competitiva ni riesgo de confusión entre marcas.

Refiriendo finalmente que el SENAPI aplica de manera equivocada la jurisprudencia del Tribunal Andino, al reafirmar por un lado que los productos NUTRIBEBE no serán comercializados, y contrariamente a la norma establece que sí existe riesgo de confusión.

I.3. Petitorio.

Concluye solicitando se declare PROBADA su demanda, y en consecuencia se Revoquen las Resoluciones Administrativas DG6E/ DEN/J-118/2014 de 7 de abril; REV-SD-N°360/2013 de 15 de octubre; y DPI/SD/Denegatoria N°244/2013 de 15 de agosto, ordenando al Servicio Nacional de Propiedad Intelectual, conceder el registro de la marca NUTRIBABY (Mixta) C1. Int. 05, Pub 157380 a nombre de PHARMA DEVELOPMENT S.A.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

II.1 Fundamentación.

Jhilda Gabriela Murillo Zarate, apersonándose al proceso en su condición de Directora General Ejecutiva del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual, respondió negativamente a la demanda, señalando que:

El objeto de la demanda contencioso administrativa, es inherente a la denegatoria de solicitud de registro de la marca "NUTRIBABY" (Mixta), Clase internacional 05, con Publicación N°157380, ante la existencia del registro previo de la marca NUTRIBEBÉ (Mixta), con el número 111984-C concedido el 12 de diciembre de 2007.

Conforme a ello, refiere que el cotejo marcario fue efectuado conforme a las reglas establecidas en la jurisprudencia andina, considerando en inicio que los signos en conflicto llevan en su denominación como una partícula de uso común el prefijo "NUTRI" que fue excluida para la comparación, tomando en cuenta solo "BEBE" y "BABY", cuya visión sucesiva dejan un similar impacto visual.

Refiriendo además, que en el campo ideológico, si bien el termino BABY proviene del inglés su significado es susceptible de ser entendido por un sector considerable del público consumidor, al haber sido introducida dentro el lenguaje común, no siendo apreciada por el consumidor como palabra de fantasía, por lo que se considera en la resolución motivo de la demanda, que dicho término puede generar un riesgo de confusión al evocar una misma idea; razón por la cual acota, se realizó un examen de registrabilidad más prolijo, evitando que con el registro de un signo estrechamente similar al registrado pueda generar consecuencias en la

salud del consumidor medio y animales, toda vez que el objeto de dicha registrabilidad no solo se refiere a la protección de la marca previamente registrada, sino a la protección del consumidor medio por los perjuicios en la confusión de marcas farmacéuticas.

A ello, en relación a la competitividad y aseveración de la parte demandante, de ser contraria la resolución jerárquica a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Andino, señala que dicha resolución estableció que ambas se encuentran comprendidas en la Clase 05, y ya en principio se dan más semejanzas que diferencias, poseyendo las mismas finalidades; y si bien no compartirían los mismos canales de comercialización por la naturaleza del subsidio, al existir un nexo conceptual entre ambas marcas, se puede crear un riesgo de confusión en el consumidor medio respecto a los productos, por lo que ambas no pueden coexistir pacíficamente en el mercado, entendiéndose a este como el ámbito físico o virtual en el que se generan las condiciones necesarias para intercambiar bienes y/o servicios, en el cual aunque no fueren comercializados, también se encuentran los subsidios.

Asimismo, refiriendo las reglas establecidas en la jurisprudencia andina sentada en el proceso 114-IP-2003, indicó que en el caso concreto se evidencia que ambos signos protegen o pretenden proteger dentro de la Clase 05, productos farmacéuticos, alimentos para bebes, sustancias dietéticas, siendo estos similares; y que si bien no se compartirán los mismos canales de comercialización, sí se compartirán los mismos medios de publicidad, observándose que existe una relación entre ambos productos, advirtiendo el uso conjunto de alimentos para bebé con complementos nutricionales con el fin de mejorar la alimentación para mayor beneficio en prevención de enfermedades y mejorar la salud, siendo que ambos productos guardan la misma finalidad de conservar la salud humana y complementar la alimentación.

Concluyendo en relación a lo precedentemente señalado, que si bien no compartirán canales de comercialización, existen los elementos referidos respecto a la conexión competitiva que sí existe, la que sumada a la similitud ideológica, producen riesgo de confusión pero sobre todo de asociación para el consumidor medio. Por otra parte, indica que ante la similitud de los signos y la conexión competitiva de productos, se presentan los dos supuestos requeridos para configurar riesgo de confusión, imposibilitando su coexistencia con la marca registrada, encontrándose la marca solicitada dentro la causal de irregistrabilidad establecida en el artículo 136 inc. a) de la Decisión 486 de la CAN.

II.2. Petitorio.

Finalmente solicita se dicte sentencia rechazando la demanda y confirmando la Resolución Administrativa Jerárquica DG6E/DEN/J118/2014 de 7 de abril.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

Los antecedentes cumplidos en sede administrativa y jurisdiccional que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente:

III.1 El 14 de septiembre de 2012, Enrique MacLean Soruco, como apoderado de la firma PHARMA DEVELOPMENT S.A., solicitó ante la Dirección de Propiedad Intelectual del SENAPI, el registro como marca "NUTRIBABY" (Denominación y Diseño) destinada a proteger productos de la Clase Internacional 5 del Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas.

III.2 Mediante Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°244/2013 de 15 de agosto, el SENAPI evidenciando la existencia de una marca previamente registrada denominada "NUTRIBEBÉ", denegó la solicitud y dispuso el archivo de obrados.

III.3 Contra dicha determinación PHARMA DEVELOPMENT S.A. interpuso Recurso de Revocatoria, resuelto por el SENAPI mediante Resolución Administrativa REV-SD-N°360/2013 rechazó el recurso, confirmando en todas sus partes la Resolución Administrativa DPI/SD/Denegatoria-N°244/2013.

III.4 Interpuesto el Recurso Jerárquico, fue rechazado por la Dirección General Ejecutiva del SENAPI mediante Resolución Administrativa DGE/ DEN/J-118/ 2014, confirmando en forma total la Resolución REVSD-N°360/2013.

III.5 Durante el curso del proceso contencioso administrativo, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia mediante Auto N°316/2015 de 10 de diciembre (fs. 279 a 280), solicitó interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de los incs. b) e i) del artículo 135 e inc. a) del artículo 136, ambos de la Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

III.6 Ante la solicitud efectuada por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina remitió a este alto tribunal la Interpretación Prejudicial 343-IP-2018. (fs. 304 a 311 y vta.). 111.7 Notificado que fuere el Ministerio de Salud como tercero interesado, se apersona y responde a la demanda. (fs. 270 a 274).

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

De los antecedentes del proceso, la fundamentación de derecho y reconocida como se encuentra la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena para la resolución de la controversia, tomando en cuenta la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, en el que el Tribunal analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos corresponde realizar el control de legalidad sobre los actos ejercidos por las instancias de impugnación del SENAPI.

Consecuentemente, se establece que el objeto de la controversia se refiere a determinar: 1.- Si el signo NUTRIBABY (mixto) en función a la similitud ideológica y de su relación con la marca registrada previamente NUTRIBEBE (mixto), no cumpliría con el requisito de distintividad extrínseca necesario para su registro, generando riesgo de confusión en el consumidor medio, no pudiendo por lo tanto coexistir en el mercado; 2.- Si la resolución jerárquica impugnada, es contraria a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al determinar la imposibilidad de coexistencia, sin considerar la ausencia de conexión competitiva al no emplear los mismos canales de comercialización y medios de publicidad.

V. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

En virtud al artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal Supremo de Justicia mediante Auto N°316/2015 de 10 de diciembre (fs. 279 a 280), solicitó interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de los incs. b) e i) del artículo 135, así corno del inc. a) del artículo 136 de la Decisión 486 "Régimen Común sobre Propiedad Industrial", emitiendo este último la Interpretación solicitada signando el proceso como 343-IP-2018 de 03 de diciembre de 2018 (fs. 304 a 311 y vta.), estableciendo la procedencia de la interpretación en cuanto a la literal b)

del artículo 135, y de la literal a) del artículo 136 de la Decisión 486, por su pertinencia; y no así del Literal i) de su artículo 135, al no ser materia de controversia la registrabilidad de un signo engañoso.

Conforme a ello, y en sujeción a lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el presente fallo, se aplicará la interpretación en mención; debiendo en consecuencia, dar cumplimiento a lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

VI. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Que, establecidos los antecedentes precedentes, en estricta congruencia entre las pretensiones deducidas, la resolución jerárquica impugnada y la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal Supremo de Justicia considera:

En el marco de la delimitación para el registro de signos como marcas, establecida en la Decisión 486, concretamente en su artículo 134, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha considerado de manera específica y precisa, la imposibilidad de efectuar el registro en tanto se cumplan las causales establecidas en sus artículos 135 y 136.

Conforme a ello, en la especie se advierte que la resolución jerárquica impugnada fundamenta su decisión señalando que el signo NUTRIBABY (mixto) en función a la similitud ideológica y de su relación con la marca NUTRIBEBE (mixto) registrada previamente, incumple el requisito de distintividad extrínseca, pudiendo generar riesgo de confusión en el consumidor, no siendo posible por lo tanto coexistir en el mercado.

A efecto de realizar el cotejo de los antecedentes referidos, se presentan a continuación la marca registrada y el signo solicitante de registro:

Marca Registrada	Marca Solicitante
(Mixta) Clase N°5	(Mixta) Clase N°5

Ante la confusión que podría generar el registro del signo NUTRIBABY (Mixta), aludida por el SENAPI, la Interpretación Prejudicial 343-IP-2018 refiere la necesaria verificación de comparación con la marca NUTRIBEBE (Mixta), al estar conformados por un elemento denominativo y gráfico, debiendo determinarse cuál de ellos es el más característico.

Al respecto, la resolución jerárquica impugnada, cumpliendo con lo precedentemente señalado, estableció previamente que en la marca NUTRIBEBÉ resulta relevante el aspecto denominativo ante las características de sus letras, colores, tamaño y preponderancia al interior del signo; en similitud, tal cual señaló, con el término NUTRIBABY que sobresale del conjunto de elementos del signo.

Asimismo, la interpretación prejudicial consultada distingue el empleo de las partículas de uso común en la conformación de marcas farmacéuticas, señalando que conforme a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la

Interpretación Prejudicial de 3 de diciembre de 2013 dentro el proceso 182-IP-2013: "Las marcas farmacéuticas frecuentemente se confeccionan con la conjunción de elementos de uso general y corriente, que le dan al signo algún poder evocativo (prefijos, sufijos o palabras), ya que ofrecen al consumidor una idea acerca de las propiedades del producto, sus principios activos, su uso terapéutico, etc. Por lo tanto, ningún competidor en el mercado puede apropiarse de tal partícula común. (...) Por lo tanto, las partículas de uso común que conforman marcas farmacéuticas no deben ser consideradas a efecto de determinar si existe confusión, siendo ésta una circunstancia de excepción a la regla de que el cotejo de las marcas debe realizarse atendiendo a una simple visión de conjunto de los signos que se enfrentan, donde el todo prevalece sobre sus componentes.".

Es decir, que a diferencia del tratamiento que se otorga a toda marca cotejándola en su conjunto, en el ámbito registral de marcas farmacéuticas se produce una excepción, ante la frecuencia de empleo de elementos generales, de tal forma, las partículas de uso común al no ser susceptibles de apropiación, no deben ser consideradas para determinar la existencia de confusión.

Conforme a ello, se advierte que la resolución jerárquica impugnada, identificando que los signos en conflicto presentan en su denominación la partícula de uso común "NUTRI", enfocó su cotejo únicamente en los otros elementos:

~~NUTRI~~BEBE ~~NUTRI~~BABY ~~NUTRI~~BEBE ~~NUTRI~~BABY ~~NUTRI~~BEBE- ~~NUTRI~~BABY

Señalando la mencionada resolución al respecto, que quedando los elementos BEBE y BABY, de su visión sucesiva dejan un similar impacto visual.

A ello, y en función a la fundamentación de la resolución motivo de la demanda, corresponde en inicio referir lo determinado por la Decisión 486, respecto a la identidad o semejanza de signos y su irregistrabilidad.

Artículo 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación;

Es decir, que no es sujeto de registro un signo que sea idéntico o similar a otro registrado o solicitado con anterioridad por un tercero, "...porque en dichas condiciones carece de fuerza distintiva...", tal cual afirma la Interpretación Prejudicial 343-IP-2018, añadiendo que: "...Los signos no son distintivos extrínsecamente cuando puedan generar riesgo de confusión (directa o indirecta) y/ o riesgo de asociación en el público consumidor...".

A ello, la Interpretación Prejudicial en mención, complementa su entendimiento en cuanto a la valoración de los signos confrontados, estableciendo que esta debe tomar en cuenta que la similitud puede ser ortográfica, fonética, gráfica, o ideológica.

Al respecto, el SENAPI en su resolución jerárquica refirió que en los campos ortográfico y fonético la marca solicitada se compone de elementos distintos a los de la registrada, no generando una misma connotación sonora; sin embargo, en el plano ideológico ambas son bastante similares, al suscitar una misma idea respecto a un producto de BEBE, puesto que el significado conceptual del signo BABY, es de conocimiento de la mayoría del

público consumidor, quienes lo percibirían de forma similar; añadiendo a su fundamentación que en relación con la conexión competitiva, en la comparación practicada ambos signos confrontados ya en principio se hallan en la Clase N°5, dándose más semejanzas que diferencias en ambos, poseyendo las mismas finalidades, y que como consecuencia de la existencia de la similitud ideológica y de la relación de los productos a distinguir el signo NUTRIBABY no puede coexistir con la marca NUTRIBEBE, de modo que no cumple con el requisito de distintividad extrínseca necesario para su registro.

En función a lo referido anteriormente, la distintividad se encuentra debidamente regulada por el inc. b) del artículo 135, el cual dispone:

Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que:

b) carezcan de distintividad;

En el marco de dicha disposición, la Interpretación Prejudicial 343-IP-2018 determina que "La distintividad es la capacidad que tiene un signo para individualizar, identificar y diferenciar en el mercado los productos o servicios, haciendo posible que el consumidor o usuario los seleccione. Es considerada como característica esencial que debe reunir todo signo para ser registrado como marca y constituye el presupuesto indispensable para que ésta cumpla su función de indicar el origen empresarial y, en su caso incluso, la calidad del producto o servicio, sin causar riesgo de confusión y/ o asociación en el público consumidor".

Bajo dicho lineamiento, la distintividad se constituye en la característica base para efectuar el registro de un signo, contemplando un doble aspecto, por un lado, intrínseca o también denominada en abstracto, por la cual se determina la capacidad que debe tener el signo para distinguir productos o servicios del mercado; y por otra parte extrínseca o en concreto, mediante la cual se determina la capacidad del signo de diferenciarse de otros signos en el mercado.

Ahora bien, respecto a la distintividad extrínseca que la resolución jerárquica refiere no cumpliría el signo NUTRIBABY en relación a la marca registrada, la Interpretación Prejudicial 343-IP-2018 establece que dicha distintividad: "...se encuentra referida a la capacidad del signo para diferenciarse plenamente de otros signos que operan u ofertan en el mercado, lo cual a su vez permite al consumidor realizar la elección de los bienes o servicios que desea adquirir realmente..." ; es decir que la distinción entre un producto y otro permite al consumidor elegir cuál de ellos adquirir. En la especie, la existencia de la aptitud distintividad extrínseca queda advertida en función a que la marca registrada NUTRIBEBÉ corresponde a uno de los productos que integran el subsidio, accesible para el consumidor sola y únicamente en tanto cumpla con los requisitos establecidos para la obtención de este beneficio; a diferencia del producto con el signo NUTRIBABY que será comercializado y al que el consumidor podrá acceder en el mercado, dado su diferente canal de distribución. Infiriendo por lo tanto que ante la existencia de distintividad extrínseca, no se generará la confusión aludida en la resolución jerárquica impugnada.

Por otra parte, conforme a la basta jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, también referida en la Interpretación Prejudicial producto de la consulta efectuada, se establece que los signos no son distintivos extrínsecamente cuando pueden generar riesgo de confusión, el cual puede ser directo o indirecto, o cuando provoquen riesgo de asociación.

En el caso del riesgo de confusión directo, este se encuentra caracterizado por la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto o servicio determinado crea que está adquiriendo otro; a diferencia del riesgo de confusión indirecto que se presenta cuando el consumidor atribuye a dicho producto, en contra de lo que en la realidad ocurre, un origen empresarial diferente al que realmente posee. Respecto a ello, la Interpretación Prejudicial 343-1P-2018 emitida al caso, refiere que si bien debe examinarse si entre los signos confrontados existe identidad o semejanza para determinar si ello genera riesgo de confusión en cualquiera de sus formas, sin embargo, debe tomarse en cuenta que: "no sería suficiente basar la posible confundibilidad únicamente en las similitudes o semejanzas en cualquiera de sus formas, pues el análisis debe comprender todos los aspectos que sean necesarios.".

Es así que en el caso, deben considerarse todos los aspectos que hacen a los signos confrontados, tomando en cuenta además, la accesibilidad que tendrá el consumidor en relación al producto, siendo que, conforme se dijo, existe una marcada diferencia entre la distribución del mismo, en razón que la marca NUTRIBEBE registrada, no resulta accesible para el general de la población, más solamente se encuentra disponible para aquellos a quienes por ley les corresponde el beneficio del subsidio, y se distribuye sin ningún costo para el consumidor, a diferencia del producto con el signo NUTRIBABY que será comercializado en el mercado, desestimando con ello el posible riesgo de confusión en cualquiera de sus formas.

Por otra parte, en relación a la fundamentación que la resolución jerárquica impugnada efectuó respecto a que en la comparación que practicó de los signos confrontados, advirtió su conexión, ya que en principio se hallan en la Clase N°5, dándose más semejanzas que diferencias en ambos, poseyendo las mismas finalidades; corresponde recordar que la inclusión de productos en una misma clase no es determinante para establecer su similitud, tal cual refiere la Interpretación Prejudicial 343-IP-2018, así como la amplia jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que la resolución jerárquica impugnada no consideró, emitiendo un razonamiento diferente, ello en el marco del cumplimiento que debe efectuarse a lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 151 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, que prescribe:

Artículo 151.- Para clasificar los productos y los servicios a los cuales se aplican las marcas, los Países Miembros utilizarán la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, establecida por el Arreglo de Niza del 15 de junio de 1957, con sus modificaciones vigentes.

Las clases de la Clasificación Internacional referida en el párrafo anterior no determinarán la similitud ni la disimilitud de los productos o servicios indicados expresamente. (El resaltado es añadido).

En ese entendido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante la Interpretación Prejudicial 343-IP-2018, establece que para determinar la existencia de vinculación o conexión entre productos debe considerarse el grado de similitud de los signos, y cualquiera de los siguientes 3 criterios sustanciales:

a) El grado de sustitución entre productos, debiéndose considerar su finalidad o características, rango de precios entre ellos, los canales de aprovisionamiento, de distribución o de comercialización, entre otros; donde dicha sustitución permite desde la perspectiva del consumidor apreciar que un producto es competidor de otro, pudiendo optar por uno u otro con facilidad. Extremo que no ocurre en la especie, toda vez que la marca registrada

NUTRIBEBE se distribuye en el subsidio, y el signo NUTRIBABY pretende ser comercializado, no pudiendo de tal forma para el consumidor optar por uno u otro conforme a su decisión, sino conforme se señaló anteriormente, ante determinados requisitos necesarios para optar al beneficio del subsidio.

b) La complementariedad entre sí de los productos o servicios, es decir que el consumo de determinado producto genera la necesidad de consumir otro, ello en razón de su complementariedad; criterio que tampoco se ajusta al caso de autos, en razón de que el uso del producto con la marca NUTRIBEBE distribuido en el subsidio, no requiere complementarse con el producto NUTRIBABY.

c) La posibilidad de que los productos o servicios provienen del mismo empresario (razonabilidad), toda vez que el consumidor, considerando la realidad del mercado, podría asumir que los productos en cuestión provienen del mismo empresario; aspecto que de igual forma no acontece en la especie, siendo que el producto con la marca registrada NUTRIBEBE, es distribuido únicamente en el subsidio, y conforme a los datos del proceso, su registro fue otorgado el 12 de diciembre de 2007 por el SENAPI a favor del Ministerio de Salud Cultura y Deportes de la República de Bolivia, entidad estatal perteneciente al Órgano Ejecutivo que no encuentra en sus fines institucionales el comercializar en el mercado de manera paralela al subsidio dicho producto, no pudiendo establecerse conexión que determine que un producto del subsidio pueda ser comercializado en el mercado por dicha entidad pública. Es así, que en el marco de lo dispuesto por la Interpretación Prejudicial 343-IP-2018 que refiere al respecto, que la autoridad consultante para establecer la relación o vinculación entre los productos confrontados, deberá analizar si entre ellos existe sustituibilidad, complementariedad o la posibilidad de que provengan del mismo empresario; conforme a la fundamentación precedente y en función a los demás aspectos ya referidos, este alto Tribunal, al no cumplirse ninguno de los tres presupuestos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no encuentra conexión o vinculación entre el signo NUTRIBABY (Mixto) y la marca NUTRIBEBE (Mixto). Situación que no fue considerada por la institución demandada al establecer en la Resolución Jerárquica impugnada la existencia de conexión competitiva entre los productos confrontados, y su imposibilidad de coexistencia en el mercado, sin tomar en cuenta los parámetros establecidos al respecto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución conferida en el art. 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, falla en única instancia declarando PROBADA la demanda de fojas 25 a 29, subsanada a fs. 143 y vta., planteada por Frank Daniel Limón Nava, apoderado legal de la firma PHARMA DEVELOPMENT S.A., en consecuencia, DEJA SIN EFECTO la Resolución Administrativa DGE/DEN/J-N°118/2014 de 07 de abril emitida por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI), ordenando ante ello a dicha institución conceder el registro como marca del signo NUTRIBABY (MIXTA) Cl. Int. 05, Pub. 157380 a nombre de PHARMA DEVELOPMENT S.A.

No interviene el señor Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. José Antonio Revilla Martínez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

29

Consorcio TYPSA – SOINCO c/ Gobierno Autónomo Departamental de Tarija
Contencioso
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa de fojas 54 a 100 y vuelta, demandando la resolución de contrato de servicio de supervisión técnica imputable al incumplimiento de la entidad contratante; de pago de obligaciones emergentes del contrato de supervisión técnica y demanda de pago de daños y perjuicios, el memorial de contestación y reconvención de fojas 224 a 259 y vuelta, la contestación a la demanda reconvencional de fojas 305 a 339 y vuelta, la providencia por la que se calificó el proceso como de puro derecho (fojas 342), el recurso de reposición de fojas 354, el memorial de réplica del reconviniente de fojas 374 a 376, la providencia de fojas 400 por la que se ordenó aguardar a recibir el original para su consideración, la Resolución N°185/2017 de fojas 438 a 439, el memorial de fojas 444 a 478 y vuelta, el decreto de autos para sentencia de fojas 479, la Resolución de fojas 482 a 483 y vuelta que anuló el decreto de autos, el nuevo decreto de autos de fojas 628 y los antecedentes procesales.

CONSIDERANDO I:

Que, la Sala Plena de este Supremo Tribunal de Justicia, pronunció de oficio, la Resolución N°31/2018 de 26 de abril (fojas 482 a 483), disponiendo dejar sin efecto el sorteo de 21 de marzo de 2018; en consecuencia, anula obrados hasta la calificación del proceso de fojas 342 inclusive, "...debiendo proseguir el trámite de la causa conforme a la calificación

correspondiente...", añadiendo que por Secretaría se proceda a designar nuevo Magistrado Tramitador para el cumplimiento de lo dispuesto.

Adicionalmente, se dispuso se notifique con las principales piezas del proceso al Procurador General del Estado, en el domicilio ubicado en la calle Martín Cárdenas esquina calle 11 de junio, zona Ferropetrol de la Cuidad de El Alto, del Departamento de La Paz, encomendando su diligenciamiento a través de la Presidencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

Habiéndose cumplido la diligencia de notificación a la Procuraduría General del Estado, el 25 de enero de 2019, como consta a fojas 492 vuelta y recibida la provisión citatoria diligenciada como consta por el cargo sentado a fojas 627 vuelta, por providencia de fojas 628, se decretó autos para sentencia.

Que el proceso contencioso, regulado por el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, está previsto para los casos "...en que existiere contención emergente de los contratos, negociaciones o concesiones del Poder Ejecutivo, conforme a las previsiones pertinentes de la Constitución Política del Estado..."

En autos, la controversia se origina en la demanda de declaración judicial de resolución de contrato de servicio de supervisión técnica imputable al incumplimiento de la entidad contratante; la demanda de pago de obligaciones emergentes del contrato de supervisión técnica; y, accesoriamente, la demanda de daños y perjuicios.

El artículo 777 del Código de Procedimiento Civil, dispone: "El trámite y resolución de la causa se sujetará a lo previsto para el proceso ordinario de hecho o de puro derecho, según la naturaleza del asunto."

CONSIDERANDO II:

En el presente caso, la Sala Plena de este Supremo Tribunal de Justicia, pronunció de oficio, la Resolución N°31/2018 de 26 de abril (fojas 482 a 483), disponiendo dejar sin efecto el sorteo de 21 de marzo de 2018; en consecuencia, anula obrados hasta la calificación del proceso de fojas 342 inclusive; es decir, que se deja sin efecto la providencia por la que se calificó el proceso, así como el traslado dispuesto para la réplica, correspondiendo la misma al haber sido calificado el proceso como de puro derecho.

La Resolución N°31/2018 en el último párrafo del punto primero de su único considerando, indica:

"De la lectura de la demanda contenciosa cursan de fojas 54 a .100, la respuesta y reconvención realizada por el Gobierno Autónomo Departamental de Tarifa, cursante de fs. 224 a 259, existen hechos contradictorios, que necesariamente deben probarse en un período probatorio, conforme lo dispone el art. 354.1 del Código de Procedimiento Civil, en el que ambas partes puedan aportar las pruebas que creyeran convenientes para respaldar sus pretensiones, en su caso desvirtuar las mismas en el marco del debido proceso, toda vez que resolver el presente proceso como un proceso ordinario de puro derecho, resultaría incongruente a los argumentos de hecho formulados por el demandante y controvertidos por el demandante reconvencionista."

Continúa el párrafo séptimo del punto segundo de la referida resolución, señalando: "...a objeto de evitar posibles contingencias procesales de nulidad o que generen incluso la imposibilidad de ejecutar la decisión final, por este tribunal dentro la presente causa,

corresponde sanear el mismo, calificando el proceso conforme los antecedentes..." La parte dispositiva de la Resolución N°31/2018, determina: "...VEJA SIN EFECTO el sorteo de 21 de marzo de 2018; consecuentemente anula lo obrado hasta la calificación del proceso cursante a fojas 342 inclusive, debiendo proseguir el trámite de la causa conforme a la calificación correspondiente..."

En virtud de lo dispuesto por la Resolución N°31/2018, emitida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, se establece que la providencia por la que se calificó el proceso (fojas 342), quedó nula y por tanto sin valor legal, entendiéndose que debió proseguir el trámite de la causa, una vez dispuesta la calificación del mismo como ordinario de hecho, de manera tal que guarde congruencia con la parte considerativa de la resolución.

Adicionalmente, se dispuso que se designe nuevo Magistrado Tramitador, como también que se libre provisión citatoria a efectos de la notificación, con las principales piezas procesales, a la Procuraduría General del Estado.

Por lo anterior, de la revisión de los actuados posteriores a la emisión de la resolución de fojas 482 a 483, se establece que se cumplió con la designación de nuevo Magistrado Tramitador, como consta a fojas 491 y se libró la provisión citatoria a efecto de la notificación a la Procuraduría General del Estado, como consta por las literales de fojas 492 a 626 y la constancia de devolución de la misma una vez diligenciada, según se establece de la nota de fojas 627 y su cargo a la vuelta.

Finalmente, cursa a fojas 628 la providencia por la que se indica que "...Habiéndose cumplido con lo dispuesto por la Resolución de fs. 482 a 483 y vta., y al no haber asumido representación jurídica la Procuraduría General del Estado dentro de la presente causa en el plazo establecido por el art. 354.11 del código de Procedimiento Civil no obstante de su legal notificación, no habiendo más que discutir y ser el estado de la causa, se dispone AUTOS PARA SENTENCIA conforme establece el att. 396 de la referida norma adjetiva civil."

De la relación precedente, se establece que no se dio cumplimiento a la Resolución N°31/2018 de fojas 482 a 483 en cuanto a la calificación del proceso, habiéndose omitido el cumplimiento de este acto procesal.

Por lo anterior, no solamente a efecto de cumplir lo señalado por el procedimiento y evitar nulidades futuras, sino a efecto de posibilitar la resolución de la causa, pues en las condiciones en que se encuentra el proceso, se torna imposible su resolución como de puro derecho, ya que de la exhaustiva revisión del proceso, demanda, contestación, reconvención y contestación a la reconvención, puede colegirse que en esas condiciones, no es posible pronunciar una resolución coherente, de acuerdo a ley y aplicando criterios de justicia.

Por lo anterior, deberá reconducirse el proceso, siguiendo lo dispuesto por los artículos 353 y 354 del Código de Procedimiento Civil, dictando el auto de relación procesal en el que se determinen con claridad y precisión los hechos a probar por cada una de las partes, y calificando el proceso como ordinario de hecho.

Adicionalmente, debe considerarse que se presentaron anexos y pruebas adjuntas por las partes, las que no responden a una lógica de orden cronológico u otro criterio seguir, menos aún se señalaron las fojas en las que supuestamente se encuentran los documentos que se invocan, por lo que se hace prácticamente imposible establecer su ubicación, aspecto que precisamente corresponderá producir y confirmar a las partes en el período probatorio,

brindando a este Supremo Tribunal de Justicia información útil y ordenada a los efectos del conocimiento y resolución de la causa.

En consecuencia, en resguardo del debido proceso, previsto por los artículos 115, 117 y 180 de la Constitución Política del Estado, de acuerdo con la facultad descrita por el parágrafo I del artículo 17 de la Ley del Órgano Judicial, N°25 de 24 de junio de 2010, y de los artículos 105 y 106 del Código Procesal Civil, vigente a partir del 6 de febrero de 2016 por disposición de la Ley N°719 de 7 de agosto de 2015, normas que guardan relación con lo determinado por los incisos 1) y 3) del artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, corresponde determinar la nulidad de obrados, a efecto de subsanar defectos procesales.

POR TANTO: La Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con la facultad prevista en el parágrafo I del artículo 180 de la Constitución Política del Estado y en el parágrafo I del artículo 15 de la Ley del Órgano Judicial, ANULA el sorteo de fojas 630 de 31 de julio de 2019, así como la providencia de fojas 628, de 4 de febrero de 2019 y ordena que, regularizando procedimiento, en cumplimiento de los artículos 353 y 354 del Código de Procedimiento Civil, se dicte auto de relación procesal y se califique el proceso como fue dispuesto por la Resolución N°31/2018 de 26 de abril (fojas 482 a 483 y vuelta).

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Relator: Magistrado Dr. Ricardo Torres Echalar

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

30

Administración de Aduana Interior Oruro de la Gerencia regional Oruro de la Aduana Nacional de Bolivia c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa, cursante de fs. 15 a 19 y vta., admisión de fs. 22, respuesta de fs. 30 a 33, réplica de fs. 65 a 68, dúplica de fs. 71 y vta., los antecedentes del proceso y de emisión de la Resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

Daniel Villafuerte Velásquez en su calidad de Administrador de Aduana Interior Oruro de la Gerencia Regional de la Aduana Nacional de Bolivia, refirió que de los antecedentes cursantes dentro del proceso de Contravención por Contrabando Operativo denominado "AMPER CAMION" con Acta de Intervención ORUOI - 010/2011 DE FECHA 30/11/2011, se tiene que el 13 de octubre de 2011, se inició el proceso de compulsa física y documental del caso denominado "AMPER" con Acta de Intervención COA/RORU/C965/11 y conforme al Informe Técnico ORUOI SPCCR N°1847/11 de 19 de octubre, presentado a la Administración de Aduana Interior Oruro por el Área de Compulsa de la SPCCR donde previa documentación presentada a efecto de descargo concluye con relación al Vehículo con placa de control 2439-DYK que corresponde al medio de transporte del Acta de Intervención COA/RORU/C965/2011, no se encuentra amparada, al estar dentro del alcance del inc. b) del artículo 181 (Contrabando) de la Ley N°2492, al no existir correspondencia con la documentación adjuntada como prueba de descargo, por la diferencia en la partida arancelaria registrada en la DUI y la verificada en la documentación, sugiriendo elaborar un acta de intervención del medio de transporte, previa elaboración del inventario y su valoración.

Asimismo, refirió que mediante Resolución Administrativa AN GRORUORUOI SPCCR N°1489/2011 de 31/10/2011 se resolvió en correspondencia a lo establecido por el informe Técnico ORUOI-SPCCR N°1847/2011 de fecha 19/10/2011, se proceda a la elaboración de la respectiva Acta de Intervención con referencia al vehículo con placa de control N°2439-DYK. Clase: Camión, Tipo: Cóndor y demás características. Iniciándose el 2 de diciembre de 2011 el proceso administrativo por Contrabando Contravencional, notificando con el Acta de Intervención a Andrés Ávila y a los presuntos autores y/o interesados.

Refirió además que Andrés Ávila Caba por memorial de 06/12/2011, solicitó la devolución de su vehículo, adjuntando: Testimonio de Poder N°108/2011 de 08/02/2011

otorgado por Emilio Ibarra Salas a su favor; 2) Fotocopia simple del Acta de Intervención Contravencional ORUOI010/2011 de 30/11/2011; 3) fotocopia simple de su C.I. 1280155 pt.; 4) fotocopia simple del Certificado de Registro de Propiedad del vehículo CRPVA N°2TFMEU3W de 25/03/2010, emitido por el gobierno Municipal de Potosí, que identificó como propietario a Emilio Ibarra Salas.

A ello indica que con nota cite ORUOI SPCCR N°227/2012 de fecha 24/02/2012, se remitió a la Gerencia General de la Aduana Nacional de Bolivia, el informe Técnico ORUOI SPCCR N°155/2012 de 24/02/2012 con referencia a la aplicación del Informe AN-GNJGC/DGLIC N°588/2011 de 24/06/2011 para el procesamiento de vehículos.

Refiriendo además que el informe AN-GNJGC-/DALIC N°405/2012 de 18/04/2012 del Departamento de Asesoría Legal de la Gerencia Nacional Jurídica, recomendó: "efectuar las acciones correspondientes contra el camión marca Nissan Cóndor, color negro, con placa de circulación 2438DYK, por el delito de contrabando".

Por otra parte, indicó que el Informe Técnico 471/2012 de 11/05/2012 emitido por la Supervisora para el Procesamiento de Contrabando Contravencional y Remate "SPCCR", estableció que la mercancía registrada en el Cuadro de Valoración ORUOI VA N°1259/2011 de 10/11/2011 no se encuentra amparada, por lo que recomienda efectuar el comiso definitivo de la mercancía descrita en dicho Cuadro.

A ello refirió que el informe de Valoración y Liquidación de Tributos (Cuadro de Valoración) ORUOI VA 1259/2011 de fecha 10 de noviembre de 2012, establece que el valor de la mercancía decomisada asciende a $us. 16,231.90 (Dieciséis mil doscientos treinta y uno 90/100 dólares americanos), equivalente a Bs. 112,974.00 (Ciento doce mil novecientos setenta y cuatro 00/100 bolivianos), con un total de tributos omitidos en UFV's 13,782.00 (Trece mil setecientos ochenta y dos 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda).

Señaló además que la Administración Aduanera emitió la Resolución Sancionatoria en Contrabando AN-GRORU-ORUOI-SPCCR N°1478/2012 de 31/05/2012, que declaró probada la comisión de Contravención aduanera por contrabando tipificado por el art. 181 incisos b) y f) del Código Tributario Boliviano, en contra de Andrés Ávila Caba y Emilio Ibarra Salas, disponiendo el comiso definitivo de la mercancía descrita en el Acta de Intervención N°ORUOI-010/2011 e Informe de Valoración y Liquidación de Tributos (Cuadro de Valoración) ORUOI VA1259/2011 de 10/11/12, consistente en el vehículo referido precedentemente, acorde al art. 6 (Vehículos Automotores con chasis remarcado y prohibidos de importación) del D.S. 0220 de 22/07/09. A ello indicó, que el 24/11/12 la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria ante el recurso de alzada interpuesto por Andrés Ávila Caba y Emilio Ibarra Salas en contra de la Resolución Sancionatoria en Contrabando AN-GRORU-ORUOI- SPCCR N°1478/2012, emitió la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-LPZ/RA 0777/2012 de 24/11/12, revocando totalmente la Resolución Sancionatoria en Contrabando ANGRORU-ORUOI- SPCCR N°1478/2012 de 31/05/12, emitida por Administración de Aduana Interior Oruro de la Aduana Nacional de Bolivia, dejando sin efecto el Comiso definitivo del vehículo.

Y ante dicha resolución la Administración de Aduana Interior Oruro planteó Recurso Jerárquico, el cual fue resuelto mediante Resolución AGIT-RJ-1200/2012 de 18/12/2012, que resolvió confirmar la Resolución ARIT-LPZ/RA 0777/2012.

I.2. Fundamentos de la demanda.

La entidad demandante refirió que de acuerdo a nota cite ORUOI SPCCR N°227/ 2012 de 24/02/2012, se remitió a la Gerencia General de la Aduana Nacional de Bolivia, el Informe Técnico ORUOI SPCCR N°155/2012 de 24/02/2012 con referencia a la aplicación del informe ANGNJGC/DGLIC N°588/2011 de 24/06/2011 para el procesamiento de vehículos, habiéndose establecido en el proceso de análisis técnico y compulsa, que los mismos han sufrido cambio en su estructura, física, que puede resultar en el cambio de partida arancelaria y por ende incurra en las prohibiciones establecidas en los Decretos Supremos 29836 y/o D.S. N°123.

Asimismo, refirió que el artículo 9 párrafo I del D.S. N°28963, modificado por los D.S. N' 29836 de 03/12/08 y N°"23" (Sic), dispone prohibiciones y restricciones sobre la importación de vehículos, debiendo ser aplicados al presente caso.

Acotando que de acuerdo a lo establecido en el D.S. N°28963 y el D.S. N°123 y el Código Tributario, se encuentra prohibida la restricción del cambio de estructura del vehículo, resultando un cambio de partida arancelaria, incurriendo en las prohibiciones establecidas en la normativa vigente y en el delito de contrabando. Por lo que en virtud de todos los antecedentes correspondía a la administración de Aduana Interior Oruro, efectuar las acciones contra el Camión con placa de circulación 2438-DYK, por el delito de contrabando.

A ello indicó, que mediante Resoluciones Jerárquicas STG-RJ/0332/2007, STG-RJ/0401/2006 y AGIT-RJ/0386/2009, entre otras, la AIT estableció que en aquellos casos en que ante la imputación del ilícito de contrabando Contravencional, se debe verificar la exacta correspondencia entre la información contenida en la misma DUI y las características de la mercancía decomisada, debiéndose verificar la clasificación en la subpartida arancelaria respectiva y la certificación técnica, por tanto los vehículos decomisados deben contar con documentación que los ampare con la exacta correspondencia entre los datos de la DUI y sus características técnicas, sin que se hubiesen alterado o modificado las mismas, principalmente en cuanto a la clasificación arancelaria y la certificación técnica, constituyendo en consecuencia la presunta comisión del ilícito de contrabando y sujeto al procesamiento correspondiente.

Refiriendo además que la mercancía registrada en el Cuadro de Valoración ORUOI VA N°1259/2011, no se encuentra amparada, debido a que se encuentra dentro del alcance de las restricciones y/o prohibiciones establecidas en el num. I del artículo 9 (Prohibiciones y restricciones) del D.S. N°28963 modificado por el inciso f) del artículo 3 (Incorporaciones) del D.S. N°29836 y el hecho se encuentra tipificado por el inciso b) del artículo 181 (Contrabando) de la Ley N°2492.

Señalando finalmente que no se puede pretender afectar los intereses del Estado, realizando actos que vulneren la normativa legal como en el presente caso, toda vez que se pretende disfrazar como un acto legal un hecho ilegal como es el de internar al país mercancía dentro los parámetros legales establecidos y luego vulnerar la normativa con el premeditado cambio de estructura en el vehículo, de camión hormigonero a camión, toda vez que este hecho ha producido un cambio de partida arancelaria (de: 8705400000: Camiones hormigoneros a 8704222000 : Superior a 6.2 t pero inferior o igual a 9.3 t.), y al haberse determinado el cambio de partida arancelaria, se encuentra alcanzado por las restricciones y/o prohibiciones establecidas por la normativa vigente a la fecha de nacionalización.

I.3 Petitorio.

Concluyó, solicitando se disponga la Nulidad del Recurso Jerárquico AGITRJ 1200/2012 de 18/12/12 con número de expediente AGIT/1116/0RU0098/2012, emitida por la Autoridad de Impugnación Tributaria (AGIT), declarando probada la demanda contenciosa administrativa, confirmando en todas sus partes la Resolución Sancionatoria en Contrabando AN GRORU ORUOI SPCCR N°1478/2012 de 31/05/12, emitida por la Administración de Aduana Interior Oruro con número de expediente AGIT/1116/0RU-0098/2012.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

II. 1. Fundamentación.

La Dirección Ejecutiva de la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT) representada por Ernesto R. Mariño Bórquez contestó la demanda, negando todos los argumentos, refiriendo que de la compulsa de los antecedentes administrativos se tiene que el 29 de septiembre de 2011, Andrés Ávila Caba, después de realizado el decomiso, mediante Acta de Comiso N°00813, presentó documentación de descargo correspondiente al camión de su propiedad, consistente en Certificado de propiedad del Vehículo Automotor (CRPVA) N°2TFMEU3W y DUI C60, de manera que una vez elaborados el Acta de Intervención Contravencional COARORO-C965/11, como la Resolución Administrativa AN-GRORU- ORUOI-SPCCR N°1489/20011 de la mercancía trasportada, se dispuso la elaboración de Acta de Intervención del medio de transporte al no existir correspondencia con la documentación adjuntada como prueba de descargo, ante la diferencia en la partida arancelaria registrada en la DUI; y que en base a la citada resolución, se emitió el Acta de intervención Contravencional ORUOI-010/2011 decomisando el camión con Placa de Control N°2439DYK; siendo que el 6 de diciembre de 2011, dentro de los tres días presenta fotocopia legalizada del Certificado de Registro de Propiedad del Vehículo Automotor (CRPVA) N°2TFMEU3W. Asimismo, el 2 y 14 de febrero de 2012 , Andrés Ávila Caba adjuntó prueba de reciente obtención en fotocopia legalizada del Informe Técnico de DIPROVE de 10/03/10, el cual corresponde a la solicitud de cambio de estructura de camión hormigonero a camión, realizada por el sujeto pasivo, lo cual se complementa con el Certificado de Autenticidad de Vehículos N°003339 emitido por DIPROVE el 03/10/11, en el cual indican que los números identificatorios de chasis, motor y plaqueta no presentan adulteración en su estructura.

Refiriendo además que, el 11 de mayo de 2012, se emitió el Informe Técnico ORUOI-SPCCR N°471/2012, concluyendo que la mercancía registrada en el cuadro de Valoración ORUOI VA N°1259/2011, no está amparada al encontrarse dentro de los alcances de las restricciones y/o prohibiciones establecidas en el Num. I del Artículo 9 del Decreto Supremo N°28963, modificado por el inciso I) del Art. 3 del Decreto Supremo N°29836, tipificado como contrabando por el art. 181, inciso b) de la Ley N°2492, al no existir correspondencia con la documentación de descargo por la diferencia en la Partida Arancelaria registrada en la DIU. Por lo que el 6 de junio de 2012, se notificó a Andrés Ávila Caba y Emilio Ibarra Salas, con la Resolución Sancionatoria de Contrabando AN-GRORU-ORUOISPCCR N°1478/2012, de 31/05/12, que declaró probada la contravención aduanera en contrabando.

Bajo ese contexto, la AGIT refirió que se evidenció que el Informe Técnico ORUOI SPCCR N°1847/11, realizó la compulsa de los documentos presentados por Andrés Ávila Caba señalando que: "...la DUI C-60 fue verificada en el sistema SIDUNEA ++, la cual se encuentra registrada en dicho sistema informático con todos los datos descritos...", asimismo, descargó del mencionado sistema la DUI C-60 de 19 de enero de 2010, la Página de

Documentos Adicionales y la Página de Información Adicional; además Andrés Ávila Caba el 29 de septiembre de 2011, presentó entre la documentación de descargo el Certificado de Registro de Propiedad - Vehículo Automotor (CRPVA) N°2TFMEU3W y el Formulario de Registro Vehicular (FRV) N°100046009, que amparan la nacionalización y registro en el RUAT del vehículo en cuestión, lo que demostró la importación legal y pago de los tributos de importación de conformidad con lo previsto por los artículos 88 y 90 de la Ley N°1990.

Señalando además que se evidenció que la DUI ampara al vehículo decomisado, al coincidir todas las características técnicas, siendo la única observación el cambio de estructura de camión hormigonero a camión, que fue autorizada por DIPROVE dependiente de la Policía Nacional del Departamento de Potosí, quien además informó el 3 de octubre de 2011, que el campo alfanumérico del' chasis, motor y plaqueta del fabricante, sticker adhesivo no presentan vestigios latentes de adulteración en su estructura morfológica, cuyo cambio de estructura además fue registrado en el Certificado de Registro de Propiedad - Vehículo Automotor (CRPVA) N°2TFMEU3W, por lo que sí existe una modificación de las características del vehículo, se tiene que la misma ingresó a territorio aduanero nacional cumpliendo las formalidades aduaneras, al amparo de una DUI que determinó que hubo el pago de los tributos correspondientes, no pudiendo considerarse que la modificación de una mercancía en libre circulación efectuada en territorio aduanero nacional, signifique que la misma ya no se encuentre amparada.

A ello, refirió en relación a haberse infringido en Num. I del artículo 9 del D.S. N°28963 modificado por el inc. f) del artículo 3 del D.S. N°29836 y D.S. N°123, al momento del despacho aduanero de importación a consumo de la DUI C-60 el 19 de enero de 2010, la partida arancelaria 8705.40.00.00, no se encontraba prohibida de nacionalización, por lo que debe considerarse lo señalado en los artículos 72 y 73 de la Ley N°2341, aplicables supletoriamente por el Num. 1 del artículo 74 de la Ley N°2492, que establecen que las sanciones solo podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa. Aclarando que la Administración Aduanera no demostró en ningún momento que el vehículo que ingresó al amparo de la citada DUI C-60, haya sido un vehículo clasificado en otra subpartida- en particular, una subpartida prohibida de importación habiéndose declarado una diferente y/o utilizados artificios con la finalidad de burlar las disposiciones restrictivas introducidas mediante Decretos Supremos N°29836 y N°123.

Concluyendo, que por lo expuesto la conducta de Andrés Ávila Caba y Emilio Ibarra Salas, no se adecuó al artículo 181, Inc. b) y 1) de la Ley N°2492, puesto que su vehículo está amparado por la DUI C-60, es decir, cuenta con documentación que ampara su legal internación a territorio aduanero nacional, desvirtuándose en consecuencia la pretensión del demandante.

II. 2. Petitorio.

Finalmente solicitó se dicte sentencia declarando improbada la demanda contenciosa administrativa, manteniendo firme y subsistente la Resolución del Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1200/2012 de fecha 18 de diciembre de 2012, emitida por Autoridad General de Impugnación Tributaria.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

Los antecedentes cumplidos en sede administrativa y jurisdiccional que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente:

III. 1 El 31 de mayo de 2012 la Administración de Aduana Interior Oruro de la Aduana Nacional de Bolivia emitió la Resolución Sancionatoria de Contrabando AN-GRORU-ORUOI-SPCCR N°1478/2012 Caso "AMPER CAMIÓN", por la que se declaró probada la comisión de contravención aduanera por contrabando tipificado por el artículo 181 inc. b) y 4 del Código Tributario Boliviano, en contra de Andrés Ávila Caba y Emilio Ibarra Salas, disponiéndose el comiso definitivo del vehículo con placa de control 2439 DYK.

III.2 Presentado que fuere el recurso de alzada por Andrés Ávila Caba, la Autoridad de Impugnación Tributaria Regional La Paz, emitió la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-LPZ/RA 0777/2012 de 24/11/12, revocando totalmente la Resolución Sancionatoria de Contrabando AN-GRORUORUOI- SPCCR N°1478/2012 de 31/05/12, emitida por Administración de Aduana Interior Oruro de la Aduana Nacional de Bolivia, dejando sin efecto el Comiso definitivo del vehículo.

III.3 Ante dicha resolución la Administración de Aduana Interior Oruro planteó Recurso Jerárquico, el cual fue resuelto mediante Resolución AGIT-RJ-1200/2012 de 18/12/2012, que resolvió confirmar la Resolución ARIT-LPZ/RA 0777/2012.

III.4 Daniel Villafuerte Velásquez en su calidad de Administrador de Aduana Interior Oruro de la Gerencia Regional de la Aduana Nacional de Bolivia presentó demanda contencioso administrativa contra la Resolución AGIT-RJ-1200/2012 de 18/ 1 2/2012

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

De los antecedentes del proceso, la fundamentación de derecho y reconocida como se encuentra la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena para la resolución de la controversia, tomando en cuenta la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, en el que el Tribunal analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos corresponde realizar el control de legalidad sobre los actos ejercidos por las instancias administrativas en referencia.

Consecuentemente, se establece que el objeto de la controversia se refiere a determinar: 1.- Si en el caso resulta aplicable las prohibiciones y restricciones sobre la importación de vehículos establecidas en el Decreto Supremo N°28963, así como la tipificación de los incisos b) y fi del artículo 181 de la Ley N°2492, ante el comiso del vehículo con placa de control 2439-DYK.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Conforme al objeto de controversia en el presente caso, la entidad demandante refiere en su demanda que ante el Informe Técnico ORUOI SPCCR N°155/2012 de 24/02/2012 con referencia a la aplicación del informe AN-GNJGC/DGLIC N°588/2011 de 24/06/2011 para el procesamiento de vehículos, habiéndose establecido en el proceso de análisis técnico y compulsa del vehículo en comiso con placa de control 2439-DYK, se advertiría el cambio en su estructura física, que puede resultar en el cambio de partida arancelaria, correspondiendo la aplicación del artículo 9 párrafo I del D.S. N°28963, modificado por los D.S. N°29836 de 03/ 12/08 y del D.S. N°123 de 13/05/2009 que disponen prohibiciones y restricciones sobre la importancia de vehículos, correspondiendo en virtud de todos los antecedentes a la administración de Aduana Interior Oruro, efectuar las acciones pertinentes contra vehículo en mención, por el delito de contrabando.

Al respecto, corresponde señalar en principio que siendo el contrabando considerado un delito tributario conforme lo dispone el artículo 175 de la Ley N°2492, su comisión se

encuentra sujeta a la determinación específica de las conductas establecidas en el artículo 181 de la norma en mención, que en la especie conforme se refiere en la demanda se ajustarían a las contempladas en sus incisos "b) Realizar tráfico de mercancías sin la documentación legal o infringiendo los requisitos esenciales exigidos por las normas aduaneras o por disposiciones especiales" y 7) El que introduzca, extraiga del territorio aduanero nacional, se encuentre en posesión o comercialice mercancías cuya importación o exportación, según sea el caso, se encuentre prohibida". Sin embargo, para la calificación de dichas conductas deben tomarse en cuenta todos los elementos, así como la normativa aplicable conforme a los antecedentes del caso.

Es así que en el caso que ocupa, se advierte que posterior a la presentación de documentación de descargo efectuada por Andrés Ávila Caba para la devolución del vehículo con placa de control 2439-DYK, se emitió el Acta de Intervención al no existir correspondencia con la referida documentación, en función a la diferencia en la partida arancelaria registrada en la DUI, emitiéndose en consecuencia el Acta de Intervención Contravencional ORUOI-010/2011, decomisando el motorizado.

Posteriormente, conforme a los datos del proceso se tiene que Andrés Ávila Caba, dentro los 3 días que prevé el artículo 98 de la Ley N°2492 para la presentación de descargos, presentó entre otros documentos, fotocopia legalizada del Certificado de Registro de Propiedad del Vehículo Automotor (CRPVA) N°2TFMEU3W.

A ello, se advierte que el propietario del motorizado adjuntó prueba de reciente obtención en fotocopia legalizada que refiere al Informe Técnico de DIPROVE Potosí N' 002509, de 10 de marzo de 2010, el cual corresponde a la solicitud de cambio de estructura de camión hormigonero a camión realizada por el sujeto pasivo, lo cual se complementa con el Certificado de Autenticidad de Vehículos N°003339 emitido por DIPROVE el 3 de octubre de 2011, en el cual indican que los números identificatorios de chasis, motor y plaqueta no presentan adulteración en su estructura (fs. 63-63 vta., 65-67, 69-72 y 201 de antecedentes administrativos, c.1 y c.2).

Ante ello, resulta evidente que la DUI presentada por el propietario ampara al vehículo decomisado, toda vez que todas las características técnicas coinciden y la única observación referida al cambio de estructura de camión hormigonero a camión, misma que fue autorizada por DIPROVE dependiente de la Policía Nacional del Departamento de Potosí, situación debidamente compulsada por la resolución jerárquica impugnada.

Por otra parte, en cuanto a la infracción acusada por la entidad demandante del Numeral I del Artículo 9 del Decreto Supremo N°28963, modificado por el Inciso f) del Artículo 3 del Decreto Supremo N°29836 y del Decreto Supremo N°123, conforme a los datos del proceso, al momento del despacho aduanero de importación a consumo de la DUI C60, el 19 de enero de 2010, la partida arancelaria 8705.40.00.00, no se encontraba prohibida de nacionalización, debiendo considerarse al efecto que las sanciones sólo podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme a lo prescrito por los artículos 72 y 73 de la Ley N°2341 (LPA), aplicables supletoriamente por el numeral 1 del artículo 74 de la Ley N°2492 (CTB).

De tal manera, no adecuándose la conducta de Andrés Ávila Caba y Emilio Ibarra Salas en el artículo 181 incisos b) y f) de la Ley N°2492 (CTB), puesto que su vehículo en comiso se encuentra amparado por la DUI C-60, al contar con toda la documentación de

respaldo, y no siendo aplicables las prohibiciones establecidas en el Decreto Supremo N°28963, corresponde la subsistencia de la resolución impugnada.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución conferida en el art. 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda de fojas 15 a 19 vta., planteada por Daniel Villafuerte Velásquez en su calidad de Administrador de Aduana Interior Oruro de la Gerencia Regional de la Aduana Nacional de Bolivia, en consecuencia, se mantiene firme y subsistente la RESOLUCIÓN DE RECURSO JERARQUICO AGIT-RJ 1200/2012 de 18 de diciembre emitida por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT).

No interviene el señor Magistrado Edwin Aguayo Arando al encontrarse en comisión temporal conforme lo previsto en la Ley N°371 de 15 de mayo de 2013.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. José Antonio Revilla Martínez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 21 de agosto de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

31

Empresa Lavaseco Universal Limitada c/ Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa cursante de fs. 44 a 48 vta., interpuesta por la Empresa LAVASECO UNIVERSAL LIMITADA, representada por Alessandra María Russo Asbun, que impugna Resolución Administrativa de Infracción- JER-N°005/2012 de 14 de noviembre, emitida por el Viceministro de Comercio Interno y Exportaciones del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural; la contestación de fs.100 a 104; réplica de fs. 110 a 111; Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fs. 142 a 163; los antecedentes procesales y de emisión de la Resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Demanda y petitorio.

Señala que, a fin de evitar que posibles terceros puedan hacer uso indebido, copiar o imitar en su totalidad o parte de la marca "LAVASECO UNIVERSAL", ha adquirido el derecho exclusivo y la respectiva protección legal, sobre dicha marca, con el registro realizado ante el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual "SENAPI", obteniendo la resolución 3254-2007, con número de Registro 110523-C de la clase 37, conforme a las previsiones de los arts. 154 y 155 de la Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Intelectual de la Comunidad Andina.

Ante la certeza de que cuenta con la protección del Registro de Marcas Nacional a cargo del SENAPI, al amparo del art. 238 de la Decisión 486, presentó ante la Dirección Jurídica del SENAPI de la ciudad de Santa Cruz, proceso administrativo de infracción a derechos de propiedad intelectual, en contra de la empresa RAPID SERVICE, de propiedad de Pedro Manuel Yáñez León, debido a esta empresa unipersonal infringe y ha estado infringiendo el derecho protegido de su poderdante sobre la marca "LAVASECO UNIVERSAL Ltda.", siendo una empresa de limpieza en seco; la empresa infractora Rapid Service al dedicarse al rubro de limpieza en seco de ropa, al igual que la empresa Lavaseco Universal SRL., le ocasiona un gran perjuicio, por lo que debería ser considerado como un acto de competencia desleal y de confusión sobre la marca.

Siendo apreciada claramente la confusión con relación al establecimiento de Lavaseco Universal, de acuerdo a las fotografías que se acompaña, obtenidas mediante Acta Circunstanciada de 10 de mayo de 2011, fotografías en las que claramente se aprecia el uso

de la MARCA "LAVASECO", para distinguir su negocio, donde Rapid Service presta sus servicios de limpieza, en evidente y flagrante infracción del derecho exclusivo adquirido legalmente.

Manifiesta que este hecho fue denunciado al SENAPI de manera oportuna, y dicha entidad descentralizada olvidando su misión protectora conforme lo establece el D.S 27938 en su art. 4 que señala: "el SENAPI administra en forma desconcentrada e integral de la propiedad intelectual, en todas sus componentes mediante estricta observancia de los regímenes legales de Propiedad Intelectual, de la vigilancia de su cumplimiento y de la efectiva protección de los derechos de exclusiva referidos a la propiedad intelectual, a los Derechos de Autor y Derechos Conexos "; debido a que en primera instancia resolvió mediante Resolución Administrativo N° IF-014/2011 Ref. EXP. N°06/2011 de 18 de septiembre, dictada por la Dirección Jurídica del SENAPI, declarar improbada la existencia de infracción a los derechos de propiedad intelectual planteado contra RAPID SERVICE de propiedad de Pedro Manuel Yáñez León, sin que dicha empresa cuente con un registro de marca, siendo este hecho reconocido por la Autoridad Ad quo en el primer considerando de la Resolución referida, al señalar que: "En la base de datos y libro de registro de marcas del SENAPI se pudo establecer que el demandado Pedro Manuel Yáñez León no cuenta con registro o solicitud de Marca LAVASECO".

Que, a pesar de los fundamentos de la demanda de infracción, en ningún momento hizo mención a la CARENCIA SUPUESTA DE CONFUSIÓN A LOS CLIENTES utilizando como argumento de que el SENAPI no tiene competencia para conocer una infracción de uso de una marca, • siendo que contradictoriamente la Autoridad Juzgadora haciéndole una concesión, pone como argumento "LA CARENCIA DE CONFUSIÓN", por ser LAVASECO una denominación genérica.

Remarca que Rapid Service LAVASECO en 1 hora, no constituye una marca que se encuentre registrada y que cuente con la protección establecida por la Decisión 486 a diferencia de LAVASECO UNIVERSAL LTDA., protección con la que sí cuenta conforme a la Resolución 3254-2007, con N° de Registro 110523-C, de la clase 37. Por otro lado, el demandado, no sólo coloca LAVASECO en una hora en su local, sino también coloca en puertas y ventanas lo cual sí crea gran confusión entre usuarios, pues se trata de empresas con rubros idénticos que corresponden a la clase 37 "Protección para Servicio de Limpieza en Seco de Ropa".

Prosigue indicando que el Tribunal Andino en el proceso 101-IP-2002 sobre Interpretación prejudicial de los arts. 81, 82 a) y 93 de la decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Segunda Sala del Tribunal de los Contencioso Administrativos de Quito, (Distrito 1), Republica del Ecuador, señaló que "no debe olvidarse la importancia de la palabra como elemento principal de determinar la confundibilidad o no entre las marcas en litigio", por lo tanto la palabra LAVASECO al ser idéntica a la utilizada por el señor Pedro Manuel Yáñez León de la empresa Rapid Service, en un rubro idéntico al de su mandante, cual es el de limpieza en seco, crea enorme confusión; al respecto, el Tribunal Andino respecto la Distintividad establece "es uno de los requisitos contemplados en el art. 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y a su vez constituye la función principal de la marca; la misma que está destinada a diferenciar en el mercado los productos o servicios de otros de la misma clase o similares, haciendo viable de esa manera la diferenciación por parte del consumidor", el Tribunal ha reiterado en varias sentencias

sobre el particular. "El signo distintivo es aquel individual y singular frente a los demás y que no es confundible con otros de la misma especie en el mercado de servicios y de productos'. "Por tanto el signo, la marca necesariamente deben ser perceptibles del consumidor, que no es otra cosa la capacidad de un signo para ser captado por los sentidos". Para que esto suceda es necesaria la materialización y exteriorización, debido a que para la recepción sensible se utiliza en forma más general el sentido de la vista.

De lo expresado anteriormente se colige que cuando el consumidor acude a Lavaseco Universal y luego a Rapid Lavaseco en una hora, entrará en confusiones a través del sentido de la vista, sentirá que ambos son negocios similares.

Señala que el propio Tribunal Andino dentro del proceso 5-IP-2002 sobre Interpretación prejudicial de los artículos 81 y 83 a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala Contencioso Administrativo, Sección Primera. Establece por una parte sobre la similitud ideológica, que se da entre signo que evocan las mismas o similares ideas y cita: "que la similitud ideológica es aquella que deriva del mismo parecido conceptual de las marcas. Es la representación o evocación de una misma cosa, característica o idea, la que impide al consumidor distinguir una de otra". En consecuencia, pueden ser considerados confundibles signos que, aunque visual o fonéticamente sean similares induciendo a error al público consumidor.

Adiciona que por contar con un registro que persigue protección de una marca en Propiedad intelectual acorde a las normas que rigen la materia conforme a las previsiones establecidas en el art. 140 de la Decisión 486, Régimen común sobre propiedad intelectual, se ve mellada ya que pese a contar con la misma se permite a terceros que carecen de registro, el uso de una marca o denominación ya registrada, máxime SI PRODUCE CONFUNSION POR TRATARSE DE UNA MARCA QUE PERTENECE AL MISMO RUBRO DE LIMPIEZA DE ROPA, eludiendo la solicitud del registrado que busca se cumpla con la protección y se respete su derecho de exclusividad de uso de la marca LAVASECO; sin embargo de ello el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, mediante Resolución Administrativa Infracción-JER N°005/2012 de 14 de noviembre, expediente N° IF-06/2011, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico planteado por el demandante a la Resolución Revocatoria IF-REV-01/2012 de 13 de enero, confirma dicha resolución Administrativa, con los argumentos: "que a los derechos de protección intelectual no existe similitud en cuanto a la marca LAVASECO Universal Ltda. y Rapid Service LAVASECO en 1 hora, ambas empresas no serían susceptibles de confusión; haciendo referencia igualmente al art. 144 de la Decisión 486 que determina "La acción por infracción prescribirá a los 2 años de la fecha en que el titular tuvo conocimiento de la infracción o en todo caso a los 5 años". Situación que no viene al caso pues la infracción es permanente y continuada, por tanto, bajo ningún aspecto puede la prescripción ser considerada.

Prosigue indicando que la marca "Lavaseco" Universal al ser marca conocida por el consumidor dentro del rubro de limpieza de ropa protegida dentro de la clasificación internacional la Clase 37 de Niza, no puede ser considerada como una palabra genérica, es más el Tribunal Andino de Justicia en la interpretación prejudicial solicitada por el Consejo de Estado de Colombia, anunció los elementos que producen riesgo de confusión entre marcas. De todo lo expuesto, concluye que se ha visto desprotegido y privado al derecho del uso

exclusivo de la marca "LAVASECO UNIVERSAL" la cual le ha conferido el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual "SENAPI", conforme las previsiones de los arts. 154 y 155 de la Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Intelectual de la Comunidad Andina.

I.2. Petitorio.

Finalmente peticiona, declarar probada la demanda, al constituir la Resolución Administrativa de Infracción —JER-N°005/2012 una clara violación al derecho a la marca LAVASECO UNIVERSAL.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y PETICIÓN.

Admitida la demanda mediante providencia de 13 de marzo de 2013, es corrida en traslado a la autoridad demandada, quien fue legamente citada, apersonándose Humberto Zambrana Calvimonte, Viceministro de Comercio interno y Exportaciones, para responder negativamente a la acción incoada en su contra, manifestando que:

En el proceso administrativo que se ventiló sobre infracción a los derechos de propiedad intelectual, la autoridad pudo deducir que no existe similitud en cuanto a la marca "LAVASECO UNIVERSAL LIMITADA" Y “RAPID SERVICE LAVASECO EN 1 HORA", ya que no existe riesgo de confusión.

Además, señala que el art. 244 de la Decisión 486, determina que la acción por infracción prescribirá a los dos años contados desde la fecha en que el titular tuvo conocimiento de la infracción o en todo caso, a los cinco años contados desde que se cometió la infracción por última vez.

Por lo que la acción debió estar promovida, determinando de manera clara, transparente e inequívoca, la afectación del derecho, el perjuicio causado, utilizando los medios de prueba contemplados en la norma para probar la infracción.

Finalmente, después de hacer una relación de normativa comunitaria, indica que, en cuanto a la valoración de la prueba, el debido proceso y la seguridad jurídica, es necesario aclarar que el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones tomó conocimiento del presente caso en merito a la remisión de actuados efectuada por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural y al amparo de las atribuciones dispuestas en el D.S. 29894, conforme a los dispuesto por el art. 66 de la Ley 2341. En ese entendido esa Cartera de Estado actuó y emitió la Resolución Jerárquica impugnada en esta demanda contenciosa administrativa en total apego a los principios del debido proceso y la seguridad jurídica, consecuentemente en la línea jurisprudencial dispuesta por el Tribunal Constitucional este emitió la SC0042/2004 de 22 de abril, señalando que; "....toda actividad sancionadora del Estado, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten los derechos inherentes a la garantía del debido proceso entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendientes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione o a la impugnación....".

La Constitución política del Estado, promulgada el 7 de febrero de 2009, señala que la seguridad jurídica no se encuentra consagrada como un derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de imponer justicia emanada del pueblo (art. 178); y por otro lado como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 206.111 de la CPE). Es así que la resolución jerárquica emitida por el

Viceministerio, consideró todos los aspectos de hecho y de derecho, cuenta con la debida fundamentación y ha sido motivada, en el sentido de que el recurrente no presento los suficientes argumentos que pudieran demostrar el daño o perjuicio a su derecho a interés subjetivo.

II.1 Petitorio.

Por lo expuesto, responde en forma negativa la demanda contencioso administrativo presentada por la Sociedad Comercial LAVASECO UNIVERSAL Ltda., y pide se declare improbada la demanda, y se mantenga firmes y subsistentes la Resolución Administrativa Jerárquica N°005/2012 de 14 de noviembre, emitida por el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, la cual confirma la Resolución Administrativa de Revocatoria N° If-REV-01/2012 de 13 de enero y la Resolución Administrativa IF-014/2011 de 28 de noviembre, dictadas por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual SENAPI

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS PROCESALES.

1.- Dentro de la Denuncia de Infracción de Derechos de Propiedad Intelectual, el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual a través de su Directora de Asuntos Jurídicos, emitió la Resolución Administrativa N° IF-014/2011 de 18 de septiembre, por la que resolvió declarar improbada la existencia de la infracción a los derechos de propiedad intelectual, planteada por la firma Lavaseco Universal Ltda., legalmente representada por Alessadra María Russo Asbun, contra Pedro Manuel Yáñez, debiendo proceder al archivo de obrados.

2.- Ante el recurso de revocatoria interpuesto por la firma LAVASECO UNIVERSAL LIMITADA en fecha 13 de enero de 2012, el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual a través de su Directora de Asuntos Jurídicos SENAPI, mediante Resolución Administrativa N°IF-REV-01/2012 de 13 de enero, resolvió rechazar el recurso de revocatoria interpuesto, confirmando en todas sus partes la Resolución Administrativa N° IF-014/2011 18 de septiembre.

3.- Interpuesto el recurso jerárquico por Alessandra María Russo Asbun en representación legal de la empresa Lavaseco Universal Lda., ante la excusa emitida por la Directora del SENAPI, Mediante Resolución Administrativa N° EXC.01/2012, se remitió el proceso Administrativo, al Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, en tal sentido, el Viceministro de Comercio Interno y Exportaciones, mediante Resolución Administrativa de Infracción —JER-N 005/2012 de 14 de noviembre, resolvió confirmar la Resolución Administrativa N° IF-01/2012 de 14 de enero, dictada por la Directora de Asuntos Jurídicos del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual — SENAPI, con el fundamento siguiente: "...En este caso, ninguna de las Empresas demostró el perjuicio o la confusión que provoca dentro del mercado donde se encuentran a disposición los servicios que prestan".

IV. PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

Del análisis y compulsa de lo anteriormente señalado, en relación con los datos procesales y la resolución impugnada, el punto de controversia radica en determinar: Si el demandante se vio desprotegido y privado al derecho del uso exclusivo de la marca "LAVASECO UNIVERSAL" que le confirió el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual "SENAPI", conforme las previsiones de los arts. 154 y 155 de la Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Intelectual de la Comunidad Andina, demostrándose el perjuicio o la confusión provocada.

V. ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL JURISPRUDENCIAL.

El Procedimiento Contencioso Administrativo, constituye garantía formal que beneficia al sujeto administrado librándolo del abuso de poder de los detentadores del Poder Público, a través del derecho de impugnación contra los actos de la administración que le sean gravosos para lograr el restablecimiento de sus derechos lesionados con la interposición, precisamente del proceso contencioso administrativo, en el que la autoridad jurisdiccional ejerce el control de legalidad, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de los actos realizados en sede administrativa.

En consecuencia, corresponde realizar una interpretación desde la Constitución Política del Estado y el Bloque de Constitucionalidad, así como normas ordinarias pertinentes al caso concreto. En ese marco, el art. 180 de nuestra Ley de Leyes, fundamenta que la Jurisdicción ordinaria se basa en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido procesos igualdad de las partes, concordante con el art. 1094, que señala que todos los derechos por ella reconocidos son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección, y por su parte los arts. 115 y 117-1 de la misma norma, garantizan el derecho al debido proceso que se constituye también en uno de los principios de la jurisdicción ordinaria conforme lo expresa el art. 68-6) de la Ley. 2492, en relación al mandato contenido en el art. 3012 de la Ley del Órgano Judicial que señala: "...impone que toda persona tenga derecho a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido en disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar". En la que además se busque la averiguación de la verdad material, trascendente para que el proceso conduzca a decisiones justas, en un Estado Social Constitucional de Derecho, donde la solución de los conflictos, se basa en el establecimiento de la verdad como única garantía de la armonía social.

VI. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO.

Primeramente, debe puntualizarse, en cuanto a la demanda de infracción que conforme el art. 154 de la Decisión 486 de la C.A.N., se determina: "A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que no sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica; asimismo, según el art. 136 de la Decisión 486 determina "No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectará indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación." De igual manera el art. 238 de la Decisión 486 determina "El titular de un derecho protegido en virtud de esta Decisión podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción...".

En lo que respecta al riesgo de confusión el Tribunal Andino en el Proceso 7014P-2008 señaló: "El riesgo de confusión es la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto piensa que está adquiriendo otro (confusión directa) o que piense que dicho producto tiene un origen empresarial diferente al que realmente posee (confusión indirecta)". A su turno sobre el riesgo de asociación, es la posibilidad de que el consumidor que, aunque

diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de éste y otra empresa tienen una relación o vinculación económica.

El Tribunal Andino, con referencia al cotejo de signo en el Proceso IP-51/2007 señaló lo siguiente: Las reglas para iniciar el cotejo marcarlo. Este órgano jurisdiccional ha acogido en jurisprudencia las siguientes reglas originadas en la doctrina para realizar el cotejo entre las marcas, 1. La confusión resulta de la impresión de conjunto desesperada por las marcas, 2. Las marcas deben examinarse. sucesivamente y no simultáneamente, 3. Debe tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas, 4. Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

En consecuencia, en ese contexto legal, haciendo un análisis substancial conforme a la apreciación del consumidor directo, se tiene que la diferencia es amplia ya que "LAVASECO UNIVERSAL LTDA" es una empresa que solo se distingue conforme al nombre de manera directa, en cambio la empresa "RAPID SERVICE LAVASECO EN 1 HORA" se distingue por ser un nombre compuesto, ya que tiene un dibujo en forma de reloj, la letra RAPID SERVICE al lado de mayor tamaño y de color rojo, no tiene mucha injerencia en cuanto a la palabra "Lavaseco en 1 hora", ya que no es tan visible y está escrita en letras minúsculas y de menor tamaño, no influyendo a simple vista en cuanto al servicio que ofrecen ambas empresas.

Es así que los trazados son diferentes entre ambos, sólo coincidiendo en la palabra "lavaseco", pero con diferente letra y sombreado de color negro, además que de la empresa Rapid Service incorpora "en 1 hora"

En lo referido al concepto de dichas marcas, verificados ambos signos, se advierte que ninguno de ellos evoca una idea en particular, pues las figuras no se asemejan a siluetas de algún sujeto u objeto que pueda ser fácilmente identificable a partir de la visualización, a más del círculo que se manifestó anteriormente que evoca a un reloj.

También como se manifestó, los colores de ambos, difieren ya que de LAVASECO UNIVERSAL es de color negro, y de RAPID SERVICE LAVASECO EN 1 HORA es de color rojo azul.

En ese contexto, del cotejo realizado, se infiere que las semejanzas en el elemento gráfico de los signos analizados, son mínimas, más allá del elemento denominativo LAVASECO. En este sentido se advierte que no se configuran los supuestos requeridos en cuanto a identidad o semejanza de los signos y productos o servicios en conflicto, que puedan generar riesgo de confusión directo e indirecto, o riesgo de confusión por asociación. Además, que, para establecer la existencia de relación, vinculación o conexión entre productos o servicios, debe existir entre ellos sustituibilidad es decir intercambiabilidad, complementariedad o la posibilidad razonable de provenir del mismo empresario, condiciones que, en el Caso de autos, no concurren.

Por otra parte, respecto a la palabra LAVASECO se tiene que según el término descrito constituye un término genérico y descriptivo de la actividad de lavado. Se entiende por genérico de los productos o servicios al que pertenece, o que pretende distinguir un término de uso común por ser de utilización general, no puede ser de uso exclusivo de ninguna persona ya que sería injusto sobre el mismo idioma y su uso debe ser libre para cualquier persona que lo requiera.

Por otra parte, el art. 244 de la Decisión 486, determina que la acción por infracción prescribirá a los dos años contados desde la fecha en que el titular tuvo conocimiento de la infracción o en todo caso, a los cinco años contados desde que se cometió la infracción por última vez. Circunstancia que sólo refuerza el hecho de haber declarado improbada la infracción acusada. Puesto que centralmente la empresa demandante no demostró el perjuicio causado o la confusión que provoca dentro del mercado donde se encuentran a disposición los servicios que prestan; en este marco resultan incoherentes y alejados de lo dispuesto por la doctrina, la jurisprudencia y la normativa, los argumentos expuestos por la demandante, en razón que no presentó suficientes elementos probatorios en la vía administrativa, que pudieran demostrar la infracción de Derechos de Propiedad Intelectual por parte de la empresa "RAPID SERVICE LAVASECO EN 1 HORA".

En atención a los fundamentos señalados anteriormente, se constata que el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural al pronunciar la Resolución impugnada Resolución Administrativa de Infracción-JER-N°005/2012 de 14 de noviembre, no ha incurrido en conculcación de normas legales, limitándose a la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en el art. 6 de la Ley N°620 29 de diciembre de 2014 en relación a la Disposición Final Tercera de la Ley N°439, declara: IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa- de fs. 44 a 48 vta., interpuesta por la Empresa LAVASESO UNIVERSAL LIMITADA, representada por Alessandra María Russo Asbun, en consecuencia mantiene firme y subsistente la Resolución Administrativa de Infracción- JER-N°005/2012 de 14 de noviembre, emitida por el Viceministro de Comercio Interno y Exportaciones del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada, con nota de atención.

Relator: Magistrada Dra. María Cristina Díaz Sosa

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 20 de noviembre de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

32

Refinería ORO NEGRO S.A. c/ Ministerio de Hidrocarburos y Energía
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa de fs. 62 a 66 vta., y ampliación de fs. 86 a 87, presentadas por la Refinería Oro Negro S.A., impugnando la Resolución Ministerial RJ N°062/2009 de 28 de septiembre, pronunciada por el Ministerio de Hidrocarburos y Energía; la admisión de fs. 75; la contestación de fs. 118 a 127 vta.; réplica de fs. 131 a 135 vta.; dúplica de fs. 139 a 144 vta.; los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA.

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

La Refinería Oro Negro S.A., refiere que ante la notificación que se le hiciere el 15 de septiembre de 2008 con la Resolución Administrativa SSDH-438/08 de 29 de abril, la cual estableció como diferencial de Ingresos pagaderos a favor de YPFB para el mes de mayo de 2007, la suma de Bs.- 469.368.55.-; el 29 de septiembre de 2008 interpuso contra dicha Resolución el Recurso de Revocatoria, en función a que el monto determinado no se adecuaría a lo establecido en el D.S. N°29122 y la R.M. 070/2007 que regulan dicho mecanismo de ajuste, solicitando al efecto la suma de Bs.1.436.266.33.- como diferencial de ingresos a favor de YPFB. Recurso resuelto mediante Resolución Administrativa SSDH 1204/08 de 27 de noviembre, la cual revocó parcialmente la resolución impugnada, estableciendo un monto de Bs.- 470.108.47. como nuevo diferencial de ingresos a favor de YPFB. Contra la mencionada resolución, la Refinería Oro Negro S.A. Interpuso Recurso Jerárquico, solicitando se revoque parcialmente la resolución impugnada, debiéndose modificar el monto aprobado de diferencial de ingresos en Bs.- 1.088.388.89.- a favor de YPFB. Recurso Jerárquico que fue resuelto por Resolución Ministerial RJ N°062/09 de 29 de septiembre, que revocó parcialmente y confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SSDH 1204/2008 de 27 de noviembre, instruyendo a la Agencia Nacional de Hidrocarburos emitir una nueva resolución que justifique el valor de 4,26 en el componente de Tasa de Riesgo País de la Variable "Retorno Sobre Patrimonio" o en su defecto modifique el monto del diferencial de ingresos correspondientes al mes de mayo de 2007.

I.2. Fundamentos de la demanda.

La empresa demandante, indica haber dado estricto cumplimiento a la normativa y requisitos establecidos, conforme a lo dispuesto por los artículos 100 Inc. b) de la Ley de Hidrocarburos N°3058; 3 num. V del D.S. N°29122 de 06 de mayo de 2007; 1,2 y 5 de la

Resolución Ministerial 070/2007; para el cálculo del Diferencial de Ingresos y ajuste de ingreso por la comercialización de crudo reconstituido y gasolinas blancas del periodo comprendido entre el 07 al 31 de mayo 2007, que fuere entregado oportunamente ante la Ex Superintendencia de Hidrocarburos, y por el cual se emitió la Resolución Administrativa N°438/08 de 29 de abril, que tiene como base el Informe DPE 014 y DEF 125/2008 de 16 de abril, emitidos por la Dirección de Análisis Económico Financiero y por la Dirección de Planificación Estratégica, respectivamente, que no valoró, ni consideró plenamente, en algunos casos, variables y criterios de orden técnico y legal, y en otros, no interpretó adecuadamente los principales factores y conceptos que forman parte de la fórmula de cálculo, omitiendo la apreciación de justificaciones válidas esgrimidas por la empresa.

I.2.1 Costo del crudo y merma en la carga al proceso de producción:

Señala que para el cálculo del costo de crudo en los valores iniciales del stock de productos habría un error de suma final en la planilla Excel presentada, así como la omisión de la compra de nafta a Reficruz, detectados en la revisión de saldos en tanques por mes, y al no haber modificado la Superintendencia de Hidrocarburos los valores iniciales, se produjo una diferencia en el precio del costo unitario, cometiendo además dicho ente el error de no considerar la merma de gas, y para el balance de materiales restó el volumen como si la empresa lo tuviera en stock (24.382.23 litros en mayo 2007), dando como resultado un cálculo cada vez menor del costo unitario.

A ello la empresa demandante refiere que el ente regulador omitió incluir la merma de gases del 0,43%, situación verificable en el Anexo 1-5, acotando que el gas de refinería es un gas proveniente del petróleo crudo, el cual es cargado al proceso de refinación, minimizándose la quema de gas en el mechero que en una parte se reutiliza como combustible para hornos generando ahorro en la compra de gas a un tercero, incorporándolo al proceso productivo; siendo por lo tanto su valor un elemento del costo de producción que debe ser considerado en el cálculo.

I.2.2 Depreciación

Indica que dentro el recurso de revocatoria se hizo mención a lo establecido en el artículo 100 inc. b) de la Ley N° 3058 de Hidrocarburos, e invocó el artículo 2 de la RM 070/2007 que establece la fórmula para el cálculo del mecanismo de ajuste, en base a:

"DI i+1 = {0i+Di+Fi+Ii + (RXP) i}- (IMIi+IMEi+Si)

Dónde:

D = Depreciación mensual de los activos fijos útiles y utilizables del mes i"

Estableciendo que para el cálculo de Diferencial de Ingreso, todas las variables mencionadas anteriormente deberán estar relacionadas con la actividad de refinación y comercialización; normativa a las que refiere, se dio cumplimiento para deducir que el valor de depreciación de los ductos es por Bs.- 1.462,69, y el cálculo del valor de la depreciación por el periodo 07 al 31 de mayo de 2007 a Bs.- 1.768.113,22.-, por lo que se corrigió el cuadro de depreciación, ya que el cuadro presentado anteriormente contenía un error en los años de depreciación, al ser depreciados en 10 años y no en 8 años como lo determina la norma; presentando el cuadro de depreciación anual y acumulada desde el 31 de marzo de 2007 al 31 de marzo de 2008 auditado, con valores que concordarían con lo presentado mensualmente, lo cual considera la ex Superintendencia que los criterios regulatorios son

diferentes a los contables, omitiendo hacer referencia a la fuente legal que establecen las tasas de depreciación regulatorias.

I.2.3 Tasa Riesgo País:

Respecto a la Tasa de Riesgo País, la empresa refiere que el inc c) del núm. II del artículo 3 de la RM N°070/2007 establece que a largo plazo no podrá ser mayor a 6%, y que en su recurso presentó un informe de la calificadora de riesgo Moody's Latín América Calificadora de Riesgo S.A. que da una definición de largo plazo para la aplicación de la Tasa de Riesgo País: "la tasa year 1 corresponde a una tasa de corto plazo", y que la RM N°070/2007 establece en el mismo artículo que la Tasa de Riesgo País a ser adoptada como variable de cálculo para el diferencial de ingresos debe ser de largo plazo y en consecuencia debería corresponder tomar la Tasa Year 2 tal como establece el documento oficial de Moody's concordante con la respuesta de la empresa calificadora de riesgo antes indicada, que establece que de acuerdo a la metodología aplicada por las agencias calificadoras de riesgo cuando se refieren al plazo en los "ratings" aplicados, el término de un (1) año corresponde a un periodo de corto plazo, en tanto un periodo mayor a un (1) año corresponde a largo plazo.

Agregando finalmente que el DI para el mes de mayo de 2007 es de Bs.- 1.088.388,89 a ser pagados por la empresa demandante a favor de YPFB.

I.2.4 Petitorio

Concluye solicitando que por los fundamentos de hecho y derechos expuestos, se declare procedente el proceso o recurso, disponiendo en el fondo que se modifique el monto aprobado del diferencial de ingresos correspondiente al mes de mayo de 2007, por el monto de Bs. 1.088.388,89, que deben ser pagados a favor de YPFB.

I.3 Ampliación de la demanda

Que por memorial de fs. 86 a 87, Refinería Oro Negro S.A. amplía su demanda principal, incorporando la Resolución Administrativa ANH N°0217/2010 de 15 de marzo, emitida por el director ejecutivo a.i. de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, toda vez que la misma resulta y forma parte emergente de la Resolución Ministerial R.I. N°062/09.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

II.1 Sobre el costo del crudo y merma en la carga al proceso de producción Al respecto, el Ministerio de Hidrocarburos y Energía señala que la empresa demandante pretende contabilizar el gas de refinería como costo, siendo que es un producto de la unidad de reforma catalítica, el cual es redirigido y empleado como combustible a reactores, calderos y alambiques de la misma refinería reutilizado como combustible dentro del proceso. Añadiendo que el crudo de donde proviene el gas de refinería fue valorado y costeado en los costos de operación correspondiente al cálculo del diferencial de ingreso, y considerar este producto como gas de refinería, nuevamente como un Insumo, y por tanto volver a asignarle un costo, es incurrir en una especie de doble costeo, con el consiguiente efecto negativo para quien paga, que en este caso es YPFB.

Por otra parte, indica que la eficiencia y el ahorro de costos que supone la reutilización del gas de refinería, son aspectos que se efectivizarán en la medida en que los costos de operación disminuyan, y por ende el diferencial de ingresos a ser pagado por YPFB a la refinería; el hecho que el demandante quiera percibir las ganancias adicionales de mayor

eficiencia y ahorro implica que YPFB no acceda a las mismas, asimismo, la reglamentación de funcionamiento del mecanismo del diferencial de ingresos no especifica qué ocurre en caso de mayor eficiencia en costos por parte de la empresa, y traspasar todas las ganancias de eficiencia y ahorro en costos puede ser una de las posibilidades, sin embargo no se encontraría reglamentada.

A ello agrega que la consideración de la compra de nafta omitida en la planilla de cálculo del costo del crudo, - debe cumplir con lo establecido en el artículo 4 de la RM N°070/2007, en lo referente a la oportunidad de la presentación y a los respaldos correspondientes, que no fue objeto de pronunciamiento en la RA. Solicitando sobre este punto declarar improbada la demanda. I

I.2 Sobre la Depreciación

El Ministerio de Hidrocarburos y Energía señala en función a la depreciación aludida en la demanda, que la Refinería Oro Negro S.A. reitera sus argumentos esgrimidos en su recurso jerárquico, señalando que la depreciación de la planta debe realizarse en 8 años conforme a norma, y que dicha empresa no respondió en la contradicción en la que incurrió al sostener que se le reconozca un patrimonio de Bs. 103.044 millones de los cuales el 42% (Bs. 43.292 millones) corresponde al revaluó técnico de activos, implicando con ello, que es la propia empresa la que reconoce que dichos activos tienen un valor efectivo mayor al definido en los parámetros y tablas de depredación establecidos en la norma; extremos que se evidenciarían en el dictamen de la auditoría independiente de 20 de julio de 2007, de los estados financieros de la Refinería Oro Negro al 31 de marzo de 2007, que se encontraría adjunto en obrados.

Asimismo indica que el argumento de la depreciación de 8 años no puede aceptarse ya que en el reevaluó realizado se confirma que la depreciación de la planta es mayor a dichos años, por lo cual se confirmó la Resolución Administrativa emitida por la ANH N°1205/08 respecto a la depreciación, y que en la Resolución Ministerial N°070/2007 se establece un mecanismo de ajuste del diferencial de ingresos que es una tarifa o pago por tasa de retorno en base a una fórmula establecida en el artículo 2 de la referida RM. Agregando al respecto que el reconocimiento de los costos por depreciación no es objeto de cuestionamiento por ninguna de las partes, ya que las normas la prevén expresamente, y de acuerdo con la ex Superintendencia de Hidrocarburos, el plazo aplicable a la depreciación debe estar determinados por criterios regulatorios y no contables ya que la finalidad de la fórmula no es impositiva, por lo cual corresponde aplicar el plazo de diez años; solicitando conforme a ello, que sobre el punto, se declare improbada la demanda.

II.3 Tasa Riesgo País:

Al respecto señalando que toda vez que la Resolución Ministerial impugnada revocó este punto, no corresponde responder a su alusión en la demanda, solicitando se desestime este punto por ser manifiestamente improcedente.

II.4. Petitorio

Finalmente solicita que, por lo expuesto, se declarare improbada la demanda e improcedente la demanda ampliatoria, manteniendo con total validez la Resolución Ministerial N°062/2009 de 28 de septiembre, y por consiguiente válida la Resolución Administrativa SSDH N°1204/2008 de 27 de noviembre.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES.

Los antecedentes cumplidos en sede administrativa y jurisdiccional que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente

III.1 A fs. 67 a 69 del anexo, cursa la Resolución Administrativa N° SSDH N° 438/2008 de 29 de abril, en la que se establece el monto de Bs.- 469.368,55 (Cuatrocientos sesenta y nueve mil trescientos sesenta y ocho 55/100 bolivianos) como diferencial de ingresos correspondiente al mes de mayo de 2007, que la Refinería Oro Negro S.A. adeuda a Y.P.F.B.

III.2 Cursa de fs. 77 a 84 del anexo, el recurso de revocatoria interpuesto por Refinería Oro Negro S.A. contra la Resolución Administrativa de 29 de abril de 2008, solicitando el monto de Bs.- 1.436.266,33 (Un millón cuatrocientos treinta y seis mil doscientos sesenta y seis 33/100 bolivianos) como diferencial de ingresos a su favor.

III.3 De fs. 419 a 432 del anexo, se encuentra la Resolución Administrativa SSDH N°1204/2008 de 27 de noviembre, que dispone revocar parcialmente la Resolución Administrativa N° SSDH 438/2008 de 29 de abril, que establece Bs.- 470.108.47 (Cuatrocientos setenta mil ciento ocho 47/100 bolivianos) como nueva diferencial de ingresos.

III.4 De fs. 434 a 440 del anexo, cursa memorial de recurso jerárquico de 08 de enero de 2009, contra la Resolución Administrativa SSDH 1204/08 de 27 de noviembre de 2008, presentada por Refinería Oro Negro, solicitando se revoque parcialmente la misma en un monto de Bs.- 1.088.388.89 (Un millón ochenta y ocho mil trescientos ochenta y ocho 89/100 bolivianos) por diferencial de ingresos por el periodo de mayo de 2007.

III.5 Cursa de fs. 1 a 15 del expediente, la Resolución Ministerial RJ 062/2009 de 28 de septiembre, que resolvió el Recurso Jerárquico interpuesto, que revoca parcialmente y confirma parcialmente la Resolución Administrativa N° SSDH 1204/2008 instruyendo que la Agencia Nacional de Hidrocarburos emita nueva Resolución justificando el valor de 4,26 en el componente Tasa de Riesgo País, del variable retorno sobre patrimonio, o en su defecto modifique el monto de diferencia de ingresos correspondiente al mes de mayo de 2007.

III.6 De fs. 77 a 79 del expediente cursa la Resolución Administrativa ANH N°0217/2010 de 15 de marzo, que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto por la Refinería Oro Negro S.A., en cuanto al valor en el componente Tasa de Riesgo País de la variable "Retorno sobre Patrimonio".

III.7 De fs. 180 a 189 vta., y de fs. 229 a 239, se tiene, que el presente proceso, fue resuelto mediante la Sentencia 120/2014 de 6 de junio, emitida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia que declaró probada en parte respecto: a) La utilización del gas por eficiencia; y, b) Depreciación; e, improbada en cuanto: 1) Tasa Riesgo País; en consecuencia, se dejó sin efecto la Resolución Ministerial RJ 62/2009 de 28 de septiembre, ordenándose que la Unidad de Control y Fiscalización de Hidrocarburos dependiente de la autoridad demandada, realice nuevo cálculo diferencial de ingresos para la empresa ahora demandante; motivo por el cual la parte demandada interpuso Acción de Amparo Constitucional, que fue resuelto por Resolución de Acción de Amparo Constitucional 55/2015 de 18 de diciembre pronunciada por la Sala Civil y Comercial Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, la misma que fue ratificada en revisión a través de la SCP 424/2016 de 21 de abril, emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, por lo que en cumplimiento estricto de dicha sentencia, se efectuó el presente fallo, siguiendo los

lineamientos establecidos en la misma, dado la vinculatoriedad y obligatoriedad de dichas Sentencias.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

Previo a ingresar al análisis de fondo de la demanda concierne determinar la correspondencia de la ampliación de la misma, la cual, de su cotejo, se advierte que emerge de lo dispuesto en la Resolución Ministerial RJ 062/2009 de 28 de septiembre, por lo que en base al principio de seguridad jurídica, corresponde ser considerada.

Es así, que de los antecedentes del proceso, la fundamentación de derecho y reconocida como se encuentra la competencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia para la resolución de la controversia, tomando en cuenta la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las características de juicio de puro derecho, en el que el Tribunal analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos, corresponde realizar el control de legalidad sobre los actos ejercidos por las instancias administrativas en referencia.

Consecuentemente, se establece que el objeto de la controversia se refiere a determinar: Si resulta evidente que los cálculos y criterios legales asumidos por la autoridad demandada, produjeron agravios a los legítimos intereses económico financieros de la Refinería Oro Negro SA., en lo que respecto al cálculo del costo del crudo y mermo en la carga al proceso de producción; la depreciación y la Tasa de Riesgo País.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Conforme a la legislación que rige en nuestro país, tanto el marco normativo general en materia de hidrocarburos, así como los principios que regulan las actividades hidrocarburíferas, se encuentran contenidos en la Ley de Hidrocarburos N°3058 de 17 de mayo de 2005, cuerpo legal que en el tema que hace al caso, determina el deber del ente regulador de establecer los márgenes para los productos refinados, utilizando para ello métodos analíticos sujetos a reglamento y en base a criterios que contemplan asegurar la continuidad del servicio, incentivar la expansión de las unidades de proceso y de servicios, y tal cual dispone el inc. b) de su artículo 100 el: "Permitir a los operadores, bajo una administración racional, prudente y eficiente, percibir los ingresos suficientes para cubrir todos sus costos operativos, depreciaciones, inversiones, costos financieros e impuestos con excepción de/impuesto a la remisión de utilidades al exterior (1RUE) y obtener un rendimiento adecuado y razonable", norma en la que se amparan las refinerías de petróleo para recuperar la diferencia de los gastos en sus ingresos.

Ante ello, con el objeto de normar la comercialización de Crudo Reconstituido y Gasolinas Blancas, se emitió el 06 de mayo de 2007 el D.S. N°29122, que rige para todas las empresas de refinación que se encuentren operando en el territorio nacional, y por el cual se atribuye al Poder Ejecutivo el establecimiento de mecanismos de ajustes de ingreso por concepto de comercialización de Crudo Reconstituido y Gasolinas Blancas a YPFB, para las empresas de refinación con capacidad de procesamiento menor o igual a cinco mil barriles por día, tal cual lo dispone el par. V de su artículo 3.

Es así, que en el marco de las atribuciones conferidas por ley al Ministerio de Hidrocarburos y Energía, esta cartera de Estado, emitió el 29 de junio de 2007 la Resolución Ministerial N°070/2007, que establece que el mecanismo de ajuste corresponderá al

Diferencial de Ingresos (DI), calculado, tal cual estipula su artículo 2, en base a la fórmula siguiente:

DI i+1= {0i+Di+Fi+Ii+ (RxP) i}- (IMIHMEi+Si)"

Donde:

Di 1= Diferencial de ingresos calculado en el mes i+1

0= Costos de operación, mantenimiento y administración mensuales, debiendo estos ser razonables y prudentes del mes i.

D= Depreciación mensual de los activos fijos útiles y utilizables del mes i

F= Costos Financieros de la deuda del mes i

I= Impuestos y tasas aplicables a refinación del mes i, a excepción del impuesto a la Remisión de Utilidades al Exterior y el Impuesto a las Transacciones Financieras.

R= Tasa de retorno sobre el patrimonio del mes i

P= Patrimonio neto de la empresa relacionada con la actividad de refinación y comercialización en el mes i

IMI= Ingresos por ventas mercado interno del mes i

IME= Ingresos por ventas mercado externo del mes i

S= Otros ingresos percibidos del mes i relacionados a la actividad de comercialización y refinación.

De tal forma de acuerdo a la normativa referida, se ha establecido un mecanismo de ajuste denominado Diferencial de Ingresos (DI), cuyo propósito es asegurar la continuidad del servicio, permitiendo a los operadores, percibir los ingresos suficientes para cubrir todos sus costos operativos, depreciaciones, inversiones, costos financieros e impuestos con excepción del impuesto a la remisión de utilidades al exterior (IRUE) y obtener un adecuado y razonable rendimiento. Debiendo las empresas de refinación para ello, conforme establece el artículo 4 de la Resolución Ministerial N°070/2007, presentar al Ente Regulador, el detalle de las variables referidas en la fórmula precedente, con los respaldos correspondientes, documentación que de no ser presentada hasta el día 10 de cada mes, el DI correspondiente será calculado al mes siguiente de su presentación.

En la especie, emitida que fuere la Resolución Administrativa SSDH N°438/2008 de 29 de abril conforme se advierte de fs. 67 a 69 del anexo, que determinó un monto de Bs.- 469.368,55.- como diferencial de ingresos correspondiente al mes de mayo de 2007; ésta fue impugnada por la Refinería Oro Negro S.A., mediante la interposición de Recurso de Revocatoria, solicitando el monto de Bs.- 1.436.266,33 como diferencial de ingresos a su favor; el cual fue resuelto por Resolución Administrativa SSDH N°1204/2008 de 27 de noviembre, que dispuso revocar parcialmente la Resolución Administrativa SSDH N°438/2008 de 29 de abril, estableciendo la suma de Bs.470.108.47 como nueva diferencial de ingresos.

Resolución, contra la cual la empresa ahora demandante interpuso Recurso Jerárquico solicitando Bs.- 1.088.388.89, el cual fue resuelto por la Resolución Ministerial RJ 062/2009 de 28 de septiembre, que revocó parcialmente y confirmó parcialmente la Resolución Administrativa N° SSDH 1204/2008, instruyendo que la Agencia Nacional de Hidrocarburos emita nueva Resolución justificando el valor de 4,26 en el componente Tasa de

Riesgo País, de la variable retorno sobre patrimonio, o en su defecto modifique el monto de diferencia de ingresos correspondiente al mes de mayo de 2007. Emitiéndose en consecuencia la Resolución Administrativa ANH N°0217/2010 de 15 de marzo, que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto por la Refinería Oro Negro S.A., en cuanto al valor en el componente Tasa de Riesgo País de la variable "Retorno sobre Patrimonio", por dicho periodo.

Bajo dichos antecedentes y conforme a la normativa aplicable, corresponde considerar cada uno de los puntos objeto de controversia en el caso.

V.1 Sobre el costo del crudo y merma en la carga al proceso de producción.

Al respecto, la Refinería Oro Negro S.A., ahora demandante, en principio reconoce y asume de manera expresa la existencia de un error en la suma final de la planilla que hubiere presentado, así como la existencia de una omisión en cuanto a la no presentación oportuna de la factura correspondiente a la compra de nafta a Reficruz; añadiendo que la ex Superintendencia de Hidrocarburos, omitió incluir la merma de gases del 0.43% (gas de refinería) en el componente merma en la carga al proceso de producción, y que adicionalmente a ello, para el balance de materiales, restó el volumen ya consumido como gas combustible, como si dicha empresa, lo tuviera en stock, en un total de 24.382.23 litros en el periodo de mayo de 2007. Conforme a ello, en relación al componente de ingresos y la no presentación oportuna de la factura correspondiente a la compra de nafta a Reficruz, corresponde referir que en el marco de la normativa aplicable, referida al inicio del punto y de la presente Sentencia, debe darse cumplimiento a los mecanismos de ajuste de ingresos por comercialización de crudo reconstituido y gasolinas blancas, que se encuentran determinados en la RM N°070/2007, emergente del D.S. N°29122, en el marco de lo dispuesto por la Ley de Hidrocarburos N°3058; de tal forma, se infiere el necesario cumplimiento de la presentación oportuna de los respaldos correspondientes a momento de presentar el detalle de las variables reconocidas para el cálculo de la diferencial de ingresos, tal cual se advierte de lo dispuesto por el artículo 4 de la RM N°070/2007.

A mayor abundamiento al respecto sobre la compra de la Nafta a REFICRUZ, con referencia al componente ingresos, no se presentó los descargos respectivos que avalen dicha compra en su momento, incumpliendo con ello lo establecido en el artículo 4 de la RM N°070/2007 de 29 de junio, hecho además reconocido por la empresa demandante.

Por otra parte, en relación al costo del crudo y la merma en la carga al proceso de producción, integrante de la variable Costos Operativos, debe tomarse en cuenta que el crudo, tal cual fue reconocido en las resoluciones impugnadas, se constituye en el insumo básico dentro el proceso de transformación que realiza la empresa ahora demandante, por lo tanto, es parte de los gastos operativos, aspecto que no fue objeto de cuestionamiento en el presente proceso.

Finalmente, en cuanto a la omisión denunciada de no haberse efectuado el cálculo de la merma de gases del 0.43% (gas de refinería); tal como es afirmado tanto por la Refinería Oro Negro S.A. y el Ministerio de Hidrocarburos y Energía, dicho gas de refinería proviene del crudo que es adquirido y empleado como combustible en reactores, calderos y alambiques de la misma refinería y reutilizado como combustible dentro del proceso, concluyéndose de tal manera, que si éste insumo ya fue valorado en el costo de crudo, no resulta razonable asignarle un nuevo valor en los gastos de operación, motivo por el que el criterio sostenido en la resolución impugnada es correcto. A ello se añade, que el ahorro en la compra de los

insumos que requiere el proceso de producción de la refinería, incide también en sus gastos de operación, no resultando por ello evidente lo aseverado por la empresa demandante.

V.2 Sobre la Depreciación

Ante la afirmación de la Refinería Oro Negro S.A., de que la depreciación de la planta debió ser contemplada en base a 8 años, en desacuerdo con la determinación de la autoridad ahora demandada que tomó en cuenta 10 años y que el 42% de su patrimonio corresponde al revalúo técnico de activos, corresponde señalar en principio que la depreciación reconoce el desgaste de los activos por su esfuerzo en la generación del ingreso, con base en el tiempo en que pueden generar ingresos; es decir, su vida útil que varía dependiendo del tipo de activo. Por su parte, el revalúo es la actualización de los valores de costo de los bienes muebles e inmuebles de la empresa con el fin de expresarlos en moneda de igual poder adquisitivo, mismo que consiste, en darles un nuevo valor cuando por el transcurso del tiempo, el valor de los bienes en libros alcanza el valor 1; es decir, cuando se ha sobrepasado el plazo determinado en el cuadro de depreciación señalado por la legislación del D.S. N°24051, que reglamenta el Impuesto a las Utilidades de las Empresas y que tiene fines impositivos, a efecto de la presentación de estados financieros que son la base de liquidación de dicho impuesto.

A ello, el ente regulador, consideró el valor de la depreciación con base en 10 años y no a 8 años, sosteniendo que dicho criterio es regulatorio y no impositivo, teniendo como finalidad el permitir que los operadores cubran sus costos operativos; extremo que resulta evidente en función a que el 42% de los bienes de propiedad de la empresa demandante fueron objeto de revalúo, y por lo tanto, ha sobrepasado el tiempo de vida útil; asimismo, Refinería Oro Negro S.A. no fundamenta su pretensión desde el punto de vista del agravio sufrido con dicha determinación, bajo el entendimiento de demostrar cómo se le impidió cubrir sus costos operativos, que en definitiva constituye la finalidad del cálculo diferencial de ingresos como remuneración; consiguientemente, resulta correcto el criterio de la autoridad demandada al respecto.

V.3 Sobre la Tasa de Riesgo País

En relación a la Tasa de Riesgo País, de los antecedentes del proceso, se advierte que la RM RJ N°062/2009 de 28 de septiembre, ahora impugnada, determinó revocar parcialmente la RA SSDH N°1204/2008 de 27 de noviembre, disponiendo que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, emita nueva resolución justificando el valor asignado en la resolución a efecto de que se mantenga o modifique el monto consecuentemente, no corresponde emitir ningún pronunciamiento al respecto.

A ello, en función a la ampliación de la demanda, la Refinería Oro Negro S.A. solicitó la revocatoria de la Resolución Administrativa ANH N°0217/2010, que rechazó el recurso de revocatoria interpuesto por la demandante; sin embargo, no se advierte que dicha empresa haya interpuesto recurso jerárquico conforme lo determina el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo, permitiendo que la citada resolución adquiera firmeza e inhabilitando la posibilidad de su impugnación a través de la presente acción contencioso-administrativa.

Por todo lo expuesto, este Tribunal Supremo de Justicia concluye que no son evidentes los extremos demandados y al no advertir vulneración en los cálculos y criterios legales asumidos por la autoridad demandada, en lo que respecta al cálculo del costo del

crudo y merma en la carga al proceso de producción, la depreciación y la Tasa de Riesgo País

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda de fojas 62 a 66 vta., planteada por la Refinería Oro Negro S.A., en consecuencia, se mantiene firme y subsistente la Resolución Ministerial RJ N°062/2009 de 28 de septiembre, pronunciada por el Ministerio de Hidrocarburos y Energía.

No interviene el Magistrado Olvis Egüez Oliva por emitir voto disidente.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. José Antonio Revilla Martínez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 20 de noviembre de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

34

Caja de Salud de la Banca Privada (CSBP) c/ Ministerio de Salud y Deportes
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa de fs. 64 a 72 vta., interpuesta por la Caja de Salud de la Banca Privada, a través de su apoderado Federico Gover Fernández Muñecas, impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico N°10/12 de 24 de octubre de 2012, emitida por el Ministerio de Salud y Deportes, la respuesta de fs. 84 a 85, réplica de fs. 130 a 133 vta., el decreto de Autos de 23 de septiembre de 2019 de fs.338, los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

Antecedentes de hecho

El 6 de septiembre de 2011, el Instituto Nacional de Seguros de Salud (INASES) emite la Resolución 286-2011, por la que resuelve instruir a la Caja de Salud de la Banca Privada, en su calidad de ente gestor social en salud, observar las disposiciones contenidas en el art. 23 de la Ley N°062 del Presupuesto General de la Nación gestión 2011 y el art. 8 del DS N°772 Reglamento a la Ley N°062.

El 22 de septiembre de 2011, los representantes legales de la Caja de Salud de la Banca Privada, interponen Recurso de Revocatoria al INASES, contra la Resolución Administrativa N°286/2011 de 6 de septiembre del 2011.

A través de Resolución Administrativa 351-2011 de 18 de octubre de 2011, el INASES, resuelve confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa N°286-2011 que resuelve instruir a la Caja de Salud de la Banca Privada, en su calidad de ente gestor social en salud, conforme lo determina el Código de Seguridad Social, observar las disposiciones contenidas en el art. 23 de la Ley N°062 del Presupuesto General de la Nación gestión 2011 y el art. 8 del DS N°772 Reglamento a la Ley N°062.

El 26 de octubre de 2011, la Caja de Salud de la Banca Privada, interpone recurso jerárquico ante el INASES, contra la Resolución Administrativa N°351/2011, solicitando la revocatoria de la Resolución Administrativa N°351/2011 de 18 de octubre de 2011 y se deje sin efecto la Resolución Administrativa N°286/2011 de 6 de septiembre de 2011, emitida por el INASES, recurso que es resuelto mediante Resolución de Recurso Jerárquico N°10/12 de 24 de octubre de 2012, emitida por el Ministerio de Salud y Deportes, que resuelve confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa N°351-2011 de 18 de octubre de 2011, y subsistente la Resolución 286/2011 de 6 de septiembre de 2011, ambas emitidas por el INASES.

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

1.- Fundamentación de la resolución del Ministerio de Salud y Deportes, a través de decretos supremos abrogados

Alega que el Ministerio de Salud y Deportes olvidó que el DS N°28631, con el cual fundamenta la Resolución de Recurso Jerárquico N°10/12, de 24 de octubre de 2012, fue expresamente abrogado; lo que jurídicamente, implica que la referida norma ha sido eliminada, sustantiva y adjetivamente, del tráfico jurídico positivo del Estado Plurinacional de Bolivia y por tanto, lo resuelto por la nula resolución de recurso jerárquico carece de base y sustento legal.

Manifiesta que en la fecha de fundación del Estado Plurinacional de Bolivia y, a través de la aprobación de la nueva Constitución Política del Estado, simultáneamente se aprobó el Reglamento de Organización del Órgano Ejecutivo, a través de DS N°29894 de 7 de febrero de 2009, el cual abrogó el DS N°8631 del 8 de marzo de 2006, pues el Capítulo III Disposiciones Abrogatorias del DS N°29894 establecen que toda disposición contraria al contenido del mismo, queda abrogada o derogada, en consecuencia siendo que el DS N°29894 establece la organización del Órgano Ejecutivo, tiene identidad de objetivo con el DS N°28631, se asume su abrogación tácita.

2.- Omisión de fundamentación y motivación

Argumenta que, la motivación de las decisiones es una obligación indispensable; lo que importa que las autoridades judiciales o administrativas deben fundar en derecho sus decisiones, a objeto de que los administrados o procesados puedan entender, a cabalidad, cual la motivación y el sustento jurídico en los que descansa la decisión, hace cita de las SSCC N°12/02-R de enero de 2002, 1523/04-R del 28 de septiembre de 2004 y la 682/04-R del 6 de mayo de 2004.

Afirma que, la entidad no se ha pronunciado sobre cuál es la norma legal que le permite pronunciarse e interpretar acciones administrativas relativas a cuentas fiscales, no obstante que el Ministerio de Salud y Deportes no es Órgano Rector del Sistema de Presupuesto, ni de ninguno de los Sistema de Administración y Control Gubernamentales.

Alega que, se omitió pronunciamiento en la explicación de la validez legal de la utilización del DS N°28631 del 8 de marzo de 2006, enunciado en el numeral 9) del segundo considerando de la Resolución de Recurso Jerárquico N°10/12 del 24 de octubre de 2012, tomando en cuenta que el DS N°28631, es el Reglamento de la Ley de Organización del Poder Ejecutivo aprobada por Ley N°3351 y está basada en el artículo 99 de la extinta Constitución Política del Estado y que ambas disposiciones legales fueron abrogadas por normas del actual Estado Plurinacional de Bolivia.

Afirma que, no emitió pronunciamiento ni aclaró sobre la vigencia del DS N°28631 del 8 de marzo de 2006, y la abrogación tácita que existe debido a la emisión del DS N°29894 de 7 de febrero de 2009, el cual fue simultáneamente aprobado con la nueva CPE.

Señala que, no existe un pronunciamiento sobre si es cierto y evidente que el DS N°28631 del 8 de marzo de 2006, está en vigencia, toda vez que se debe asumir responsabilidad de que, en caso de que la resolución jerárquica se fundó en normas abrogadas sin vigencia, ésta puede ser denunciada por falsedad, resoluciones contrarias a la Constitución y a las Leyes, conforme la Ley N°004, sin perjuicio de su nulidad absoluta.

La Resolución Jerárquica N°10/12, debió definir la naturaleza jurídica de la Caja de Salud de la Banca Privada, realizando al mismo tiempo, el apercibimiento de que, si la cartera de Estado ha obrado fuera de sus competencias, corresponderá la anulación de la resolución, ya que lo contrario implicaría la comisión del delito de incumplimiento de deberes, tipificada en la Ley N°004.

No emitió pronunciamiento, respecto a que en la Resolución Jerárquica N°10/12, se ha invocado en múltiples ocasiones la competencia del INASES, solicitaron que la complementación realice un detalle completo de cuáles son las normas legales por las cuales el INASES estaría realizando las fiscalizaciones a la CSBP; todo ello, con el objetivo de verificar la norma legal específica que permite al INASES el realizar estas actividades de solicitud de apertura de cuentas fiscales, así como de fiscalización.

No se pronunció, respecto a la Resolución Jerárquica N°10/12, en varias de sus partes y textos funda su decisión en lo que establece el art. 8 del DS N°772; sin embargo, omite considerar que el referido art. 8 tiene dos partes; la primera, que es invocada por la resolución jerárquica y la segunda que menciona que la apertura de cuentas fiscales, corresponde a la máxima autoridad ejecutiva de la entidad.

Con relación al silencio administrativo positivo, tampoco aclaró y amplió su análisis y fundamentación; al contrario, sí admitió que es cierto y evidente que el Ministro de Salud y Deportes tomó conocimiento del Recurso Jerárquico recién el 12 de septiembre de 2012, por lo que también admitió irregularidades contundentes al respecto, sin perjuicio de aplicar diligentemente lo que manda el art. 154 del Código Penal por incumplimiento de deberes.

Alega que, el Ministerio de Salud y Deportes ha incumplido el deber de pronunciarse sobre cada punto en específico del recurso jerárquico, motivo por el cual es evidente la infracción al art. 28 inc. e) de la Ley N°2341, la obligación de motivación y fundamentación.

3.- Fractura de procedimientos administrativos

Afirma que, de la revisión atenta y cuidadosa de la respuesta a la complementación y enmienda emitida por el Ministro de Salud y Deportes de 11 de noviembre de 2012, la cual es parte integrante de la resolución jerárquica, en forma expresa, cuando se solicitó que exhiba los informes técnicos y legales que respaldan a la resolución, la MAE de la entidad, manifestó: "Al inciso 0.- Ninguna norma señala que para emitir una resolución de recurso jerárquico previamente se tenga que emitir informes técnicos o legales".; lo anteriormente mencionado en un documento público suscrito por el propio Ministro de Salud y Deportes, resulta absolutamente contrario a lo establecido en el art. 123 del Reglamento de Organización del Órgano Ejecutivo.

Del simple contraste entre la complementación a la Resolución Jerárquica N°10/12 del 24 de octubre de 2012, es evidente que dicha resolución fue emitida, después de operado formalmente el silencio administrativo positivo, no solamente violando todos los plazos procesales establecidos por Ley, sino también sin contar con ningún documento técnico o legal que lo respalde; este hecho, tiene consecuencias jurídicas claras; dicha resolución es nula, altamente discrecional, exorbitante y, en consecuencia, intolerable para la seguridad jurídica. Por tanto, la decisión asumida por el Ministro de Salud y Deportes respecto a la lectura de las cuentas fiscales no es legalmente válida, ni legalmente eficaz.

4.- Violación del principio de legitimidad de buena fe del acto administrativo

Afirma que dentro de un proceso judicial radicado en la Sala Social y Administrativa Primera y que dio como resultado la emisión de la Resolución A.I. N°054/2011 SSA-1 del 10 de octubre de 2011, defendió en todas sus instancias la naturaleza jurídica privada de la CSBP. sin embargo, los precedentes judiciales no llegan hasta ahí, sino que, luego de dichas aseveraciones, la Corte Superior de Distrito, en fecha 10 de octubre de 2011, ha emitido la Resolución A.I. N°054/2011 SSA-1, que define la naturaleza privada de la CSBP, tal como se puede apreciar de la parte resolutiva de la misma, en donde se establece la inaplicabilidad de una personalidad jurídica de orden público; en lo referido a la apertura de las cuentas fiscales, el Ministerio de Salud y Deportes cambia su posición e intenta determinar que la naturaleza de la CSBP es pública, lo cual fractura el principio de legitimidad y buena fe de los actos administrativos, hace cita de la SS.CC. 1037/02-R de 30 de agosto; 223/00-R de 15 de marzo y 395/03-R de 26 de marzo.

5.- Imposibilidad de determinar la naturaleza jurídica a través de interpretación unilateral

Manifiesta que se incurre nuevamente en un error intolerable en el Estado de Derecho, el art. 90 del reglamento aprobado por DS N°29894, no le da facultades al Ministerio de Salud y Deportes para definir la naturaleza jurídica de una entidad, pues ninguna de las facultades descritas en este art. le concede al Ministerio de Salud y Deportes, la posibilidad o la competencia para definir la naturaleza jurídica de una entidad como la Caja de Salud de la Banca Privada, aspecto que no encuentra consonancia con el art. 27 inc. b) de la Ley N°1178 de Administración y Control Gubernamentales, desconociendo los alcances de esta normativa.

Petitorio

Concluye solicitando: "... solicitando se declare probada la presente demanda en todas sus partes, en contra de la Resolución de Recurso Jerárquico N°10/12 de 29 de noviembre de 2012, así como su complementación y enmienda, emitida por el Ministro de Salud y Deportes, Dr. Juan Carlos Calvimontes Camargo, mayor de edad, hábil por Derecho, con domicilio principal en la Plaza del Estudiante s/n La Paz-Bolivia (..) a la vez que previo a un análisis en sana crítica y prudente criterio emitan resolución justiciera en el marco de nuestro ordenamiento y, como consecuencia de ello quede sin valor sustancial alguno el acto administrativo objeto de la presente demanda. (textual)

DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante providencia de 11 de marzo de 2013 de fs. 80, es corrida en traslado a la autoridad demandada, quien fue legamente citado, apersonándose mediante poder especial, amplio y suficiente, José Luis Herrera Conde, para responder negativamente a la acción incoada.

En el memorial de respuesta cursante de fs. 84 a 85, reitera todos fundamentos técnico legales expresados en la Resolución Jerárquica N°10/2012, de 24 de octubre de 2012.

Petitorio

Concluye solicitando: "...se declare ~robada la demanda incoada por la Caja de Salud de la Banca Privada, y por tanto declarar firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico N°10/12 de 24 de octubre de 2012 demandada de nulidad. "(Textual)

III. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

De antecedentes de la demanda puestos a consideración de este Tribunal, se advierte que el objeto de la controversia se circunscribe al cuestionamiento de validez del acto administrativo contenido en la Resolución de Recurso Jerárquico N°10/12 de 24 de octubre de 2012, emitida por el Ministerio de Salud y Deportes, acto administrativo que de acuerdo a los agravios formulados en la demanda son:

1.- Evidenciar, si la fundamentación de la resolución del Ministerio de Salud y Deportes, fue emitida aplicando decretos supremos abrogados.

2.- La falta de fundamentación y motivación en su emisión.

3.- Si la resolución impugnada incurrió en la fractura de procedimientos administrativos.

4.- Constatar si en la resolución jerárquica, se violó el principio de legitimidad de buena fe del acto administrativo.

5.- Evidenciar la existencia de una interpretación unilateral de la resolución sobre la naturaleza jurídica de la Caja de Salud de la Banca Privada.

IV. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, que reviste las características de juicio ordinario de puro derecho, cuyo conocimiento y resolución de la controversia en única instancia, es de competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena, por mandato del art. 6 de la Ley N°620 de 31 de diciembre de 2014, en concordancia con los arts. 778 a 781 del Código de Procedimiento Civil, siendo el objeto de acuerdo a las circunstancias del reclamo conceder si corresponde, o negar la tutela solicitada por los demandantes.

Respecto a los puntos 1 y 3

La demanda acusa la nulidad del acto impugnado, ante cuyo planteamiento es necesario realizar el estudio sobre nulidades y anulabilidades; en ese contexto, la nulidad es la ineficacia de los actos procesales realizados con violación de los requisitos, formas o procedimientos que la Ley procesal prevé para su validez, en materia de nulidades rige los siguientes principios: a) Principio de especificidad o legalidad, por el que la nulidad del acto procesal debe estar expresamente determinada por ley, no siendo suficiente que la ley prescriba una formalidad para que su omisión o defecto origine su nulidad; b) Principio de finalidad del acto, por el que, no obstante la irregularidad del acto denunciado de nulo, no podrá declararse su nulidad si dicho acto cumple la finalidad o función que se le había asignado; c) Principio de trascendencia, por el que, no podrá declararse la nulidad de un acto, si el mismo no ha ocasionado perjuicio cierto e irreparable, que solo pueda subsanarse mediante la declaración de nulidad; y, d) Principio de convalidación o consentimiento; por el que, no todo acto que podría ser declarado nulo, deberá serio, si quien alega la nulidad, la hubiera consentido expresa o tácitamente: al presentarse al proceso ratificando el acto viciado de nulidad, o al no impugnarlo por los medios idóneos de manera oportuna, pese a tener conocimiento del mismo.

Así también la SC 731/2010-R de 26 de julio, estableció que: 'Ahora bien, los presupuestos o antecedentes necesarios para que opere la nulidad procesal son: a) Principio de especificidad o legalidad, referida a que el acto procesal se haya realizado en violación de prescripciones legales, sancionadas con nulidad, es decir, que no basta que la ley prescriba una determinada formalidad para que su omisión o defecto origine la nulidad del acto o procedimiento, por cuanto ella debe ser expresa, específica, porque ningún trámite o acto judicial será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley, en otros términos «No hay nulidad, sin ley específica que la establezca» (Eduardo Cuoture, «Fundamentos de Derecho Procesal Civil», p. 386); b) Principio de finalidad del acto, «la finalidad del acto no debe interpretarse desde un punto de vista subjetivo, referido al cumplimiento del acto, sino en su aspecto objetivo, o sea, apuntando a la función del acto» (Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil,' T IV p. 145), dando a entender que no basta la sanción legal específica para declarar la nulidad de un acto, ya que ésta no se podrá declarar, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a la que estaba destinada; c) Principio de trascendencia, este presupuesto nos indica que no puede admitirse el pronunciamiento de la nulidad por la nulidad misma, o para satisfacer pruritos formales, como señala Couture (op. cit. p. 390), esto significa que quien solicita nulidad debe probar que la misma le ocasionó perjuicio cierto e irreparable, que solo puede subsanarse mediante la declaración de nulidad, es decir demostrar cuál es el agravio que le causa el acto irregularmente cumplido y si éste es cierto e irreparable; y, d) Principio de convalidación, «en principio, en derecho procesal civil, toda nulidad se convalida por el consentimiento» (Couture op. cit., p. 391), dando a conocer que aún en el supuesto de concurrir en un determinado caso los otros presupuestos de la nulidad, ésta no podrá ser declarada si es que el interesado consintió expresa o tácitamente el acto defectuoso, la primera cuando la parte que se cree perjudicada se presenta al proceso ratificando el acto viciado, y la segunda cuando en conocimiento del acto defectuoso, no lo impugna por los medios idóneos (incidentes, recursos, etc.), dentro del plazo legal (Antezana Palacios Alfredo, «Nulidades Procesales»)".

El art. 35 de la Ley N°2341 prescribe: "(Nulidad del acto). L Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;

b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;

c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;

d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y,

e) Cualquier otro establecido expresamente por ley.

II. Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley"

También el art. 36 de la misma norma señala: "(Anulabilidad del acto).

I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior.

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

III La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo darán lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

IV. Las anulabilidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley"

El art. 55 del DS N°27113 (Reglamento al Procedimiento Administrativo) establece que: "(Nulidad de procedimientos) Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo o adoptará las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas.

En el caso de análisis, el fundamento central de la demanda, señala que la Resolución de Recurso Jerárquico N°10/2012, habría sido fundamentado mediante normas abrogadas, argumentando el demandante que el DS N°28631 de 8 de marzo de 2006, que Reglamenta la Ley de Organización del Poder Ejecutivo N°3351 de 21 de febrero de 2006, fue abrogado por el DS N°29894 de 7 de febrero de 2009 y eliminado por efecto de la promulgación de la Constitución Política del Estado, y que la resolución impugnada no contaría con ningún documento técnico o legal que lo respalde; por lo cual es nula.

De la revisión de los antecedentes del caso, se constata que el DS N°28631 de 8 de marzo de 2006, tuvo por objeto reglamentar la Ley N°3351, de 21 febrero de 2006, de Organización del Poder Ejecutivo, en el marco de la política definida por el Gobierno Nacional, estructurando el Órgano Ejecutivo, estableciendo en su Capítulo II, las características de las instituciones y empresas públicas del nivel central del estado que pasan a ser consideradas entidades descentralizadas.

Por su parte, el DS N°29894 de 7 de febrero de 2009, tiene por objeto establecer la estructura organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional, así como las atribuciones de la Presidenta o Presidente, Vicepresidenta o Vicepresidente y de las Ministras y Ministros, así como definir los principios y valores que deben conducir a los servidores públicos, de conformidad a lo establecido en la Constitución Política del Estado, sin efectuar ninguna mención respecto a las características de las instituciones y empresas públicas del nivel central del estado, las que a la fecha no son de manera alguna contrarias al DS N°28631 de 8 de marzo de 2006.

En ese sentido, el Capítulo III Disposiciones Abrogatorias y Derogatorias del DS N°29894 de 7 de febrero de 2009, abroga y deroga todas las disposiciones contrarias a ese Decreto, evidenciándose consecuentemente que el DS N°28631 de 8 de marzo de 2006, que reglamenta la Ley N°3351, de 21 febrero de 2006, de Organización del Poder Ejecutivo, estructurando el Órgano Ejecutivo, estableciendo en su Capítulo II, las características de las instituciones y empresas públicas del nivel central del estado, mostrando la vigencia de su Capítulo II, características de las instituciones y empresas públicas del nivel central del

Estado, que fue utilizada correctamente por la resolución emitida por el Ministerio de Salud y Deportes; por otra parte la solicitud de respaldo no encuentra fundamento toda vez que el art. 35 de la ley N°2341 no prevé como causal de nulidad del acto administrativo la ausencia de respaldo técnico legal del acto impugnado, no constatándose la nulidad alegada por la entidad demandante.

Violación del principio de legitimidad de buena fe del acto administrativo Respecto a la afirmación de violación del principio de legitimidad de buena fe del acto administrativo, y que dentro de un proceso judicial dio como resultado la emisión de la Resolución A.I. N°054/2011 SSA-1 del 10 de octubre de 2011, y que la entidad demandada defendió en todas sus instancias la naturaleza jurídica privada de la CSBP; y que en fecha 10 de octubre de 2011, se emitió la Resolución A.I. N°054/2011 SSA1, que define la naturaleza privada de la CSBP, estableciendo la inaplicabilidad de una personalidad jurídica de orden público; en lo referido a la apertura de las cuentas fiscales.

El art. 4 inc. g) de la Ley N°2341 LPA, prevé como principio de legalidad y presunción de legitimidad; las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario; consecuentemente la norma citada, determina que las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo declaración judicial en contrario, en el presente caso, no se ha enervado la resolución impugnada menos aún se ha demostrado con declaración judicial que esta resolución no esté sometida a la Ley; en tal virtud, no se constata violación de ninguna naturaleza en el acto administrativo impugnado.

Imposibilidad de determinar la naturaleza jurídica a través de interpretación unilateral

Respecto a la acusación de que el art. 90 del reglamento aprobado por DS N°29894, que no le otorgaría facultades al Ministerio de Salud y Deportes, para definir la naturaleza jurídica de la Caja de Salud de la Banca Privada, corresponde precisar que la naturaleza jurídica de una entidad administrativa del Estado, esta necesariamente regulada por la norma de creación de la entidad o modificación mediante instrumento legal correspondiente.

En el caso de análisis, de revisión de la norma de creación, se evidencia que el DS N°21637 creó la Secretaría Nacional de Pensiones con el objeto de garantizar la continuidad y calidad de los regímenes de largo plazo de la seguridad social, de acuerdo con el art. 18 inciso j) de la Ley N°1493 y arts. 64 y 65 del DS N°23660 de 17 de septiembre y 12 de octubre de 1993, respectivamente y en aplicación del art. 32 parágrafos I inciso d), III y V y 86 parágrafo I del DS N°028631, prevén que: "32 (Instituciones Públicas Descentralizadas). I. Las instituciones públicas descentralizadas deben ser creadas por decreto supremo y su funcionamiento se regula con las siguientes características: d) Son personas jurídicas de derecho público. III. Todas las instituciones públicas descentralizadas quedan adecuadas a lo establecido en el presente artículo, de forma automática y obligatoria, así como todas sus normas y disposiciones, salvo que una norma de superior jerarquía disponga lo contrario. V. Dentro de esta tipología se encuentran todas las instituciones públicas de seguridad social, definidas en la estructura del Ministerio de Salud y Deportes", y "86. I. El Ministerio de Salud y Deportes tiene bajo su tuición o dependencia orgánica y administrativa a las siguientes entidades: Instituciones Públicas Descentralizadas-Caja de Salud de la Banca Privada'. (El resaltado y subrayado es añadido).

Consecuentemente se constata por disposición legal normativa no abrogada en la parte pertinente, que la Caja de Salud de la Banca Privada, es una entidad que reúne las características señaladas por el señalado Decreto Supremo, como así mismo, es catalogada y adecuada de forma automática y obligatoria como entidad descentralizada, por norma expresa, no evidenciándose consecuentemente, las vulneraciones acusadas sobre este punto.

Omisión de fundamentación y motivación

Respecto al punto de controversia acusado por el recurrente, resulta pertinente señalar que la fundamentación y motivación de los actos administrativos debe ser expresa, no pudiendo ser suplidos con una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso administrativo, o reemplazar sus fundamentos con una alusión de la prueba, consignando las razones que determinan la decisión con claridad de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, también deberá considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan la decisión a los fines de la obligación de motivar, cuando se omita la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden la vía a través del cual la autoridad administrativa llega a la conclusión sobre la petición del administrado. De revisión de antecedentes administrativos, se constata que la resolución jerárquica impugnada ha otorgado pronunciamiento respecto a parte de los puntos acusados por la entidad demandante; es decir todos aquellos contenidos en la aplicación del art. 32 parágrafos 1 inciso d), III y V y 86 parágrafo I del DS N°028631, que fue desarrollado líneas arriba.

Sin embargo, de revisión de los antecedentes del proceso, también se evidencia que existen puntos que no fueron considerados ni resueltos en la resolución jerárquica impugnada por la CSBP; como ser; la norma legal que le permite al INASES pronunciarse e interpretar acciones administrativas relativas a cuentas fiscales, al considerarse que no es un Órgano Rector del Sistema de Presupuesto, ni de ninguno de los Sistema de Administración y Control Gubernamentales.

Asimismo, no se pronunció sobre los puntos observados sobre la competencia del INASES para fiscalizar a la CSBP, y cuáles son las normas legales por las cuales esa entidad estaría realizando las fiscalizaciones a la CSBP; todo ello, con el objetivo de verificar la norma legal específica que permite al INASES el realizar estas actividades de solicitud de apertura de cuentas fiscales, así como de fiscalización.

También se evidencia que, la resolución impugnada no emitió pronunciamiento respecto a que el art. 8 del DS N°772; que está constituido por dos partes; la primera que es invocada por la resolución jerárquica y la segunda que menciona que la apertura de cuentas fiscales, corresponde a la máxima autoridad ejecutiva de la entidad.

Con relación al silencio administrativo positivo, tampoco aclaró y amplió su análisis y fundamentación, al contrario, sí admitió que es cierto y evidente que el Ministro de Salud y Deportes tomó conocimiento del recurso jerárquico recién el 12 de septiembre de 2012, sin mayor pronunciamiento.

Consecuentemente se advierte que el Ministerio de Salud y Deportes ha incumplido el deber de pronunciarse sobre alguno de los puntos específicos del recurso jerárquico, señalando lacónicamente en su respuesta a la demanda de fs. 84 a 85 que estas

observaciones son irrelevantes, sin dar una respuesta motivada y fundamentada, evidenciándose consecuentemente, la ausencia de uno de los elementos importantes del acto administrativo, y la infracción al art. 28 inc. e) de la Ley N°2341, la obligación de motivación y fundamentación, extrañándose la falta de este componente en esta parte del acto administrativo impugnado.

Por lo expuesto, este Tribunal evidencia que los argumentos de la demanda contenciosa administrativa, formulada por la Caja de Salud de la Banca Privada, contra la Resolución de Recurso Jerárquico N°10/12 de 24 de octubre de 2012, emitida por el Ministerio de Salud y Deportes, fueron probados en parte, correspondiendo declarar probada en parte la demanda contenciosa administrativa.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, en virtud de los fundamentos expuestos, declara PROBADA EN PARTE la demanda de fs. 64 a 72 vta., interpuesta por la Caja de Salud de la Banca Privada, a través de su apoderado Federico Gover Fernández Muñecas, y DEJA SIN EFECTO la Resolución de Recurso Jerárquico N°10/12 de 24 de octubre de 2012, emitida por el Ministerio de Salud y Deportes, únicamente en una parte de los agravios formulados en la demanda por la CSBP, en relación al punto "Omisión de fundamentación y motivación", debiendo la autoridad jerárquica emitir una nueva resolución dando respuesta motivada y fundamentada respecto a los puntos no resueltos, en forma integral en el marco del razonamiento expuesto en el presente fallo.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por el Ministerio de Salud y Deportes.

Relator: Magistrado Dr. Esteban Miranda Terán

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 20 de noviembre de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

35

Gerencia Distrital Oruro del Servicio de Impuestos Internos c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contencioso administrativa interpuesta por la Gerencia Distrital Oruro del Servicio de Impuestos Internos (fs. 45 - 50), impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1079/2014 de 21 de julio, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria - AGIT (fs. 29 - 43); la contestación (fs. 73 - 78); la réplica (fs. 100 - 104); la dúplica (fs. 107 - 109); los antecedentes del proceso y de emisión de la resolución impugnada.

CONTENIDO DE LA DEMANDA.

Alfredo Enrique Mendoza Alcoreza, señala que los fundamentos jurídicos de forma y de fondo expresados en el Recurso Jerárquico fueron ignorados, por consiguiente, la decisión asumida le causa un grave perjuicio económico al ser este fallo contrario a los principios tributarios, el Código Tributario y las normas impositivas conexas; en este sentido, manifiesta:

Al amparo del art. 65 del Código Tributario, concordante con el Art. 4 inc. g) de la Ley N°2341 del Procedimiento Administrativo, señala que los actos de la Administración Tributaría, se presumen legítimos y ejecutivos por estar sometidos a la Ley y cita el núm. 11) del arto 66 de la Ley N°2492, los núms. 4) y 5) del art. 70 de la otrora Ley, señala que de acuerdo al art. 37 del Decreto Supremo N°27310 modificado por el parágrafo III del art. 12 del Decreto Supremo N°27874, la Gerencia Distrital de Oruro del Servicio de Impuestos Nacionales se limitó a dar aplicación a las referidas disposiciones legales y reglamentarias.

En ese sentido, arguye que por la documentación presentada por el contribuyente como medio fehaciente de pago a la transacción efectuada (compra de mineral), comprobantes de pago con sustento, liquidaciones finales de los lotes y detalle de liquidaciones finales facturados de lotes emitidos por la Corporación Minera de Bolivia, Grupo Minero Bajaderia S.R.L. y Empresa Minera Barrosquira Ltda., se establece que la base de cálculo para el importe total facturado incluyó la Regalía Minera retenida, en transgresión del inc. b), IV del art. 4 del DS 29577 de 21 de mayo de 2008, observando el crédito fiscal de Bs. 91.941,00, sin que forme parte de la Regalía Minera del importe facturado, lo cual implicaría la aplicación del IVA, aspecto inobservado por el proveedor Corporación Minera de Bolivia, Grupo Minero Bajaderia SRL. y Empresa Minera Barrosquira Ltda., que calcularon el precio de venta facturado aplicando el IVA al valor neto de venta de mineral, sin descontar la retención por regalía minera según se desprende del Cuadro resumen de Liquidaciones Finales Facturados por Lotes presentado.

Rechaza que los medios fehacientes de pago por la Regalía Minera presentados por el contribuyente sean válidos, pues si bien adjuntó certificación de boleta de pago formulario 3009, Cuadro de Retenciones de Regalía Minera y Cuadro desglosado de Retención de Regalía Minera, estos documentos no respaldan el pago de la transacción por la compra de mineral, al haber presentado fotocopias de compra de mineral, de Resumen de Liquidaciones Finales Facturados de lotes emitidas por la Corporación Minera de Bolivia, Grupo Minero Bajaderia SRL y Empresa Minera Barrosquira Ltda. que contempla el cálculo del importe facturado, Cuadro de Determinación del Importe de la Factura y sus medios fehacientes de pago, comprobantes de pago con sustento y liquidaciones finales de mineral, donde se establece la base de cálculo para el importe total facturado impositiva por concepto de compra de mineral, es así que observa que el pago de las facturas de compra de concentrados de mineral, no se encuentra respaldado en su totalidad y los pagos por Regalía Minera no válidos para devolución impositiva según los cuadros de determinación del importe de las facturas y los respaldos presentados por el sujeto pasivo, por lo que se procedió a su depuración del importe no respaldado, además de los correspondientes a la regalía minera.

Bajo ese contexto refiere que de acuerdo a los papeles de trabajo consideró los pagos respaldados con medios fehacientes de pago de las facturas en cumplimiento al art. 37 del Decreto Supremo N°27310 modificado por el art. 12.111 del Decreto Supremo N°27874, llegando a la conclusión de que correspondía la devolución de Bs. 2.331.461.- (Dos millones trescientos treinta y un mil cuatrocientos sesenta y uno 00/100 bolivianos), no así Bs. 2.423.402.- (Dos millones cuatrocientos veintitrés mil cuatrocientos dos /100 bolivianos) correspondiente al IVA por el periodo octubre de 2010, en aplicación de los arts. 47 y 128 de la Ley 2492; negando la administración tributaria haber vulnerado derecho alguno del contribuyente a quien le tocaba efectuar los descargos correspondientes, toda vez que Operaciones Metalúrgicas S.A. (OMSA) solicitó la devolución del Crédito Fiscal IVA de exportación con componente de regalías mineras en infracción del DS 25465 que prevé que los impuestos sujetos de devolución impositiva son el IVA, ICE y GA, por lo que los importes que presentó no constituyen medios fehacientes de pago como las facturas por concepto de compra de concentrados de estaño.

Los pagos realizados por el contribuyente por Retención de Regalía Minera, no son considerados como medio de pago de las transacciones por compra de mineral debido a que el concepto de la factura no acredita el concepto de la transacción genérica que es la compra de mineral, aludiendo al principio de neutralidad impositiva y el impedimento de expropiación de componentes impositivos del Estado se refiere a los arts. 12 y 13 de la Ley N°1489 modificada por Ley N°1963, resaltando la parte demandante que una vez comunicados los resultados al contribuyente, éste no presentó ninguna objeción a las observaciones, toda vez que, en el cuaderno administrativo, las notas fiscales de respaldo al crédito fiscal comprometido por importes iguales o superiores a 50.000.- UFV's, no demostró el 100% del pago de los importes facturados por sus proveedores, de conformidad al art. 3 del Decreto Supremo N°25465 que reglamenta la devolución del IVA, habiendo desarrollado su labor en observancia de los principios de legalidad y presunción de legitimidad, imparcialidad, verdad material, publicidad y buena fe en atención al Art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 y en resguardo de los derechos y garantías constitucionales, calificando de adverso precedente tributario la determinación asumida por la AGIT, que efectuó una comprensión errada de la ley, que compromete las actuaciones de la

Administración Tributaria y los principios generales del derecho, advirtiendo que la AGIT vulneró los arts. 4 y 8 de la Ley 843.

PETITORIO.

Solicita se admita y se declare probada su demanda, confirmando la Resolución Administrativa de CEDEIM N°21-00001-14 de 31 de diciembre de 2013, emitida por la Administración Tributaria.

DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Daney David Valdivia Caria, en su calidad de Director Ejecutivo de la Autoridad General de Impugnación Tributaría, se apersona a la demanda y responde negativamente la misma, con los siguientes argumentos:

Es evidente que la Administración Tributaria a través de su Recurso Jerárquico denunció que el sujeto pasivo presentó como medio fehaciente de pago, el pago por la regalía minera, observando que el importe facturado incluiría esta carga fiscal, lo cual contraviene el Decreto Supremo N°25465.

Al respecto sostiene que el art. 1 de la Ley N°3787, que sustituye el Título VIII del Libro Primero de la Ley N°1777 (Código de Minería), especifica que quienes realicen las actividades mineras, están sujetos al pago de una regalía minera, cuya base de cálculo es el valor bruto de venta, que resulta de multiplicar el peso del contenido fino del mineral o metal por su cotización oficial; que se liquidará y pagará en cada operación de venta o exportación, asentándose en cada liquidación en el Libro Ventas Brutas – Control Regalías Mineras y, el comprador descontará el importe de la regalía minera liquidado a sus proveedores que se asentará en un Libro llamado Compras - Control Regalías Mineras. Razón por la que afirma que la resolución ahora impugnada se encuentra fundamentada y motivada en base a los arts. 4.1 y 12 del Decreto Supremo N°29577, por cuanto los compradores de minerales y metales tienen la obligación de retener el importe de la regalía minera liquidada por sus proveedores.

Asimismo, de acuerdo a los arts. 5 y 8 de la Ley N°843, referidos a la base imponible del IVA y los requisitos para su validez, advierte que el vendedor no debe incluir el valor que corresponde a la regalía minera en el precio neto de venta, puesto que obtiene de la venta de bienes o la prestación del servicio en plaza, toda vez que la normativa sólo prevé que el IVA integre el precio neto de venta y a efectos de la devolución, por el principio de neutralidad impositiva, éste debe ser reintegrado al exportador, que para el caso de la venta de minerales, no incluye el IVA; en consecuencia, en el mercado interno el vendedor debe incluir el IVA, en su alícuota efectiva, para su facturación; sin embargo, la regalía minera liquidada debe calcular en cada operación de venta sobre la base del valor bruto de venta, sin la aplicación del IVA, gravámenes que son independientes en su liquidación.

En el caso de autos, señala que las compras realizadas por el sujeto pasivo contempla concentrados de estaño, cuya comercialización se encuentra sujeta a una cotización oficial, indicador que será tomado en cuenta para la determinación del valor bruto de venta a efectos de determinar la base imponible del IVA y la base de cálculo de la regalía minera, lo cual fue considerado en las liquidaciones finales, donde se establece la Determinación del Valor Neto que es la base para la facturación a efectos del IVA y el cálculo de la Regalía Minera sobre el valor bruto de venta, de donde surge el saldo final a pagar.

Afirma que, en el proceso de verificación, la Administración Tributaria solicitó los medios fehacientes de pago por las compras mayores a 50.000 UFV, de su parte el contribuyente presentó los Cuadros de medios fehacientes de pago por el período de Octubre de 2010 y el Detalle Documentos Fehacientes, plasmando una relación entre el importe de la factura y los medios fehacientes de pago, encontrándose comprobantes de egreso y cheques, constando los saldos pendientes de pago, sin contemplar el importe de la regalía minera, advirtiendo el descuento del importe total (retención) prevista por el art. 25 del Decreto Supremo N°29577.

De esta descripción, se evidencia que en la determinación de la base imponible del IVA o el precio neto de venta o precio facturado, el vendedor del mineral y obligado a facturar, no incluyó la Regalía Minera como establece la Administración Tributaria, pues las Liquidaciones Finales efectuadas por el Sujeto Pasivo, reflejan que el Valor Neto, sobre los cuales se aplica la alícuota efectiva del IVA, no toma en cuenta el valor que corresponde a la Regalía Minera, por el contrario determina el valor neto del mineral y por separado efectúa el cálculo tanto de la Regalía Minera como el IVA.

Adicionalmente considera impertinente la cita del inc. b), art. 4.1V.inc.b) del Decreto Supremo N°29577 por parte de la administración tributaria, ya que se refiere a minerales no metálicos o minerales metálicos no contemplados en el citado art. 4.1, II y III, ajeno al concentrado de estaño, cuya base de cálculo de la regalía minera se determina de acuerdo art. 4.1 del Decreto Supremo N°29577, en función al contenido fino de mineral y la cotización oficial.

Niega la afirmación de la administración tributaria con relación a que el contribuyente solicita la devolución del crédito fiscal IVA con componente de la regalía minera, por cuanto se tratan de retenciones efectuadas al vendedor, en cada liquidación, toda vez que el Informe CITE: SIN/GDOR1DFNE/INF/249/2013 y la Resolución Administrativa CEDEIM Posterior N°21-00002-14 de fs. 811-816 y 829-835 vta. del Anexo 5, la Administración Tributaria procedió a la depuración parcial de las Facturas Nos. 490, 491, 10091, 65, 63, 68, 66, 64 y 13578; emitidas por COMIBOL, Empresa Minera Barrosquira Ltda., Grupo Minero Bajaderia, y Solano Andrade Argandoña; al no haber sido respaldadas en su totalidad por medios fehacientes de pago; y, por el Papel de Trabajo de Verificación de Compras - Medios Fehacientes de Pago, la Administración Tributaria depuró el crédito fiscal de las señaladas facturas, observando que no se encuentra plenamente respaldada con medios fehacientes de pago y presentó pagos de regalía minera que no son consideradas como medios fehacientes de pago, incumpliendo el art. 37 del Decreto Supremo N°27310 modificado por el art. 12 del Decreto Supremo N°27874.

Prosiguiendo con el análisis de los antecedentes, se evidencia que la Administración Tributaria para la depuración parcial del Crédito Fiscal; consideró la documentación presentada por el recurrente que permitió cuantificar el monto pagado, según el Papel de Trabajo "Determinación del Importe Efectivamente Pagado", resultando una diferencia no cancelada, establecida en el Papel de Trabajo "Verificación de Compras-Medios Fehacientes de Pago" en la columna "Diferencia".

Aclara que los pagos realizados por regalía minera fueron respaldados con los Formularios 3009 Boleta de Pago de la Regalía Minera y refrendo del Banco Unión por el importe pagado, acompañando el detalle de su retención que contiene el importe de la regalía minera, el municipio y la cuenta respectiva y pago de regalía minera, donde se evidencia las

retenciones realizadas por lotes, donde se acreditó la retención y el empoce respectivo a la entidad recaudadora, en atención al art. 21 del Decreto Supremo N°29577; además que, en el presente caso la observación es realizada por la falta de medios fehacientes de pago, por la inclusión de la regalía minera en las facturas N°490, 10091 Y 13578, donde la administración tributaria, determinó una diferencia de Bs. 620.805.45, por lo que se depuró un crédito fiscal de Bs. 80.705 por las mismas.

Analizado que fue este aspecto, considera que corresponde otorgar validez el pago por regalía minera, toda vez que para la factura N°490, la administración tributaria observó Bs. 73.370,80 de crédito fiscal, que no incluye la regalía minera efectivamente pagada; sin embargo, considerando como medio de pago la regalía minera de los lotes de la factura, el importe del crédito fiscal observado es de Bs.14.605.- y por las facturas N°13578 y 10091 teniendo presente el pago de la regalía minera, considera que se encuentran respaldadas con medios fehacientes de pago.

Por cuyos motivos, concluye que las alegaciones de la demandante no son evidentes, en consecuencia, la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1079/2014 de 21 de julio de 2014, fue emitida en congruencia a lo peticionado por las partes y la normativa aplicable, ratificándose en su contenido, por consiguiente, considera que los argumentos de la demanda carecen de sustento jurídico-tributario.

PETITORIO.

Solicita que la demanda sea declarada improbada, manteniendo firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1079/2014 de 21 de julio de 2014.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

1. El 25 de septiembre de 2013, la Administración Tributaria notificó a Raúl Salas Saldívar, Gerente Financiero Administrativo de Operaciones Metalúrgicas SA. OMSA, con la Orden de Verificación-CEDEIM N°13990200678, con alcance en la verificación posterior del importe solicitado correspondiente al IVA, ICE y formalidades GA de manera individual o combinado dos o tres impuestos, del periodo fiscal de octubre 2010; asimismo, notificó el Requerimiento N°13400900010 donde solicitó documentación (Declaraciones del IVA e IT, Libros de Compras y Ventas IV A, Notas Fiscales de respaldo al Débil Y Crédito Fiscal, Extractos Bancarios, Comprobantes de Ingreso y Egresos con respaldo, Estados Financieros y Dictamen de la gestión 2010, Libros de Contabilidad Diarios y Mayores).

2. El contribuyente OMSA SA. mediante nota OMSA 894/2013, de 25 de septiembre de 2013, solicitó ampliación de plazo para la presentación de los documentos requeridos, otorgándosele un plazo de cinco días al efecto, siendo recepcionada la documentación el 9 de octubre del mismo año, consistentes en Declaraciones Juradas del IVA e IT, Libros de Compra y Ventas IVA, Notas Fiscales de respaldo al Débito y Crédito Fiscal, Extractos Bancarios, Comprobantes de Ingreso y Egresos, Estados Financieros y Dictamen de la Gestión 2010, Libros de Contabilidad Diarios y Mayores, formularios de solicitud de CEDEIM, pólizas de exportación, documentos de respaldo a las exportaciones, medios fehacientes de pago por compras mayores a 50.000 UFV, gastos de realización, estructura de costos del producto exportado, detalle de las facturas comprometidas del período solicitado.

3. Mediante Informe CITE: SIN/GDOR/DFNE/INF/249/2013 de 23 de diciembre de 2013, la Administración Tributaria señala que el contribuyente solicita la devolución del crédito fiscal IVA de exportación, con componente de regalía minera, en contravención del Decreto

Supremo 25465, observando las facturas con error de emisión y vinculación a la actividad gravada, determinando una deuda tributaria de 101.545 UFV equivalente a Bs. 192.652 incluyendo el importe indebidamente devuelto, intereses y sanción por la conducta.

4. A través de la Resolución Administrativa CEDEIM Posterior N°21-00002-14, de 31 de diciembre de 2013, la Administración Tributaria estableció una deuda tributaria de 61.012 UFV equivalente a Bs. 115.920.- que incluye el tributo omitido, interés y sanción por la conducta.

5. Planteado el recurso de alzada, la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria La Paz por Resolución ARIT-LPZ/RA 0406/2014 de 5 de mayo, dispuso revocar parcialmente la Resolución Administrativa CEDEIM Posterior N°21-00002-14, de 31 de diciembre de 2013.

6. Contra esta determinación, tanto la contribuyente OMSA SA. como la Gerencia Distrital Oruro del Servicio de Impuestos Nacionales interpusieron recursos jerárquicos, resueltos por la Autoridad de Impugnación Tributaría a través de la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1079/2014 de 21 de julio, por la que confirmó la resolución de recurso de alzada.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

De los argumentos planteados por la entidad demandante, se establece como punto de controversia a resolver, el siguiente:

Si la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1079/2014 de 21 de julio contraviene el art. 4-IV inc. b) del DS N°29577, a raíz de que la regalía minera no forma parte del importe facturado, que implicaría la aplicación del IVA sobre la misma, resultando en consecuencia inválidos los medios fehacientes de pago presentados por el contribuyente.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Realizada la puntualización precedente, corresponde determinar que se entiende por "Regalía Minera" o qué concepto debe darse a ésta, es así que Regalía Minera es una contra prestación económica establecida por ley, mediante la cual los titulares (también cesionarios) de concesiones mineras están obligados a pagar mensualmente al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos.

Es en la Ley N°3787 de 24 de noviembre de 2007, que en su art. 1°, dispone la sustitución del Título VIII del Libro Primero de la Ley N°1777 (Código de Minería), de 17 de marzo de 1997; para determinar que: "(...) Art. 96. Quienes realicen las actividades mineras indicadas en el Artículo 25 del presente Código, están sujetos al pago de una Regalía Minera (RM) conforme a lo establecido en el presente título. La RM no alcanza a las manufacturas y productos industrializados a base de minerales y metales (..)".

También con la misma Ley, es modificado el arto 97 del Código de Minería, estableciendo como nuevo texto: "articulo 97.- La base de cálculo de la Regalía Minera es el valor bruto de venta. Se entiende por valor bruto de venta el monto que resulte de multiplicar el peso del contenido fino del mineral o metal por su cotización oficial en dólares comentes de los Estados Unidos de América. La cotización oficial, es el promedio aritmético quincenal determinado por el Poder Ejecutivo en base a la menor de las cotizaciones diarias por transacciones al contado registradas en la bolsa de metales de Londres o en su defecto en otras bolsas internacionales de metales o en publicaciones especializadas de reconocido prestigio internacional, según reglamento, A falta de cotización oficial para algún mineral o

metal, el valor bruto de venta es el valor consignado en la factura de venta, Declaración Única de Exportación o documento equivalente".

Dentro de este mismo marco legal, es el DS N°29577 de 21 de mayo de 2008, que en su art. 4.1, establece que la base de cálculo de la Regalía Minera es el valor bruto de venta consignado en la factura comercial Declaración Única de Exportación o documento equivalente, siendo el art. 12 del mismo Decreto Supremo, dispone que en caso de operaciones de venta en el mercado interno —como el caso de autos—, los compradores de metales y minerales (OMSA), tienen la obligación de retener el importe de la Regalía Minera liquidada por los proveedores (Los vendedores COMIBOL, Grupo Minero Bajadería, Empresa Minera Barrosquira Ltda.).

Asimismo, respecto a la base imponible del IVA, debe tenerse presente que el art, 5 de la Ley N°843, establece que la base imponible del IVA es el precio neto de venta que resulta de deducir del precio total las bonificaciones y descuentos y el valor de los envases, valor sobre el cual el proveedor o vendedor debe emitir la factura y debe incluirse el impuesto sin mostrarse por separado, mientras que el comprador tendrá derecho al crédito fiscal IVA sobre la misma factura en tanto y en cuento cumpla con los requisitos exigidos por el art. 8 de la mencionada Ley, es decir: a) Estar respaldado con la factura original o documento equivalente, b) Que se encuentre vinculado a la actividad gravada y c) Que la transacción se haya realizado efectivamente. De lo expresado entonces se concluyen dos aspectos importantes a saber: 1) El proveedor o vendedor emitirá la factura incluyendo el impuesto, 2) El comprador tiene derecho en relación a la misma factura siempre y cuando cumpla con los tres requisitos de validez que exige la norma.

El caso de autos, no correspondía que los vendedores o proveedores del mineral incluyan el valor que corresponde a la regalía minera, en el precio neto de la venta, disponiendo la norma citada en el párrafo precedente que el IVA sea parte del precio neto de la venta y que este impuesto sea el que sea devuelto al exportador a través precisamente de las solicitudes de devolución impositiva vía los CEDEIM's sean previos o posteriores. Dicho de otro modo, en caso de venta de minerales regidos para su comercialización por cotizaciones internacionales conforme previsión del art. 97 del Código de Minería modificado Ley N°3787 de 24 de noviembre de 2007 (bolsa de metales de Londres o en su defecto en otras bolsas internacionales de metales) que fue glosado párrafos precedentes, el vendedor debe incluir el IVA para su facturación, mientras que la RM debe ser calculada sobre la base del valor bruto de venta, sin la aplicación del IVA y Regalía Minera que son calculados por separado.

De igual forma, la administración tributaria mediante la Resolución Administrativa CEDEIM POSTERIOR 21-00002-14 de 31 de diciembre de 2013 (fs. 829 a 835 del Anexo 8), determinó: "...las obligaciones impositivas del sujeto pasivo (…) en la suma de 51.699 UFVs, equivalente la fecha de su emisión, Bs. 98.226, correspondiente al IVA del periodo de octubre de 2010 que comprende el tributo omitido e intereses de ley en aplicación de los arts. 47 y 128 de la Ley 2492, asimismo por concepto de mantenimiento de valor de/importe inmediatamente devuelto el cual fue calculado desde el último día hábil del periodo en el que fue comprometido hasta el último día hábil del periodo anterior en el que se entregaron los títulos valores, que es actualizado con mantenimiento de valor e interés a la fecha de emisión de la resolución por un importe de 9.313 UFV's equivalente a Bs. 17.693 correspondiente al IVA por el periodo fiscal octubre de 2010 en aplicación del art. 19 de la resolución normativa

de directorio 100037-07 de 14 de diciembre de 2007 (...)", habiendo observado que las facturas fueron declaradas en un periodo posterior, con domicilio fiscal diferente al registrado y al no estar vinculada a la actividad exportadora, como medios fehacientes de pago y que las facturas de compra de mineral no se encuentran respaldadas en su totalidad.

Ahora bien, considerando las previsiones del citado art. 4.1 del Decreto Supremo N°29577, se tiene presente que las compras realizadas por el contribuyente, se tratan de concentrados de estaño cuya comercialización es regida a una cotización oficial cuyo promedio aritmético quincenal se encuentra en base de la menor de las cotizaciones diarias por transacciones al contado registradas en el London Metal Exchange como un indicador que es considerado para la determinación del valor bruto de venta, para la determinación a su vez, del impuesto IVA y la base del cálculo de la regalía minera.

Estos últimos fueron advertidos por el sujeto pasivo en las liquidaciones finales donde se desprende del valor neto como base para la facturación (IVA) y el cálculo de la regalía minera sobre el valor bruto de la venta, de donde se establecerá el saldo que se le deba pagar.

Adicionalmente el contribuyente al solicitar la devolución impositiva también pidió los medios fehacientes de pago por las compras mayores a 50.000 UFV para lo cual presentó los cuadros (medios fehacientes de pago del periodo de octubre de 2010 y el detalle documentos fehacientes) donde plasma una relación entre el importe de la factura y los medios fehacientes de pago como los comprobantes de egreso y cheques, donde no se advierte la inclusión del importe de la regalía minera como confunde la administración tributaria, ya que las liquidaciones realizadas demuestran que el valor neto sobre los que se aplicó la alícuota del IVA no consideró el valor de la regalía minera que se efectúa de forma separada. Razones por las que la normativa cuya contravención se denuncia a través de la presente demanda (art. 4.1, II Y III del DS 29577) no son aplicables al caso de autos, habiéndose acreditado que la regalía minera no forma parte del importe facturado, constituyendo simples retenciones del vendedor.

Por la fundamentación que antecede, se concluye entonces que, en la base del cálculo para el importe total facturado, no incluye el monto de la RM retenida, menos se puede hablar de la aplicación del IVA sobre la regalía minera, por lo que corresponde negar la pretensión del demandante, aspecto sobre el que la AGIT decidió en correcta aplicación de las normas y disposiciones legales en la que se funda. En cuanto a la validez de las facturas que no se encontraban debidamente respaldadas por medios fehaciente de pago, en primer término, debe existir una comprensión sobre lo que se entiende por "Medio fehaciente de pago". El Diccionario de la Lengua Española, señala que fehaciente significa que hace fe, que es fidedigno. Ahora bien, en materia de acreditar, dar fe de las transacciones que generan crédito fiscal, tanto el Tribunal Supremo como la Autoridad Jerárquica, han asumido que: 1) debe existir factura original; 2) debe existir vinculación entre la transacción y la actividad gravada; y 3) que la transacción se haya realizado efectivamente; ello conforme a las previsiones legales de los arts. 4 y 8 de la Ley 843 y8 del DS 21530.

Sobre el tercer requisito, se' tiene que el art. 37 del DS 27310 (con la modificación dispuesta por el DS 27874), vigente para el caso, señala que las compras por importes mayores a 50.000 UFV, deben ser acreditadas por el sujeto pasivo o tercero responsable a través de medios fehacientes de pago para que la Administración Tributaria reconozca el crédito correspondiente. A partir del 19 de enero de 2011, fecha de emisión del DS 0772, el

citado artículo 37 fue reemplazado con el siguiente texto: "Se establece el monto mínimo de Bs. 50.000 a partir del cual todo pago por operaciones de compra y venta de bienes y servicios, debe estar respaldado ton documento emitido por una entidad de intermediación financiera regulada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFL La obligación de respaldar el pago con la documentación emitida por entidades de intermediación financiera, debe ser por el valor total de cada transacción, independientemente a que sea al contado, al crédito o se realice mediante pagos parciales, de acuerdo al reglamento que establezca el Servicio de Impuestos Nacionales y la Aduana Nacional, en el ámbito de sus atribuciones."

Ahora bien, en el marco de la normativa vigente en el momento de la transacción, la Administración Tributaria controvierte la decisión de la AGIT de considerar acreditado el medio fehaciente de pago de las facturas observadas por el ente recaudador; es decir, observó que las Facturas Nos. 490, 10091 Y 13578 donde la administración tributaria determinó una diferencia de Bs. 620.805.45 depurando el crédito fiscal de Bs. 80.705, corresponde la validez del pago por regalía minera, por consiguiente, con relación a la factura N°490, la administración tributaría observó Bs. 73.370,80 de crédito fiscal, importe que no incluye la regalía minera efectivamente pagada, teniendo presente como medio de pago la regalía minera de los lotes de la factura, siendo el importe del crédito fiscal observado de Bs. 14.605 y, por las facturas N°13578 y 10091 se desprende que fue considerado el pago de la regalía minera encontrados en ambas facturas respaldadas con medios fehacientes de pago, cabe aclarar que el tema de respaldar las facturas con estos medios fehacientes de pago, se encuentra íntimamente ligado con los requisitos de validez de las facturas establecidos en el art. 8 de la Ley 843 que fue ampliamente especificado con carácter previo, reiterando entonces que resulta claro que, tanto el sujeto pasivo o tercero responsable, para beneficiarse con el cómputo del crédito fiscal IVA, producto de las transacciones que declara, debe cumplir y demostrar la realización efectiva de la transacción, precisamente con un medio fehaciente de pago.

Consecuentemente, este Tribunal Supremo de Justicia no encuentra mérito alguno para conceder razón a la parte demandante habida cuenta que la AGIT no vulneró ningún precepto legal a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico en sede administrativa.

CONCLUSIONES.

En el marco de la fundamentación jurídica precedente, de las pretensiones deducidas en la demanda y la contestación, se advierte que la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ N°1079/2014 de 21 de julio, fue emitida en cumplimiento de la normativa legal citada, puesto que la AGIT efectuó una correcta y precisa aplicación de las normas tributarias desarrolladas, aplicables al presente caso conforme a los argumentos expuestos, por lo cual no existe razón legal alguna que motive dejar sin efecto la Resolución Jerárquica ahora impugnada. POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, arts. 778 al 781 del CPC de 1975 y, en virtud de los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa de fs. 45 a 50, interpuesta por la Gerencia Distrital Oruro del Servicio de Impuestos Nacionales, en consecuencia, se mantiene firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ N°1079/2014 de 21 de julio emitida por la AGIT.

Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.

Relator: Magistrado Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 20 de noviembre de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

36

Empresa “S y R” Internacional S.R.L. c/ Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional (COFADENA)

Contencioso Administrativo

Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

Pronunciada dentro del proceso Contencioso interpuesto por Jacqueline Romero Padilla en representación legal de la Empresa "S y R" Internacional S.R.L., contra la Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional (COFADENA), quien asumió los activos y pasivos del Comando de Ingeniería del Ejército, sobre cumplimiento de contrato, más pago de daños y perjuicios.

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda Contenciosa de Cumplimiento de Obligación de fs. 29 a 31 vta., interpuesta por Jacqueline Romero Padilla en representación legal de la Empresa "S y R" Internacional S.R.L., contra el Comando de Ingeniería del Ejército, Comando General del Ejército, Ministerio de Defensa Nacional y la Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional (COFADENA); la respuesta negativa a la demanda de fs. 360 a 363; los antecedentes del proceso, y;

I.- ANTECEDENTES DEL PROCESO:

Contenido de la Demanda.

La Empresa "S y R" Internacional SRL, señaló que el Comando de Ingeniería del Ejército en cumplimiento del art. 244 de la Constitución Política del Estado, encara trabajos de infraestructura caminera, aeroportuaria y otras de su especialidad en todo el territorio nacional, a través de contratos suscritos con los Gobiernos Autónomos Departamentales y Municipales; en ese marco institucional, el Comando de Ingeniería del Ejército, representado legalmente por el Cnl. DAEN Henry Omar Ortiz Mercado, bajo la tuición del Comandante General del Ejército, Gral. Brig. Gustavo A. Sandoval Espinoza, dentro de la modalidad de Apoyo Nacional a la Producción y Empleo (ANPE), en proceso realizado bajo las normas y regulaciones de contratación establecidas en el Decreto Supremo N°0081 de 29 de junio de 2009, y otras que rigen la materia, luego de concluir el proceso de contratación de provisión de gaviones y colocado de tachas reflectivas, provisión y colocado de señalización vertical y demarcación de fajas amarillas y blancas en el camino asfaltado Puna-Belén, con base al informe de la comisión de calificación N°9 de 5 de junio de 2012; adjudicó el Item N°2, Provisión y Colocado de Tachas Reflectivas a la Empresa "S y R" International S.R.L., por el monto total de Bs. 168.000, a cancelarse contra entregas parciales, según planilla de avance de obra, previo informe y certificado de pago debidamente firmado por el superintendente de obra, conviniéndose el plazo de ejecución de la obra de 30 días calendario, a partir de la emisión de la Orden de Proceder por parte del Superintendente de Obra, conforme se acredita del contrato de 19 de junio de 2012, AS. JUR. PUNABELEN N°13/12.

Agregó que, conforme la documental presentada el 30 de noviembre de 2012, se procedió a la entrega definitiva de la obra con la provisión y colocado de tachas reflectivas en el camino asfaltado Puna-Belén, suscribiéndose la correspondiente acta de entrega entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa "S y R" International SRL; y como consecuencia de esta entrega el Comando de Ingeniería, el 18 de junio de 2013, realizó un pago a cuenta de Bs. 80.000, quedando un saldo por pagar de Bs. 88.000, conforme al contrato suscrito al efecto.

Petitorio.

Concluyó solicitando el cumplimiento de la obligación de pago, en la suma de Bs. 88.000; a este efecto, pide se dicte Auto Supremo declarando probada la demanda se disponga que el Comando de Ingeniería del Ejército pague la suma adeudada a tercero día, más daños y perjuicios, con costas.

Admisión de la demanda.

Por decreto de 9 de agosto de 2018, se admite la demanda contenciosa de conformidad al art. 775 del Código de Procedimiento Civil (CPC), ordenando se corra traslado al Ministerio de Defensa Nacional, Comando General del Ejército, Comando de Ingeniería del Ejército y a la Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional COFADENA.

Excepciones previas y resolución.

Por memorial de fs. 413 a 417, se apersonó el Gral. de Ejército Williams Carlos Kaliman Romero, a través de sus representantes legales opuso excepción previa de impersonería y respondió en forma negativa a la demanda. En ese sentido, refirió que el Comando General del Ejército, no es ni fue parte del contrato. y no contrajo ninguna obligación con la empresa demandante. Agregó que según el Decreto Supremo N°28631, el

Comando de Ingeniería del Ejército es una Institución Pública Descentralizada, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y legal propia, por lo que los recursos económicos generados, y de los diferentes actos realizados como los contratos suscritos, no son de conocimiento y responsabilidad del Comando General del Ejército.

Manifestó que el Decreto Supremo N°1256 de 13 de junio de 2012, crea la empresa pública estratégica denominada "Empresa de Construcciones del Ejército", determinando su naturaleza jurídica, finalidad, actividades, fuentes de financiamiento y conformación de Directorio. Asimismo, se dispuso el proceso de cierre y liquidación del Comando de Ingeniería del Ejercito, realizando la entrega de activos a la Empresa de Construcciones del Ejército, estableciéndose además condiciones legales para su cierre y liquidación en el plazo de dos años, a partir de la fecha de publicación del Decreto Supremo citado, habiéndose incumplido el mismo; el Comando General del Ejército, no recepcionó documentación referente al cumplimiento efectivo del Decreto Supremo N°1256, por lo que no asumió, los pasivos remanentes y procesos legales pendientes, careciendo de responsabilidad el realizar cualquier pago derivado del Comando de Ingeniería del Ejército.

Añadió que el Decreto Supremo N°2507 de 2 de septiembre de 2015, en su art. 7, precisa el proceso de cierre del Comando de Ingeniería del Ejército, así como la transferencia de sus activos que no fueron traspasados a la Empresa de Construcciones del Ejército y que serán transferidos en un plazo máximo de 15 días hábiles a la Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional COFADENA, así como los pasivos aduaneros, tributarios, laborales, sociales, contractuales y procesos legales pendientes del Comando de Ingeniería del Ejército.

En ese contexto, solicita se declare probada la excepción de impersonería y se separe del proceso al Comando General del Ejército

Por memorial de fs. 426 a 442, se apersonó el Ministerio de Defensa representado legalmente por Cristóbal Torrico Camacho y Jaime Placido Herrera Calderón, interponiendo excepción previa de impersonería o falta de legitimación pasiva, manifestando que el Comando de Ingeniería del Ejercito es una entidad pública descentralizada y que goza de autonomía de gestión administrativa, financiera, legal y técnica; y, que según el Decreto Supremo N°28631 el Ministerio de Defensa únicamente ejerce tuición sobre dicha entidad, es decir, control externo posterior a través de auditorías. Por lo que puntualizó que el Ministerio de Defensa no suscribió el contrato de provisión de tachas reflectivas, no siendo parte del aludido contrato, solicita se declare probada la excepción de impersonería o falta de legitimación pasiva y por consiguiente se excluya al Ministerio de Defensa del proceso en cuestión.

La Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional COFADENA, mediante su representante legal Winston Ovidio Santos Canazas, por memorial de fs. 307 a 310, en aplicación de los arts. 345 y 346 en relación al art. 777 del CPC, planteó su rechazo a la demanda y en el otrosí I, formuló excepción perentoria de falta de legitimación pasiva conforme el art. 342 del citado Código, fundamentando que la capacidad de las partes es un presupuesto de la relación jurídica, lo cual explica que la ley permita examinarla antes de que el juez se aboque al conocimiento de las cuestiones de fondo, en caso de que este falte, la relación es nula y la sentencia carecería de eficacia jurídica. En todo el proceso se requiere, para su constitución regular, que los actores posean la legitimación procesal para actuar. Por

consiguiente, la falta de legitimación para obrar, tiene por objeto poner de manifiesto que alguna de las partes no tiene derecho a demandar o ser demandado.

En el caso invoca el DS N°1256 de 13 de junio de 2012, que en su capítulo II art. 9, establece el proceso de cierre del Comando de Ingeniería del Ejército, al señalar que: "Se dispone el inicio del proceso de cierre del comando de Ingeniería del Ejército, según las condiciones y dentro de los plazos establecidos en el presente Decreto Supremo, debiendo cumplirse con las disposiciones que rigen el ordenamiento legal, económico, financiero y administrativo del Estado Plurinacional de Bolivia".

Norma que es concordante con el art. 11.1 del citado Decreto Supremo, que establece que el cierre y liquidación del Comando de Ingeniería del Ejército, se efectuará en el plazo de dos años a partir de la fecha de publicación del referido cuerpo normativo, por lo que el mismo debió concretarse el 13 de junio de 2014; quedando claro y evidente que el Comando de Ingeniería del Ejército, operó el inicio de su cierre con la emisión del DS N°1256 el 13 de junio de 2012, debiendo culminar el proceso de cierre y liquidación el 13 de junio del 2014, fecha en la cual se extinguió su personería jurídica. En ese sentido, formuló la excepción perentoria de falta de legitimidad pasiva, pidiendo se declare probada en todas sus partes.

Contestación a las excepciones opuestas.

Que por memorial cursante a fs. 512 a 513 vta., la empresa demandante a través de su representante legal contestó las excepciones opuestas, solicitando se prosiga el proceso contencioso de cumplimiento de obligación contra la Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional - COFADENA, en mérito a lo establecido en el art. 7.IV del Decreto Supremo N°2507 de 2 de septiembre de 2015.

Resolución

Mediante Resolución N°23/2019, de 20 de febrero, emitida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia cursante de fs. 514 a 516, se declaró PROBADAS las excepciones de impersonería planteadas por el Comando General del Ejército y por el Ministerio de Defensa Nacional, disponiéndose su apartamiento del presente proceso, debiendo continuarse con el trámite del proceso contra COFADENA.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

Mediante memorial de fs. 360 a 363, Winston Ovidio Santos Canazas, en mérito a Testimonio N°115/2018 de Poder Especial, amplio y suficiente, se apersonó en representación de la Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional COFADENA, en aplicación de los arts. 345 y 346 en relación al art. 777 del CPC, planteó su rechazo a la demanda, señalando que la parte demandante pretende el pago de una supuesta deuda por el extinto Comando de Ingeniería del Ejército a la empresa SERTRACOM, presumiblemente por el cumplimiento de algunos de los 10 contratos suscritos con el citado comando.

Adujo que en virtud al Decreto Supremo N°2507 de 2 de septiembre de 2015, en su art. 7 establece la conclusión de cierre del Comando de Ingeniería del Ejército y en su parágrafo IV, establece "todos los pasivos aduaneros, tributarios, laborales, sociales, contractuales y procesos legales pendientes del comando de Ingeniería del Ejército, generados hasta su cierre, serán asumidos por la COFADENA", en ese sentido, en mérito a dicho D.S. la mencionada corporación asume todos los pasivos contractuales así como los

procesos legales pendientes del extinto Comando de Ingeniería del Ejército, que se hubiesen generado hasta su cierre.

De la documentación adjunta el contrato de prestación de servicios, el acta de entrega definitiva, planilla de avance de ejecución de obra, nota de 23 de abril de 2013 referente a la obligación pendiente de pago, factura y cheque; refirió que de la revisión de la documentación presentada por la Empresa S y R Internacional SRL sobre el contrato suscrito con el ex Comando de Ingeniería del Ejército, establece que el acta de entrega definitiva se realiza el 30 de noviembre de 2012, con el que se evidencia la entrega, asimismo la única nota que fue enviada por la empresa al entonces Comando de Ingeniería del Ejército, es del 23 de abril de 2013, referente a la obligación pendiente de pago, en la misma nota no reflejan o señalan el monto presumiblemente adeudado por el mencionado comando, tan solo hace referencia al contrato, al monto del contrato y al objeto del contrato, por lo que no se puede evidenciar ninguna obligación pendiente de pago a la empresa demandante.

Señaló que con la finalidad de tener certeza y convicción de la pretensión de la parte actora, se requirió información documentada a instancias del Encargado de Liquidaciones y Archivo Central, consistente en el informe del encargado de liquidaciones de COFADENA, cuyo punto 3 en su análisis, esgrime que de la revisión de los estados financieros del ex Comando de Ingeniería del Ejército, la presunta deuda con la empresa "S y R Internacional S.R.L.", no se encuentra registrada, asimismo en el punto 4.- Conclusiones, señala que al no estar reflejada la deuda en los Estados Financieros del ex Comando de Ingeniería del Ejército, no se puede pagar el monto solicitado por la empresa demandante.

Por otra parte, la documentación extraída de los estados financieros del ex Comando de Ingeniería del Ejército al 31 de diciembre de 2014, tanto en las cuentas por pagar a los contratistas, otras cuentas por pagar y cuentas por pagar a proveedores, no refleja ni registra cuenta pendiente por pagar a la empresa "S y R Internacional S.R.L."

Asimismo, por la documentación remitida por la encargada de archivo central de COFADENA, sobre el estado de cuentas procesado por la Sección Administrativa Financiera del Comando de Ingeniería del Ejército con relación a las cuentas por pagar a los proveedores, otras cuentas por pagar y cuenta por pagar a contratistas, no refleja en ninguna de las cuentas por pagar como deuda pendiente de pago a la empresa "S y R Internacional S.R.L."

Petitorio.

Solicitó que se declare IMPROBADA EN TODAS SUS PARTES LA DEMANDA CONTENCIOSA interpuesta por la empresa "S y R Internacional S.R.L."

Calificación del proceso.

Continuando el trámite del proceso, mediante providencia de 7 de agosto de 2019, cursante a fs. 546, al amparo del art. 353 del CPC y 777 concordante con el art. 354.1 del referido cuerpo normativo, se calificó el presente proceso como contencioso de hecho, abriéndose un término de prueba de 30 días, ordenándose los siguientes puntos a probar.

La empresa actora debe probar que:

Seis meses después de suscrito el Acta de Entrega Definitiva del Ítem N°2, de provisión de tachas reflectivas, el Comando de Ingeniería del Ejército sólo hizo el pago parcial de Bs. 80.000, restando un saldo de Bs. 88.000.

La parte demandada, deberá probar que:

No tiene ninguna obligación pendiente de pago con la empresa "S y R Internacional S.R.L."

RELACION PROCESAL:

Vencimiento del plazo probatorio y decreto de autos.

Vencido el término probatorio, se clausuró por decreto de 12 de septiembre de 2019 cursante a fs. 672, aperturándose el plazo de 8 días comunes para presentar las partes sus conclusiones; y, mediante providencia de 30 de septiembre de 2019, cursante a fs. 682, se decretó Autos para Sentencia, habiéndose cumplido todos los trámites y formalidades para su emisión.

Prueba de cargo aportada por la empresa demandante.

Conforme al art. 330 del CPC, vigente por mandato de la Disposición Final Tercera del Código Procesal Civil, se adjuntó la siguiente prueba documental:

Fs. 15 a 21 contrato de provisión de tachas reflectivas ASJUR.PUNA-BELEN N°13/12

Fs. 22 fotocopia simple de acta de entrega definitiva.

Fs. 23 fotocopia simple de planilla de avance de ejecución de obra.

Fs. 24 nota de 23 de abril de 2013, dirigida al Comando de Ingeniería del Ejército, solicitando el pago por el cumplimiento de la provisión, entrega y colocado de los bienes contratados de 6.000 unidades de tachas reflectivas para el proyecto, camino asfaltado Puna-Belén, por un monto de Bs. 168.000.

Fs. 25 fotocopia simple de factura N°913 de 18 de junio de 2013, por pago de Bs. 80.000 emitida a favor del Comando de Ingeniería del Ejército, con NIT 1019249020.

Fs. 26 fotocopia simple de Cheque N°0004852, del Banco Unión por la suma de Bs. 80.000 de 1 de julio de 2013.

Prueba de descargo.

Por su parte la Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional — COFADENA como entidad demandada, por memorial de fs. 667 a 671, ofreció la siguiente prueba:

Fs. 570 a 574 Decreto Supremo N°1256 de 13 de junio de 2012.

Fs. 575 a 599 Decreto Supremo N°27328 de 31 de enero de 2004.

Fs. 600 a 606 Copia legalizada del Contrato ASJUR.PUNA-BELEN N°13/12 de 19 de junio de 2012.

Fs. 607, Copia legalizada de planilla de avance de ejecución de obra, colocado de tachas de color blanco — blanco amarillo en camino asfaltado Puna Belén.

Fs. 608, Copia legalizada de Acta de Entrega Definitiva.

Fs. 609 a 656, Guía Boliviana de Fiscalización de Obras.

Fs. 657, Acta de recepción provisional en el proyecto construcción camino asfaltado Puna—Belén, emitida por el Gobierno Autónomo Departamental de Potosí.

Fs. 658 a 664, Certificación CITE COFADENA —DAF/LIQU 0017/2019 de 10 de septiembre, y estado de cuentas por pagar del Comando de Ingeniería del Ejército.

Fs. 665, Copia de memorándum al My. DIM Ángel Molina Vásquez, en el cargo de Jefe de Proyecto.

Fs. 666, Copia de memorándum al Tcnl. DIM Marcos Dante Villegas Flores, en el cargo de Superintendente de Obras.

Conclusiones de ambas partes.

A fs. 674 a 676, Lía Raquel Ruiz Canaviri, representante legal de COFADENA presentó conclusiones manifestando que por mandato del DS N°2507, COFADENA tomó conocimiento de los procesos legales que se instauraron contra el ex Comando de Ingeniería del Ejército; en ese marco, respondió a la demanda y presentó los descargos correspondientes.

Adujo que el contrato AS. JUR. PUNA-BELEN N°13/12 de 19 de junio de 2012 celebrado con la Empresa S Y R Internacional S. R. L., para la provisión y colocado de tachas reflectivas en el Proyecto Camino Asfaltado Puna-Belén por el monto de Bs. 168.000, debió ser cancelado al cumplimiento de contrato.

Por otra parte, señaló que el contrato como bien lo determina la parte demandante "es un compromiso jurídico" y éste señala que el monto debería ser cancelado contra entregas parciales según planilla de avance de obra. Esgrimió que puede observarse en el contrato AS. JUR. PUNA-BELEN N°13/12 específicamente en el párrafo segundo de la cláusula novena (del Monto y Forma de Pago): "La ENTIDAD procederá al pago del monto contra entregas parciales, según Planilla de Avance de Obra, PREVIO INFORME Y CERTIFICADO DE PAGO DEBIDAMENE FIRMADO POR EL SUPERINTENDENTE DE OBRA Y REFRENDADO POR EL JEFE DE LA SECCIÓN III OPERACIONES". En ese sentido, el D.S. 27328 de 31 de enero de 2004, establece los lineamientos de los Procesos de Contratación de Bienes, Obras, Servicios Generales y de Consultoría, es así que la norma citada, señala en su art. 49 (NATURALEZA DEL CONTRATO Y CONDICIONES GENERALES): "Los contratos que suscriban las entidades públicas para la provisión de bienes, obras, servicios generales y de consultoría, son de naturaleza administrativa. (...) Las condiciones estándar del contrato deberán establecer derechos y obligaciones para ambas partes que sean justos y equitativos (...)". Conforme a la norma glosada, se infiere que el contrato establece claramente que la ENTIDAD procederá al pago del monto contra entregas parciales, según planilla de Avance de Obra y refrendado por el Jefe de Sección III Operaciones; en ese sentido, por las pruebas presentadas por la parte demandante el Acta de entrega Definitiva de 30 de noviembre de 2012, se encuentra refrendada solamente por el Supervisor de Obra (Ing. René Morales) y no así por el superintendente de Obra (Tcnl. DIM Marcos D. Villegas).

Resaltó que las ejecuciones de obras públicas conllevan una serie de requisitos, que reflejan el avance del trayecto en obra, tal cual señala la Guía Boliviana de Fiscalización de Obras, documento emitido por el Ministerio de Obras Públicas Servicios y Vivienda, que tiene por objetivo determinar funciones técnicas de los Fiscales de Obras, así como establecer preceptos y lineamiento a las instituciones públicas del Estado Plurinacional de Bolivia en cuanto a obras públicas; es decir, que es necesario contar con una Orden de Proceder,

además de contar con un Libro de Órdenes, Planillas de Avance, Acta de entrega Provisional y Acta de Entrega Definitiva.

Aclaró, que el Proyecto Camino Asfaltado Puna-Belén se llevó a cabo en la Provincia José María Linares, ira. Sección del Municipio de Puna en el Departamento de Potosí, con una longitud de 9.82 Km.; en ese sentido, consideró que el aprovisionamiento y el colocado de las tachas reflectivas debería ser a lo largo de todo el proyecto en un plazo no mayor a 30 treinta días calendario a partir de la Orden de Proceder tal cual lo señala la Cláusula Séptima del contrato; empero, la parte demandante sólo establece la existencia de un Acta de Entrega Definitiva y no demuestra documento que avale la Orden de Proceder emitida por el Superintendente de Obra, no adjunta Planillas de Avance de Obra ni Acta de Entrega Provisional. Añadió, que las Actas de Entrega Provisional o Definitiva deben ir siempre refrendadas, además de acuerdo al párrafo segundo de la Cláusula Novena, la entidad procederá al pago del monto contra entregas parciales, según planilla de avance de obra, previo informe y certificado de pago debidamente firmado por el Superintendente de Obra y refrendado por el Jefe de la Sección III Operaciones, se puede verificar el Acta de Entrega Definitiva de 30 de noviembre de 2012, sólo lleva las firmas del ing. Félix Santiago en representación de la Empresa S y R Internacional S.R.L. y el ing. René Morales en su calidad de Supervisor de Obra en representación del Comando de Ingeniería del Ejército; hecho que no llega a ser de cumplimiento total de la Cláusula Novena, pues como se puede constatar el ACTA NO SE ENCUENTRA NI FIRMADA POR EL SUPERINTENDENTE DE OBRA, NI REFRENDADA POR EL JEFE DE LA SECCIÓN III OPERACIONES, hecho que invalida el cumplimiento del contrato y que no da fe de la aceptación total de la obra.

La Planilla de Avance de Ejecución de Obra señala que el 15 de noviembre de 2012, aún faltaban tramos por pintar de la franja blanca, además es necesario resaltar que la planilla sólo se encontraba firmada por el responsable del colocado de tachas (ing. Félix Santiago) y por el supervisor de obra (ing. René Morales) y no así por el superintendente de obras (Tcnl. DIM Marcos D. Villegas), hecho que demuestra la inconformidad de la obra y el incumplimiento del contrato por parte del contratista.

Agrega que COFADENA demostró por la prueba presentada referente a informes de la unidad de liquidaciones y archivo, que tanto en los estados financieros del ex Comando de Ingeniería del Ejército al 31 de diciembre de 2014, como en las cuentas por pagar a los contratistas, otras cuentas por pagar y cuentas por pagar a proveedores, no reflejan ni registran ninguna cuenta por pagar a la Empresa S y R Internacional S.R.L. y/o al señor Franklin Dickson Román Arnez. Por lo que concluyó solicitando se declare IMPROBADA en todas sus partes la demanda contenciosa interpuesta por la empresa S y R Internacional S.R.L.

Por memorial de fs. 679 a 680 vta., la representante legal de la empresa demandante alegó conclusiones citando que el acta de entrega definitiva de fs. 22, nota de 23 de abril de obligación pendiente de pago de fs. 24, nota de compromiso de pago sección SD COMANING N°066/13 de 5 de junio de 2013 de fs. 543, suscrita por el comandante de Ingeniería del Ejército, Cnel. DAEN José Roberto Pabón Mercado, Cheque N°0004852 del único pago que realizó el Comando de Ingeniería del Ejército de Bs. 80.000 (50% del total acordado) de fs. 26 y factura N°913 emitida por la Empresa S y R Internacional S.R. L. a favor del Comando de Ingeniería del Ejército, por el único pago realizado por esta entidad, de Bs. 80.000 de fs. 25; demuestran fehacientemente que la empresa contratista dio fiel cumplimiento con la

totalidad del compromiso jurídico adquirido con el Comando de Ingeniería del Ejército a través del contrato de provisión y colocado de tachas reflectivas para el proyecto del camino asfaltado Puna-Belén ASJUR. PUNA-BELEN N°13/12 y que la entidad contratante, no cumplió con su parte del contrato, si no, sólo con el 50%, toda vez que el 1 de julio de 2013, realizó un pago parcial de Bs. 80.000, seis meses después de suscrito el Acta de entrega Definitiva del ítem N°2 de provisión de tachas reflectivas, restando un saldo de pago de Bs. 88.000.

Afirmó que los documentos referidos revelan cierta e inequívocamente que la empresa S y R Internacional S.R.L. dio fiel y estricto cumplimiento con su parte del contrato, destacando que el Acta de Entrega Definitiva, firmada en señal de conformidad, por el supervisor de obras del Comando de Ingeniería del Ejército, Ing. René Morales, previa verificación del personal del mismo comando, sin observación alguna, por lo que COFADENA, no puede afirmar incumplimiento de contrato por parte del proveedor, en base a simples suposiciones, aspectos formales y normativa inaplicable al caso, tratando de forzar una interpretación carente de objetividad; sino, a través de documentos idóneos, como un informe de observación o disconformidad que acrediten el supuesto incumplimiento en contra de la empresa, conforme el art. 39 del D.S. 0181.

Por otra parte, el cumplimiento del contrato por la empresa S y R Internacional S.R.L. está respaldado por la nota de compromiso de pago, Sección S.D. COMANING N°066/13 de 5 de junio de 2013 de fs. 543, donde el Cnl. DAEN José Roberto Pabón Mercado, Comandante de Ingeniería del Ejército y máxima autoridad, reconoce tener una deuda contraída con la empresa demandante, hecho que no podría haberse suscitado si la empresa no hubiera cumplido con su obligación de proveer y colocar las 6.000 tachas reflectivas de color blanco y blanco amarillo, como se desprende del acta de entrega definitiva y de la planilla de avance de ejecución de obras de fs. 23.

Destacó que la nota de compromiso de pago antes referida, tampoco menciona disconformidad o incumplimiento alguno por parte del CIE, habiendo sido enviada a la empresa contratista después de haberse entregado y suscrito el Acta de Entrega Definitiva y a raíz de las innumerables notas de solicitud y llamadas telefónicas que de manera formal realizó la empresa demandante al Comando de Ingeniería del ejército, al concluir con la ejecución de obra en su totalidad, como se puede verificar en la nota de 23 de abril de 2013 de fs. 24.

Señaló que la planilla de avance de ejecución de obras, extrañada por COFADENA, fue presentada conjuntamente la demanda a fs. 23, que hace una relación pormenorizada, por fechas de la ejecución de la obra hasta su conclusión. Por lo que, manifestar que existe ambigüedad con la fecha de entrega definitiva o declarar que el proyecto Puna-Belén sólo llegó a un 95% de avance demuestra una vez más las falsas acusaciones que hace COFADENA. Asimismo, los pagos debieron hacerse contra entrega parcial, resulta irrisorio, toda vez que hasta la fecha no se honró con esta obligación.

Añadió que COFADENA no demostró que el CIE no tiene obligación pendiente de pago con la empresa demandante, sino más bien reconoce por memorial de fs. 102 a 106, expresamente con argumentos forzados tratando de soslayar una obligación existente y cierta que el CIE, como se tiene demostrado, pues la entrega definitiva del trabajo consistente en la provisión y colocado de 6.000 tachas reflectivas de color blanco y blanco amarillo, conforme consta en el acta de entrega definitiva de fs. 22, firmada por el supervisor de obras del CIE

en señal de conformidad, previa verificación del personal del mismo CIE, sin observación alguna, pues no consta informe de disconformidad alguna que haya presentado COFADENA.

Mencionó que la certificación CITE: COFADENA.DAF/LIQU 001/2019 emitida en base a los informes de los estados financieros del CIE a la que hace referencia COFADENA, reflejan la poca seriedad e irresponsabilidad de las entidades del Estado con que llevaron el proceso de contratación, toda vez que en ningún momento se demostró el pago del monto demandado de Bs. 88.000 que se adeuda a la empresa, por lo que dicha certificación carece de veracidad.

Por lo relacionado y las pruebas presentadas se puede evidenciar que la empresa demandante sí, dio cumplimiento a la obligación asumida en el contrato suscrito con el CIE, empero éste no dio cumplimiento en su totalidad a su obligación contractual. Concluyó, solicitando se declare probada la demanda y se ordene el cumplimiento del pago de la obligación a COFADENA del saldo adeudado de Bs. 88.000 a favor de la empresa S y R Internacional S.R.L.

Del problema jurídico planteado

Se identificó que el punto en controversia en el presente proceso consiste en verificar el incumplimiento de la obligación de pago parcial de Bs. 88.000, derivado de la suscripción del contrato AS. JUR. PUNA-BELEN N°13/12 de 19 de junio de 2012, entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa S y R Internacional S.R.L., por la provisión, entrega y colocado de 6.000 unidades de tachas reflectivas para el proyecto camino asfaltado Puna Belén, por el monto total convenido de Bs.168.000, y si corresponde el resarcimiento de daños y perjuicios.

Análisis y evaluación fundamentada de la prueba de cargo y descargo

De la compulsa de los datos procesales como la valoración conjunta de los medios probatorios aportados al proceso por las partes en conflicto, se establecen como probados los siguientes hechos:

Hechos aceptados por ambas partes:

Ambas partes, tanto en la demanda como en la respuesta, aceptaron que:

1.-Todos los activos y pasivos del CIE, pasaron a cargo de COFADENA; por consiguiente, se establece que ésta última tiene plena legitimación pasiva para asumir las resultas del presente proceso, conforme prevé el art. 7.IV del D.S. N°2507 de 02 de septiembre de 2015.

2.-Evidentemente se suscribió entre el CIE y la Empresa S y R Internacional S.R.L., el Contrato Administrativo AS.JUR.PUNA-BELEN N°13/12 de 19 de junio de 2012, para la provisión, entrega y colocado de 6.000 unidades de tachas reflectivas para el proyecto camino asfaltado Puna Belén.

Hechos sobre los que existe controversia.

Que, cumplidos los actos procesales, para la decisión del presente proceso, este Tribunal concluye como hechos probados, además de los consentidos por las partes, descritos en el acápite que antecede, los siguientes:

• Que es evidente que la Empresa S y R Internacional S.R.L., cumplió el contrato AS. JUR. PUNA-BELEN N°13/12 de 19 de junio de 2012, para la provisión, entrega y colocado de

6.000 unidades de tachas reflectivas para el proyecto camino asfaltado Puna-Belén del departamento de Potosí, conforme demuestran los documentos de fs. 15 a 27 presentados por el actor y el acta de recepción provisional firmado por personeros del Gobierno Autónomo Departamental de Potosí de fs. 657 de obrados.

• Respecto de los daños y perjuicios ocasionados, al ser evidente el incumplimiento de la entidad demandada para efectuar los pagos reclamados, corresponde que éstos sean reconocidos; empero, no cursa en obrados un elemento probatorio que determine su cuantía, conforme exige el art. 345 del CC, porque no se demostró el daño emergente y el lucro cesante y en aplicación de los arts. 414 y 568 del CC, con relación al 39 de la Ley N°1178, corresponde asignar un interés legal del 6% (seis por ciento) anual, al tratarse de sumas líquidas y exigibles, más el mantenimiento de valor de los activos financieros en moneda nacional establecidos por el Banco Central de Bolivia, cuyos importes deberán ser liquidados en ejecución de sentencia, previa identificación de la cuantía de ese mantenimiento.

Hechos no probados:

No se probó el pago del saldo de Bs. 88.000 emergente del contrato AS. JUR. PUNA-BELEN N°13/12 de 19 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.

Previo a ingresar a la solución del problema jurídico planteado, corresponde realizar algunas consideraciones de orden normativo y jurisprudencial.

Competencia del Tribunal Supremo de Justicia.

Respecto a la competencia de este Tribunal para resolver procesos Contenciosos, es necesario partir de lo que instituye la Constitución Política del Estado, que en su art. 108, impone el deber de "Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes", precepto constitucional que hace referencia al principio de legalidad previsto en el art. 180. I de la misma norma fundamental. Consiguientemente, toda autoridad jurisdiccional que deba emitir una resolución definitiva en un caso concreto, debe dar cumplimiento a dicho principio, que fue definido en el art. 30.6 de la Ley N°025 del Órgano Judicial como: "LEGALIDAD. Con sujeción a la Constitución Política del Estado, constituye el hecho de que el administrador de justicia, esté sometido a la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas".

De igual manera, corresponde recordar la promulgación de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, cuyo objeto fue la de: "...crear en la estructura del Tribunal Supremo de Justicia y en los Tribunales Departamentales, Salas en materia Contenciosa y Contenciosa Administrativa, estableciendo sus atribuciones previsión que tiene concordancia con el art. 775 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "En todos los casos en que existiere contención emergente de los contratos, negociaciones o concesiones del Poder Ejecutivo, conforme a previsiones pertinentes de la Constitución Política del Estado, se presentará la demanda ante la Corte Suprema de Justicia con los requisitos señalados en el art. 327". En ese sentido, se estableció que para la tramitación de los procesos Contenciosos y Contenciosos Administrativos, se aplicarán los arts. 775 al 781 de la norma adjetiva civil de 1975, hasta que sean regulados por Ley como jurisdicción especializada, conforme se infiere de la Disposición Final Tercera de la Ley N°439 de 19 de noviembre de 2013, "Código Procesal Civil".

En virtud de lo anterior y en estricto apego al principio de legalidad, se asume que la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, tiene competencia para resolver las

demandas contenciosas, emergentes de los contratos, negociaciones y concesiones del Órgano Ejecutivo, mientras no se promulgue una Ley especial que disponga lo contrario, asumiéndose la correcta tramitación del presente caso a través del proceso contencioso.

Que la pretensión de la parte actora es el cumplimiento de pago, derivado del contrato AS. JUR. PUNA-BELEN N°13/12 de 19 de junio de 2012, para la provisión y colocado de tachas reflectivas en el camino asfaltado Puna-Belén, suscrito entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la empresa "S y R Internacional SRL", representada por Diego Fernando Román Palacios.

De los contratos administrativos

Por otro lado, debe dejarse establecido que, si bien un contrato puede definirse como el acuerdo de voluntades generador de obligaciones de contenido patrimonial, definición que es aplicable tanto a los contratos de Derecho Privado como a los de Derecho Público; sin embargo, ello no supone que el contrato de naturaleza privada sea exactamente igual al de naturaleza pública.

Al respecto, Miguel Ángel Bercaitz, citado por Juan Carlos Cassagne, en la obra "Contratos Administrativos", precisó que: "...el contrato no es una figura exclusiva del Derecho Privado. Existe también el de Derecho Administrativo con elementos comunes al contrato de Derecho Privado, pero con elementos diferentes que derivan de su contenido, de su fin, de los intereses distintos que afecta y de su régimen jurídico propio".

A su vez, el tratadista Roberto Dromi, en su obra Derecho Administrativo, señala que: "La moderna doctrina nos enseña que la personalidad jurídica del Estado es única, no tiene doble personalidad, pública y privada, que le posibilite celebrar contratos administrativos y contratos privados, civiles o comerciales, sujetos a regímenes jurídicos diversos. El Estado tiene una sola personalidad que es pública, aunque su actividad pueda en algunas oportunidades estar regulada por el derecho privado.

En esa línea también se pronuncian los autores Mariano Gómez Gonzales, León Dugüit, Alfonso Nava Negrete y Elizabeth Íñiguez de Salinas, al relievar la participación del Estado como una de las partes contratantes y la finalidad del servicio público en vista de la cual se celebran los contratos administrativos; además, de la observancia de procedimientos y normas de derecho público en su gestación y ejecución.

De lo anterior, puede inferirse que es contrato administrativo, cuando una de las partes intervinientes, es un órgano de la administración pública y el objeto y finalidad del contrato está orientado a la satisfacción de alguna necesidad o bien común o es de interés general de la comunidad, aspecto que determina que el mismo esté sujeto a normativa y regulación especial, siendo viable su existencia en los cuatro órganos que conforman el poder estatal: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral.

Sobre el particular, el art. 47 de la Ley N°1178 de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO), determina que: "...Son contratos administrativos aquellos que se refieren a contratación de obra, provisión de materiales, bienes y servidos y otros de similar naturaleza", disposición aplicable a todas las entidades del sector público sin excepción; asimismo, el inc. j) del art. 5 del Decreto Supremo N°181 Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (NB-SABS) define el contrato administrativo como: "Instrumento legal de naturaleza administrativa que regula la relación contractual entre la entidad contratante y el proveedor o contratista, estableciendo derechos, obligaciones y

condiciones para la provisión de bienes, construcción de obras, prestación de servicios generales o servicios de consultoría".

Finalmente, corresponde puntualizar que, cuando se demanda el cumplimiento de este tipo de contratos, esta pretensión se sustenta en las previsiones contenidas en el art. 568-1 del Código Civil (CC), que determina: "En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido puede pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, más el resarcimiento del daño; o también puede pedir sólo el cumplimiento dentro de un plazo razonable que fijará el juez, y no haciéndose efectiva la prestación dentro de ese plazo quedará resuelto el contrato, sin perjuicio, en todo caso, de resarcir el daño". (El resaltado fue añadido).

Por consiguiente, esta acción se encuentra reservada sólo para la parte que cumplió sus obligaciones, por cuyo motivo, como requisito para acreditar la legitimación del actor y luego declarar probada la demanda, con carácter previo debe determinarse que éste, cumplió con la contraprestación a la que se encontraba reatado, pactada en el contrato administrativo suscrito.

Análisis y resolución del caso concreto:

Partiendo de lo dispuesto por el art. 7 del Decreto Supremo N°2507 de 2 de septiembre de 2015, que determinó que todos los pasivos generados por el Comando de Ingeniería del Ejército hasta su cierre, serán asumidos por COFADENA, identifica con meridiana claridad a esta institución pública como la responsable de asumir las obligaciones.

En ese marco, de la compulsa de los antecedentes que cursan en obrados, se establece la existencia del contrato administrativo AS. JUR. PUNA-BELEN N° 13/12 de 19 de junio de 2012, suscrito entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa "S y R Internacional SRL", a través del cual se pactó como objeto principal la provisión y colocado de tachas reflectivas en el camino asfaltado "Puna — Belén", en la cantidad de 4.000 tachas reflectivas color blanco y 2.000 tachas reflectivas de color amarillo, por un monto aceptado por las partes de Bs. 168.000, cuyo plazo de entrega fue establecido en 30 días calendario, computables a partir de la emisión de la Orden de Proceder por parte del Superintendente de Obra. Asimismo, se probó mediante Acta de Entrega Definitiva de 30 de noviembre de 2012, el cumplimiento del objeto del contrato por parte del proveedor, previa verificación de la cantidad y calidad del material entregado, y dando su conformidad de dicha entrega el Supervisor de Obra de la entidad demandada Ing. René Morales. Si bien, en una entrega provisional de la obra refiere en observaciones, que se debe corregir el alineamiento de franjas amarillas y blancas, no existió otra objeción a momento de su entrega definitiva por parte de la entidad demandada.

Asimismo, se tiene que, mediante cheque de cuenta fiscal de 1 de julio de 2013, emitido por el Banco Unión, se establece el pago de Bs. 80.000, en favor de Diego Fernando Román Palacios, representante de la empresa "S y R Internacional SRL", presumiéndose el pago como anticipo de la obra realizada. Sin embargo, no se estableció un cronograma de pago conforme se dispuso en la segunda parte de la Cláusula Novena del contrato de provisión de tachas reflectivas, por lo que la parte demandada no puede alegar bajo ningún fundamento el incumplimiento de la Cláusula Séptima del citado contrato.

De igual manera, se establece que la empresa demandante, mediante carta notariada de obligación de pago de 25 de abril de 2013, solicitó al Comando de Ingeniería del Ejército,

honrar con el pago de la obligación contraída, prueba que no fue desvirtuada por la entidad demandada.

Respecto a lo argüido por la parte demandada, relativo a que la entidad procederá al pago del monto contra entregas parciales, según planilla de avance, previo informe y certificado de pago debidamente firmado por el Superintendente de Obra y refrendado por el Jefe de Sección III Operaciones, habiéndose incumplido lo dispuesto en la Cláusula Novena del referido contrato, dicho cumplimiento de las formalidades mencionadas no son atribuibles a la empresa demandante, por el contrario son omisiones en las que incurrió la entidad demandada, sujetas a responsabilidad por la función pública conforme prevé el art. 28 de la Ley N°1178.

En relación al argumento que, en los estados financieros de ex Comando de Ingeniería del Ejército al 31 de diciembre de 2014, tanto en cuentas por pagar a los contratistas u otras cuentas por pagar a proveedores, no registra cuenta pendiente por pagar en favor de la empresa "S y R Internacional S.R.L.", corresponde destacar que dichos informes financieros o estados contables son utilizados para evaluar la situación financiera de una empresa, con el objeto de utilizarlos como referencia para evaluar la actuación financiera de una empresa comparada con otras del mismo giro; sin embargo, no constituye una prueba idónea de pago que desvirtúe la pretensión de la parte actora.

Por tanto, conforme la prueba aportada y el principio de verdad material puede establecerse en el caso en análisis que, el objeto del contrato fue cumplido por la Empresa "S y R Internacional SRL", y que existe un saldo a cancelar que fue solicitado a través de nota de 25 de abril de 2013, debidamente notariada solicitando el pago de la obligación; coligiéndose que dicho incumplimiento es de responsabilidad de la entidad demandada, por cuanto no fue desvirtuado por ésta, ante la evidencia que no se probó el pago del saldo de Bs. 88.000 a la empresa demandante.

Por lo referido precedentemente, este Tribunal encuentra plenamente fundada la pretensión de la parte actora del derecho de exigir a COFADENA cancele a su favor el saldo del contrato pactado entre ambas partes, pues en los contratos bilaterales, una de las situaciones que se presentan, es el incumplimiento de la obligación asumida por cualquiera de los contratantes, eventualidad en la que la otra parte, puede a su elección pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, así lo dispone el art. 568 del Código Civil que señala: "En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido puede pedir judicialmente el cumplimiento la resolución del contrato, más el resarcimiento del daño, o también puede pedir sólo el cumplimiento dentro de un plazo razonable que fijara el juez, y no haciéndose efectiva la prestación dentro de ese plazo quedará resuelto el contrato, sin perjuicio en todo caso, de resarcir el daño", correspondiendo en consecuencia declarar probada la demanda y ordenar el pago de la deuda que se generó por incumplimiento de contrato a favor de la empresa demandante.

Finalmente, en relación a la pretensión del pago de daños y. perjuicios, la empresa "S y R Internacional SRL", no estableció la cuantificación de dichos conceptos; sin embargo, al tratarse de una suma liquida y exigible, dentro del marco del daño emergente y lucro cesante, se presume el perjuicio ocasionado a la empresa actora, al haberse privado durante todo ese tiempo de utilizar ese dinero en beneficio propio, por lo que corresponde la aplicación de los

intereses legales desde el día de la entrega de la nota de 25 de abril de 2013, hasta la fecha del pago, conforme prevé los arts. 347 y 414 del Código Civil.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución conferida por los arts. 4 y 6 de la Ley 620 de 29 de diciembre de 2014 y lo dispuesto en los arts. 775 y 777 del Código de Procedimiento Civil, declara PROBADA la demanda contenciosa de fs. 29 a 31 vta., interpuesta por Jacqueline Romero Padilla en representación legal de la Empresa "S y R Internacional S.R.L." contra la Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional — COFADENA, disponiéndose que la entidad demandada, a través de su representante legal, cancele a favor de la empresa "S y R Internacional SRL", la suma de 88.000 (OCHENTA Y OCHO MIL 00/100 BOLIVIANOS) que constituye el saldo a pagar derivado del contrato AS. JUR. PUNA-BELEN N°13/12 de provisión y colocado de tachas reflectivas en el camino asfaltado "Puna — Belén, más el pago del interés legal del 6% anual, computable a partir del 25 de abril de 2013, hasta la fecha del pago, dentro del plazo de 3 días computables a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

Respecto al pago de daños y perjuicios no corresponde, por cuanto no fueron demostrados dichos conceptos por la empresa demandante.

Sin costas ni costos en aplicación del art. 39 de la Ley N°1178 y art. 52 del Decreto Supremo N°23215 de 22 de julio de 1992.

Relator: Magistrado Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 20 de noviembre de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

37

Aduana Nacional Regional Potosí c/ Autoridad General de Impugnación Tributaria / Arminda Téllez de Cuba
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa administrativa cursante de fs. 45 a 49, interpuesta por la Aduana Nacional Regional Potosí, que impugna parcialmente la Resolución de Recuso Jerárquico AGIT-RJ 1649/2013 de 9 de septiembre, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria (AGIT); admisión de demanda de fs. 51; contestación de fs. 155 a 159; réplica de fs. 321 a 323; dúplica de fs. 329 a 333 vta.; notificación a la tercera interesada Arminda Téllez de Cuba, mediante edictos de fs. 263 y 264; contestación de la tercera interesada de fs. 351 a 352; antecedentes del proceso y de sede administrativa, y;

I. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN

1. Demanda y petitorio

Mediante nota AN-GRPGR-UFIPR-C- 005/2012, la Administración Aduanera solicita al Instituto Boliviano de Metrología (IBMETRO), la autenticidad del Certificado N° CMPT-04-0037-2011 de 25 de agosto, correspondiente al vehículo que ampara el Documento Único de Importación (DUI) 2011/534/C-1648 de 26 de agosto de 2011; mediante nota N° IBMETRO DML CE 01272/2012 de 4 de junio, se resuelve dicha petición adjuntando el Informe N° IBMETRO-DML-INF-240/12, en sentido que habiéndose revisado los códigos y números de los certificados recibidos, los mismos no se encuentran registrados en los archivos existentes y base de información de IBMETRO, Oficina Central La Paz; en consecuencia, al momento del despacho aduanero de dicha DUI, la Agencia Despachante de Aduana (ADA) "SAA" S.R.L., presentó un certificado medio ambiental presuntamente falso, es decir, no contaba con la certificación emitida por IBMETRO, que certifique que los niveles de emisión de contaminantes atmosféricos del vehículo, son compatibles con los niveles establecidos y aprobados por la legislación nacional vigente.

Citando la normativa contenida en los arts. 148 y 181 inc. b) de la Ley N°2492, Código Tributario boliviano (CTb), 84, 85 y 88 de la Ley General de Aduanas (LGA), 111 y 119 del Reglamento de la LGA, modificado por la Disposición Adicional Tercera del Decreto Supremo (DS) N°572 de 14 de julio de 2010, refiere que se presume que la ADA "SAA" S.R.L. incurrió en el ilícito de contrabando y que al ser el monto del tributo, inferior a 50.000,00.- (cincuenta mil) Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV), constituye contrabando contravencional; por lo que, con base en el Informe AN-UFIPR-I-056/2012 de 27 de septiembre, el Acta de Intervención AN-GRPTSUFIPR-AI-019/2012 de 28 de septiembre y la

prueba analizada, se emite la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGR-ULEPR-RS01/2012 de 27 de diciembre, que resuelve declarar probada la comisión de la contravención aduanera de contrabando, contra Arminda Téllez de Cuba.

Formulados los recursos de impugnación, la AGIT, resuelve revocar totalmente la Resolución de Recurso de Alzada ARIT/CHQ/RA 0068/2013 de 6 de mayo, emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria (ARIT) Chuquisaca, revocando parcialmente la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional ANGRPGR-ULEPR-RS-01/2012, dejando sin efecto la captura del vehículo y manteniendo firme la sanción económica consistente en multa del 100% del valor de la mercancía, equivalente a Bs351.331.- (trescientos cincuenta y un mil, trescientos treinta y un bolivianos), bajo el argumento de existir doble sanción; sin embargo, omite el hecho de que la administración aduanera, al no existir la mercancía comisada, en este caso el vehículo, impone la multa igual al 100% de su valor, dando a entender que al no hacerse efectiva la captura del vehículo, porque podría darse el caso de que el mismo sea desmantelado y vendido por piezas, con la finalidad precisamente de no ser comisado y el Estado no podría percibir los tributos omitidos, se aplica dicha sanción económica.

De ninguna manera la Administración Tributaria impone una doble sanción, sino que constituyen aspectos que se consignan con la finalidad de evitar omisiones o daños posteriores al Estado, sin que se ejecute el acto de captura del vehículo, conforme al art. 181.11 del CTb y se dispuso el comiso del medio de transporte por tratarse de un vehículo de circulación prohibida, porque por más que el sujeto pasivo pague la multa del 100%, ese pago no le da legalidad a la forma en la que fue nacionalizado el vehículo, en consecuencia, corresponde que entregue la mercancía a la administración aduanera.

Petitorio. - La administración aduanera demandante, solicita declarar probada la demanda, revocando la Resolución de Recurso Jerárquico N°1649/2013 de 9 de septiembre y se confirme la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGR-ULEPR-RS-01/2012.

2. Contestación a la demanda y petitorio

El representante legal de la AGIT, se apersona al proceso el 28 de mayo de 2015 y contesta la demanda en forma negativa, con los siguientes argumentos:

De conformidad con el art. 181 del CTb, cuando las mercancías no puedan ser objeto de comiso, la sanción económica consistirá en el pago de una multa igual al 100% del valor de la mercancía objeto de contrabando.

Mediante Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGRULEPR-RS-01/2012 de 27 de diciembre, la Administración Aduanera pretende aplicar doble sanción al sujeto pasivo, por cuanto al declarar probada la comisión del contrabando contravencional, impone el pago de la multa del 100% del valor de la mercancía que asciende a Bs351.331.- (trescientos cincuenta y un mil, trescientos treinta y un bolivianos) y además, ordena la captura del vehículo descrito en el Acta de Intervención AN-GRPTS-UFIPR-AI-019/2012 de 28 de septiembre, inobservando de esta manera el principio non bis in ídem que señala que nadie puede ser perseguido ni condenado dos veces por el mismo hecho delictivo o infracción, considerando que en el presente caso, existen las condiciones para su invocación, es decir, la identidad de sujeto, objeto y causa; por lo que en aplicación del art.

117 de la Constitución Política de Estado (CPE), corresponde dejar sin efecto la captura del vehículo.

Los argumentos expuestos en la demanda contenciosa administrativa, contiene afirmaciones por demás generales y no precisas, sin exponer razonamientos de carácter jurídico y no desvirtúan los fundamentos técnico jurídicos expuestos en la Resolución de Recurso Jerárquico N°1649/2013 de 9 de septiembre, pronunciada por la AGIT, por lo que el Tribunal no puede suplir la carencia de carga argumentativa de la demanda.

Petitorio. - El demandado solicita que se declarare improbada la demanda, manteniendo firme la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R) 1649/2013 de 9 de septiembre.

3. Intervención del Tercero Interesado y petitorio

Cumplida la notificación a la tercera interesada Arminda Téllez de Cuba, mediante edictos de fs. 263 y 264, Ashly Gabriela Averanga Gardeazabal en su condición de Defensora de Oficio, se apersona al proceso el 6 de junio de 2019 y expone los siguientes argumentos:

La Administración Aduanera declaró probada la comisión de contrabando contravencional mediante Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGR-ULEPR-RS-01/2012 de 27 de diciembre y en consideración a que no existe mercancía comisada, en aplicación del art. 181.11 del CTb, impuso en sustitución, la sanción correspondiente al pago del 100% del valor de la mercancía de Bs351.331.(trescientos cincuenta y un mil, trescientos treinta y un bolivianos), la ejecución tributaria, la captura del vehículo descrito en el Acta de Intervención Contravencional AN-GRPTS-UFIPR-AI-019/2012 de 28 de septiembre, la anulación de la DUI 2011/543/C-1648 de 26 de agosto de 2011 y la remisión de antecedentes al Ministerio Público para el inicio de la acción penal por la presunta comisión del delito de falsificación de documentos.

Dichas sanciones, de multa al 100% y captura del vehículo, nacen a partir de un supuesto incumplimiento de los requisitos de Ley para la importación del vehículo, basando la decisión en la supuesta nulidad del Certificado de IBMETRO, sin considerar que de conformidad con el art. 546 del Código Civil (CC), toda nulidad debe ser verificada judicialmente y en el presente caso no existe ninguna resolución judicial que declare la nulidad del documento; en consecuencia, la Administración Aduanera y la AGIT carecen de competencia para declarar la nulidad del documento y están usurpando funciones, causando un grave daño y perjuicio a su defendida.

Ni la Ley General de Aduanas ni el Código Tributario Boliviano, declara nulo un documento por las razones que indica la Aduana, es decir, porque los funcionarios que figuran y firman dichos certificados no se encontraban en funciones en las fechas de emisión indicadas o porque no existiría tal registro en ningún archivo y que, además, tienen código de registro "04" siendo el correcto "03".

Petitorio. - La Defensora de Oficio, por la tercera interesada, solicita que se declarare improbada la demanda y se deje sin efecto tanto el pago de la multa, como la orden de captura del vehículo.

II. ANTECEDENTES PROCESALES EN SEDE ADMINISTRATIVA

1.- Mediante Informe AN-UFIPR-I-056/2012 de 27 de septiembre, sobre el Control Diferido Regular de la DUI 2011/543/C-1648 tramitada por la ADA "SAA" S.R.L., por cuenta

de su comitente Arminda Téllez de Cuba, en la Administración Aduanera Frontera Avaroa, se establecen indicios de la comisión del ilícito de contrabando contravencional en la DUI, por la presentación del certificado medioambiental presuntamente falso como documento soporte y recomienda remitir antecedentes a la Unidad Legal para que inicie el proceso aduanero correspondiente y para poner en conocimiento de la autoridad competente los indicios de responsabilidad penal advertidos contra el importador (fs. 3 a 10).

2.- El 28 de septiembre de 2012, la Gerencia Regional Potosí de la Aduana Nacional, elabora el Acta de Intervención Contravencional AN-GRPTS-UFIPR-AI019/2012, que califica la presunta comisión de contrabando contravencional previsto en el inc. b) del art. 181 del CTb, respecto a la mercancía consistente en un Camión Hormigonero marca Volvo, tipo FH16, modelo 1998, color verde, con número de chasis YV2A4B5D6WA284761, a diésel (fs. 11 a 18).

3.- Mediante Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional ANGRPGR-ULEPR-RS-01/2012 de 27 de diciembre, la Administración Aduanera declara probada la comisión de la contravención aduanera de contrabando, contra Arminda Téllez de Cuba, y en consecuencia dispone, al no existir la mercancía comisada, la aplicación del art. 181.11 del citado texto legal, imponiendo la multa del 100% del valor de la mercancía objeto de contrabando, que asciende a Bs351.331.(trescientos cincuenta y un mil, trescientos treinta y un bolivianos), instruir la ejecución tributaria de dicho monto de dinero, la captura del vehículo descrito en el Acta de Intervención, la anulación de la DUI2011/543/C-1648 y la remisión de antecedentes al Ministerio Público para el inicio de la acción penal correspondiente por la comisión del delito de falsificación de documentación (fs. 20 a 24).

4.- Formulado el recurso de alzada por Alex Arnez Alcocer y Juan Carlos Loma Sanabria en representación de Arminda Téllez de Cuba (fs. 11 a 14 del Anexo) contra la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGR-ULEPR-RS01/2012, la AR1T Chuquisaca pronunció la Resolución de Recurso de Alzada ARIT/CHQ/RA 0068/2013 de 6 de mayo, que revoca parcialmente la Resolución Sancionatoria, dejando sin efecto la multa del 100% del valor de la mercancía, así como su ejecución tributaria, disponiendo el comiso del vehículo correspondiente a la DUI (fs. 79 a 85 vta.).

5.- Formulado el recurso jerárquico por la Administración Aduanera, la AGIT pronuncia la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1649/2013 de 9 de septiembre, que revoca totalmente la Resolución de Recurso de Alzada

ARIT/CHQ/RA 0068/2013, en consecuencia, revoca parcialmente la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGR-ULEPR-RS-01/2012, dejando sin efecto legal la captura del vehículo, quedando firme y subsistente la sanción económica consistente en la multa del 100% del valor de la mercancía, equivalente a Bs351.331.- (trescientos cincuenta y un mil, trescientos treinta y un bolivianos) (fs. 121 a 128).

III. PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Del análisis y compulsa de lo anteriormente señalado, en relación con los datos procesales y la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-RJ 1649/2013 de 9 de septiembre, el control de legalidad sobre los actos de la Administración Aduanera y la AGIT, tiene como objeto determinar si es correcta la aplicación del art. 181 del CTb, si se incurrió en doble sanción al emitir la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGR-ULEPR-RS-01/2012 de 27 de diciembre y si la AGIT ha obrado correctamente al modificar la

Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional, al dejar sin efecto la orden de captura del vehículo objeto de la DUI 2011/543/C-1648 tramitada por la ADA "SAA" S.R.L., por cuenta de su comitente Arminda Téllez de Cuba y mantener subsistente la multa del 100% del valor de la mercancía.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL PERTINENTE

De acuerdo a las problemáticas planteadas, se realiza una interpretación desde la Constitución Política del Estado, el bloque de constitucionalidad y las normas ordinarias aplicables al caso concreto; al efecto, el art. 117.11 de la CPE, como límite a la facultad punitiva del Estado ejercida por sus autoridades, prevé que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mimo hecho; en ese marco, la presente Sentencia, aplica el principio non bis in ídem, que es un elemento esencial del debido proceso, desarrollado por el Tribunal Constitucional Plurinacional -entre otras- en la SCP 0747/2017-S1 de 27 de julio, que establece: "...La antes señalada SCP 0726/2014, respecto al principio de non bis in idem como elemento esencial del debido proceso precisó que: Para Guillermo Cabanellas, el non bis in ídem es un aforismo latino que significa no dos veces por lo mismo.

De León Villalba, califica el non bis in ídem, o también llamado ne bis in ídem, como un criterio de interpretación o solución a constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad -continúa diciendo el referido autor-, se traduce en un impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una nueva acción, y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto.

En otras palabras, el ne bis in ídem, garantiza a toda persona que no sea juzgado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión. En el nuevo orden constitucional, el principio non bis in ídem se reconoció de forma autónoma como una garantía jurisdiccional; en ese sentido el art. 117.II de la CPE, señala: 'Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho'.

Este principio se encuentra establecido como derecho humano que forma parte del derecho al debido proceso; así la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo consagra en su art. 8.4 en los siguientes términos: 'El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos'. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su art. 14.7 lo consagra en los siguientes términos: 'Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiese sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país'.

Por su parte, el art 4 del CPP, referido a la persecución penal única, establece: 'Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias...'.

Esta garantía procesal, se extiende a la prohibición de ser juzgado más de una vez por el mismo hecho, así se modifique su calificación sustantiva, vale decir el tipo penal, o se aleguen nuevas circunstancias del mismo.

Al respecto, la SC 1764/2004-R de 9 de noviembre, refiriéndose a este principio, señaló: 'Según la doctrina el principio del non bis in ídem consiste en la exclusión de la doble sanción por unos mismos hechos, es decir, que no recaiga la duplicidad de sanciones en los

casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento; tiene por finalidad la protección del derecho a la seguridad jurídica a través de la prohibición de un ejercicio reiterado del iuspuniendi del Estado, impidiendo sancionar doblemente a una persona por un mismo hecho. El principio non bis in ídem tiene su alcance en una doble dimensión, pues, de un lado, está el material, es decir, que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho y, de otro, el procesal referido al proceso o al enjuiciamiento en si; es decir, que ante la existencia de identidad de sujeto, objeto y causa, no sólo que no se admite la duplicidad de resolución por el mismo delito, sino también que es inadmisible la existencia de un nuevo proceso o juzgamiento con una repetición de las etapas procesales"; en ese sentido, dicho principio forma parte del bloque de constitucionalidad imperante y debe estar implícito en todos los ámbitos de la vida jurídica.

Sobre el contrabando

El art. 181 de la Ley N°2492, establece que comete contrabando el que incurra en alguna de las siguientes conductas, entre otras: "b) Realizar tráfico de mercancías sin la documentación legal infringiendo los requisitos esenciales exigidos por normas aduaneras o por disposiciones especiales (...)".

El contrabando es una contravención tributaria, siempre que el valor de los tributos omitidos por la internación ilegal sea igual o menor a 50.000.- UFV's (cincuenta mil Unidades de Fomento a la Vivienda), conforme a la Ley N°317 de 11 de diciembre de 2012. De la comisión de contravenciones tributarias surge la responsabilidad por el pago de la deuda tributaria y/o por las sanciones que correspondan, que son establecidas conforme al procedimiento previsto por el Código Tributario.

En cuanto a la sanción del contrabando como delito tributario aduanero, el art. 181.II de la Ley N°2492, determina el comiso de las mercancías y que cuando éstas no puedan ser objeto de comiso, la sanción consistirá en el pago de una multa igual al 100% del valor de la mercancía objeto de contrabando, por lo que la norma prevé que, en caso de no existir la mercancía y consiguiente imposibilidad de ejecutar su comiso, la sanción que corresponde es económica, con el pago de una multa equivalente del 100% del valor.

V. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Dentro del marco legal precedentemente desarrollado y los antecedentes procesales, la parte resolutiva de la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional AN-GRPGR-ULEPR-RS-01/2012 de 27 de diciembre, determina:

"PRIMERO. - Declarar PROBADA la comisión de la contravención aduanera de Contrabando, en contra de ARMINDA TELLEZ DE CUBA, con C.I. N°5189613 Cbba., por el inciso b) del artículo 181 del Código Tributario y en consecuencia dispone al NO existir la Mercancía Comisada, la aplicación de lo establecido por el art. 181 numeral II del mismo cuerpo legal, imponiendo la sanción económica consistente en el pago de una multa, igual al cien por ciento (100%) del valor de la Mercancía objeto de contrabando, que asciende a Bs.351.331,00.- (TRESCIENTOS CINCUENTA Y UNO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UNO 00/100 BOLIVIANOS).

SEGUNDO. - Instruir la Ejecución Tributaria establecida en la Sección VII del Capítulo II, Título H del Código Tributario, hasta el monto de Bs.351.331,00.- (TRESCIENTOS CINCUENTA Y UNO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UNO 00/100 BOLIVIANOS).

TERCERO. - En coordinación con el Control Operativo de Aduanero, se dispone la captura del vehículo descrito en el Acta de Intervención AN-GRPTS-UFIPR-AI N°019/2012 del 28/09/2012".

Así transcrita la parte resolutiva de la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional, se evidencia que, en la disposición primera, se establece que al no existir mercancía —en este caso, un Camión Hormigonero marca Volvo, tipo FH16, modelo 1998, color verde, con número de chasis YV2A4B5D6WA284761, a diésel—para su comiso, se impone la sanción económica de multa equivalente al 100% del valor del vehículo; el segundo punto ordena la ejecución tributaria respectiva; empero, en la disposición tercera, pese a que en la primera se estableció la no existencia de la mercancía, se ordena también la captura del vehículo objeto de la DUI 2011/543/C-1648, tramitada por la ADA "SAA" S.R.L., por cuenta de su comitente Arminda Téllez de Cuba, situación que además de resultar contradictoria con el primer punto resolutivo, implica la inobservancia del principio non bis in ídem, por cuanto se genera la aplicación de dos sanciones, multa económica y captura de la mercancía, en contravención con el contenido de los arts. 117 de la CPE y 181.11 del CTb desarrollados precedentemente. En cuanto al argumento de la demanda expuesto en sentido de que se dispone la captura porque el vehículo puede ser vendido por piezas o desmantelado y omitirse el pago de tributos al Estado, resulta una apreciación o argumento subjetivo que no justifica la aplicación de una sanción además de la económica por un mismo hecho y en todo caso, al afirmar que no existe la mercancía y disponer el pago de la multa, resulta contradictorio imponer otra sanción diferente a la establecida por el art. 181.II del CTb.

Por todo lo expuesto, se concluye que los argumentos de la Administración Aduanera, no son evidentes y la AGIT actuó correctamente al modificar la Resolución Sancionatoria de Contrabando Contravencional, dejando sin efecto la orden de captura del vehículo objeto de la DUI 2011/543/C-1648 y mantener subsistente la sanción económica de pago de una multa del 100% del valor de la mercancía.

Sobre los argumentos de la Defensora de Oficio por la tercera interesada Arminda Téllez de Cuba

Resulta necesario dejar claramente establecida, la naturaleza del proceso contencioso administrativo y la intervención del tercero interesado en estos procesos; tal es así que el art. 778 del Código de Procedimiento Civil (CPC-1975), establece que: "El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente el acto administrativo y agotando ante este Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado". Constituye una vía ordinaria de impugnación jurisdiccional, en la que la sentencia debe verificar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo impugnado o considerado ilegal, ello previo agotamiento de la vía administrativa, es decir, de los recursos de alzada o revocatoria y jerárquico; siendo este último que pone fin a la vía administrativa y el que se constituye en el objeto de la impugnación.

Dada la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, éste reviste las características de un juicio de puro derecho en única instancia, cuyo objeto es declarar probada o improbada la pretensión del demandante, con la consecuencia de mantener firme la decisión jerárquica o en su caso revocar y resolver la problemática conforme corresponda

en derecho; en consecuencia, este Tribunal Supremo de Justicia, deberá realizar el control judicial de legalidad sobre dicha resolución de la máxima autoridad ejecutiva o resolución que ponga fin a la vía administrativa; en esa labor, se debe analizar si la resolución contiene violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la Ley, todo ello con base en los argumentos fácticos y de derecho expuestos en la demanda.

De ello se infiere que el pronunciamiento que vaya a emitir este Tribunal, estará vinculado a la normativa desglosada por el demandante como Ley inobservada, interpretada erróneamente o aplicada indebidamente y a los hechos fácticos de la problemática formulada en la vía judicial.

Ahora bien, en cuanto a la intervención del tercero interesado en estos procesos, resulta necesario aclarar que esta calidad la tiene sólo aquel que fue parte de la original controversia dilucidada en sede administrativa; además, su intervención no implica que el mismo sea considerado parte demandante o demandada del proceso contencioso administrativo, sino sólo un sujeto procesal con un interés independiente y legítimo en la pretensión y al no tener una pretensión en sí mismo, su intervención implica el resguardo del debido proceso en su elemento constitutivo defensa y se limita al aporte de argumentos que indirectamente pudieran favorecerle; se dice indirectamente, porque no se resuelve de manera directa su original pretensión resuelta en sede administrativa, sino la legalidad o no de la resolución jerárquica que supuestamente ocasiona perjuicio a la parte demandante del proceso contencioso administrativo.

En ese sentido, el tercero interesado en estos procesos de puro derecho, constituye un tercero coadyuvante para la verificación de la legalidad de los actos vinculados a la problemática formulada por el demandante; inclusive, al tercero interesado de un proceso contencioso administrativo de puro derecho, no le corre plazo alguno para contestar la demanda, ni está obligado a contestar la réplica o la dúplica, actuaciones inherentes a las partes del proceso; y, su intervención se limita a un escrito en el que asuma la defensa necesaria respecto a la pretensión del demandante y al control de legalidad al que se someterán los actos administrativos; es decir, que pueda ser oído sobre el hecho .y derecho expuesto en la demanda contenciosa administrativa; tal es así, que inclusive se acepta su intervención una vez decretado autos para sentencia, antes del sorteo de la causa.

Por lo expuesto, los argumentos planteados en sentido de que corresponde dejar sin efecto tanto la multa económica como la orden de captura del vehículo, al no existir una declaración judicial que establezca la falsedad del certificado de IBMETRO adjunto como documentación de soporte de la DUI, deben ser objeto de análisis en una demanda principal a instancia de la tercera interesada.

POR TANTO

La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución conferida por el art. 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014 y, lo dispuesto en los arts. 778 y 781 del Código de Procedimiento Civil de 1975, declara IMPROBADA la demanda contenciosa administrativa de fs. 45 a 49, presentada por la Gerencia Regional Aduana Nacional Regional Potosí; en consecuencia, mantiene firme la Resolución de Recurso Jerárquico AGIT-R3 1649/2013 de 9 de septiembre, pronunciada por la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

Por Secretaría de Sala, procédase a la devolución de los antecedentes remitidos a este Tribunal y sea con nota de atención.

Se constituyen en disidentes los Magistrados Edwin Aguayo Arando y José Antonio Revilla Martínez, con los fundamentos contenidos en el Libro de Disidencias cursante en Secretaría de Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia.

No intervienen los Magistrados Edwin Aguayo Arando y José Antonio Revilla Martínez por ser de voto disidentes.

Relator: Magistrado Dr. Edwin Aguayo Arando / Dra. María Cristina Díaz Sosa

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Sucre, 20 de noviembre de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.

38

Compañía TKS c/ Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)
Contencioso Administrativo
Distrito: Chuquisaca

SENTENCIA

VISTOS EN SALA PLENA: La demanda contenciosa-administrativa de fs. 39 a 42 vta., presentada por Pilar del Carmen Salazar Galindo, en representación legal de la Compañía TKS S.A., impugnando la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-N°025 NN/2013 de 24 de julio, pronunciada por la Dirección General Ejecutiva del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI); la providencia de admisión de fs. 44; la contestación de fs. 75 a 79.; réplica de fs. 83 a 85; apersonamiento de la Procuraduría General del Estado de fs. 91 a 92 vta., por renunciado el derecho a la dúplica conforme proveída de fs. 136; notificación del tercero interesado de fs. 130; los antecedentes del proceso y de emisión de la Resolución impugnada.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

I.1. Antecedentes de hecho de la demanda.

La demandante, invocando los arts. 778, 780 y 327 del Código de Procedimiento Civil, y acreditando personería mediante el Testimonio de Poder N°2545/2013 de 9 de diciembre que cursa de fs. 2 a 10, a nombre de y representación de TKS S.A., manifestó que en fecha 11 de julio de 2011, mediante la solicitud SN-3587-2011 y publicación N°151884 en la Gaceta Oficial de Bolivia N°0340 de 9 de febrero de 2012, la Sociedad que representa solicitó ante el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual SENAPI, el registro de la marca ICE-WATCH y diseño, para distinguir productos de la clase 14 de la Clasificación Internacional de NIZA.

Señaló que, ante tal solicitud, la Sociedad SWATCH AG interpuso demanda de oposición al registro de marca ICE-WATCH y diseño, aduciendo el registro de su marca SWATCH, clase 14 N°50333-C de fecha 3 de agosto de 1990, por lo que, ante dicha oposición, el 12 de junio de 2012, TKS S.A., asumió defensa argumentando los siguientes extremos:

Que el 15 y 20 de mayo de 2008 SWATCH AG y TKS S.A., suscribieron un Acuerdo de Consistencia respecto de sus marcas SWATCH e ICE-WATCH, contando TKS con solicitudes y registros de su marca en prácticamente todos los países del mundo, incluyendo registros en Perú, Ecuador, Colombia, Argentina, Brasil, Chile, Cuba, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, así como el registro en la Organización Mundial de Comercio OMPI, habiendo las oficinas de marcas respectivas declarado improcedentes las oposiciones interpuestas por SWATCH AG a la marca ICE-WATCH, tal los casos de Ecuador, Colombia, Japón Macao, Kuwait, Croacia y Cuba, al haber evidenciado que entre los dos signos SWATCH e ICE-WATCH, existen notorias diferencias de orden visual y fonético.

WATCH es un término no apropiable de uso común en la clase 14, existiendo diversas marcas a nombre de distintos titulares que lo utilizan, pues esta palabra simplemente se refiere a "reloj", por lo que, TKS S.A. utiliza como como elemento distintivo la palabra "ICE", que no guarda ninguna similitud con la letra "S" utilizada por el opositor SWATCH, a diferencia del TKS, que además de la palabra que la distingue, incorpora en su distintividad los elementos de su diseño y la disposición de las palabras, una encima de otra, siendo la palabra ICE de mayor tamaño que la palabra WATCH., no compartiendo las marcas el mismo ritmo y entonación, dado que SWATCH es una sola palabra mientras que ICE-WATCH cuenta con dos sílabas.

Indicó que mediante Resolución Administrativa N°456/2012 de 12 de octubre, el Director del SENAPI, declaró probada la demanda de oposición y denegó el registro de marca ICE-WATCH y diseño, clase 14 a nombre de TKS S.A., fundando tal decisión únicamente en el hecho de una supuesta similitud que existiría entre los signos en conflicto, sin considerar la existencia y alcances del "Acuerdo de Coexistencia" suscrito entre TKS S.A. y SWATCH AG, que fue presentado en su oportunidad, como tampoco consideró los registros a nivel mundial de la marca ICEWATCH y los muchos rechazos de las demandas de oposición al haber sido declaradas Improbadas.

Agregó que contra la Resolución Administrativa que niega el registro de marca y diseño, interpuso Recurso de Revocatoria, que fue rechazado mediante Resolución Administrativa DPI/OP/REV N°02/2013 de 3 de enero, que confirmó en todas sus partes la Resolución recurrida, por lo que el 14 de marzo de 2013, interpuso Recurso Jerárquico que

fue resuelto mediante la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-025 NN/2013 de 24 de julio, que confirmó la Resolución impugnada.

I.2. Fundamentos de la demanda.

Señaló que la Resolución Administrativa impugnada vía la presente demanda, es ausente de razonabilidad y motivación, para denegar el registro de marca y diseño ICE-WATCH, toda vez que no fue considerado el "Acuerdo de Consistencia" suscrito entre SWATCH AG y TKS S.A., respecto de sus marcas SWATCH e ICE-WATCH, acuerdo que se encuentra debidamente registrado y protocolizado mediante Testimonio N°511/2013 de 14 de marzo de 2013, mismo que cuenta con el valor que le asigna el art. 1311 del Código Civil y que fue presentado en sede administrativa y que se adjunta a la demanda, solicitando sea considerado en el proceso en aras del principio constitucional del debido proceso y la averiguación de la verdad material, prueba definitiva en la que consta que el opositor consintió en la COEXISTENCIA DE LAS MARCAS SWATCH e ICE-WATCH, conforme consta en la Sección 4 del documento.

Añadió que la Sección 11 de dicho Acuerdo establece que el convenio tiene validez en todo el mundo, por lo que el desconocimiento de tales estipulaciones por parte de la autoridad administrativa resulta ilegal y contrario a normas bolivianas e internacionales aplicables al caso en concreto, más aún si este Acuerdo no es decisión de algún tribunal o autoridad de un país, miembro o no de la Comunidad Andina de Naciones CAN, constituyendo un ACUERDO sobre la base del consentimiento como expresión de la voluntad de dos partes, respecto a derechos marcarios con alcance internacional.

Sostuvo que, debe tomarse en cuenta la disposición contenida en el art. 519 del Código Civil que establece que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y no puede ser disuelto sino por el consentimiento mutuo o por las causales autorizadas por ley, por lo que, al amparo de esta norma, el "Acuerdo de Coexistencia" pone fin a la disputa entre ambas marcas, toda vez que SWATCH AG y TKS S.A., convinieron coexistir pacíficamente con ambas marcas en el mercado, habiéndose cerciorado que no exista riesgo de confusión en el origen empresarial respecto a las dos marcas, no siendo interés de ningún titular suscribir un contrato que afecte su reputación, clientela o productos.

Refirió que la Sección 4 de dicho contrato (Condiciones de uso de la marca ICEWATCH y Sección 6 (Consentimiento de SWATCH al uso condicionado de reproducción), expresan claramente el consentimiento del opositor al uso y registro de la marca ICE-WATCH, consentimiento que ahora pretende desconocer eludiendo su compromiso asumido para la coexistencia de ambas marcas, no sólo en Bolivia sino también en los países en los que se registró la marca ICE-WATCH, por lo que el desconocimiento del SENAPI de este acuerdo transgrede el Principio de Seguridad Jurídica que debe imperar en los actos administrativos, no pudiendo así mismo el SENAPI desconocer los derechos y obligaciones que emergen de un acuerdo contractual entre las partes, y, que en caso de controversia en la ejecución, vigencia o validez del acuerdo, no resulta de su competencia dilucidar derecho alguno que pudiera corresponder a las partes en contienda.

Bajo el epígrafe "Otras consideraciones Jurídicas", la demandante indicó que, conforme establece el Tribunal Andino de Justicia de la CAN, para establecer si existe riesgo de confusión y/o asociación entre dos marcas, debe hacerse la comparación en su conjunto con todos los elementos que la integran y nunca de manera aislada en sus elementos, descomponiendo su integridad fonética y gráfica, teniendo en cuenta la totalidad de las

sílabas y letras que forman los vocablos de las marcas en pugna. Citó al efecto el proceso 040-IP 2010 del Tribunal de Justicia nombrado.

Adicionó que la autoridad del SENAPI reconoció en la Resolución Administrativa N°456/2012 de 12 de octubre que existen palabras en idioma extranjero (inglés) cuyo uso se ha generalizado, siendo su significado conceptual de conocimiento de la mayor parte del público consumidor como lo es el caso de la palabra WATCH que significa reloj, resultando contradictorio entonces que la autoridad administrativa hubiere considerado el término WATCH como la parte esencial de la marca, cuando este término es de uso común en la clase 14 para relojes.

Finalmente, manifestó que la marca del opositor SWATCH no cuenta con elementos distintivos adicionales como es el caso de ICE-WATCH, que al ser una marca mixta incorpora en su diseño disposición de elementos que la hace única y distintiva tales como las palabras (una encima de otra), tipografía, raya divisoria y diseño que consta de un círculo dividido en tres partes iguales y un triángulo ubicado en la parte superior derecha del círculo, debiendo tomarse en cuenta que el signo solicitado por TKS S.A., consta de dos partes a diferencia de la marca del opositor que posee una sola palabra, siendo distintas una de otra hasta en la pronunciación en el idioma inglés, por lo tanto, los signos en conflicto cuentan con elementos de diferenciación suficientes que ayudan a mejorar su fuerza distintiva y no existe probabilidad alguna de confusión en el mundo consumidor del producto.

I.3. Petitorio.

Concluye solicitando se declare PROBADA su demanda, y en consecuencia se revoque la Resolución Administrativa de Recurso Jerárquico DGE/OPO/J-N°025 NN/2013 de 24 de julio y las que le antecedieron.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Jhilda Gabriela Murillo Zarate, en su condición de Directora General Ejecutiva del SENAPI, se apersonó al proceso con memorial que cursa de fs. 75 a 79, respondiendo negativamente a la demanda, a cuyo fin señaló:

Efectuando una relación cronológica de los antecedentes acaecidos en sede administrativa señaló que previo a ingresar a dilucidar cuestiones de fondo que hacen al objeto de la demanda, resulta necesario indicar que, de la revisión de la base de Datos de la oficina SENAPI Bolivia, evidenció la siguiente información:

"Marca Opositora: La firma SWATCH AG, "SWATCH" (denominación) con registro N°50333-C de fecha 3 de agosto de 1990 y última renovación 77349-A de fecha 24 de agosto de 2010, la misma que pretende distinguir en la dase internacional 14 a: "Metales preciosos y sus aleaciones y artículos de estas materias o de chapado no comprendidos en otras clases, joyería bisutería, piedras preciosas, relojería e instrumentos cronométricos".

"Marca Solicitante: TKS S.A. "ICE-WATCH" (mixta) con SM-3587-2011 de fecha 11 de julio de 2011 y Publicación N°151884, que pretende distinguir productos en la clase Int 14 "Metales preciosos y sus aleaciones y artículos de estas materias o de chapado no comprendidos en otras clases, joyería bisutería, piedras preciosas, relojería e instrumentos cronométricos".

Más adelante en relación a la prueba presentada por TKS S.A., consistente en el "Acuerdo de Coexistencia", señaló que los demandantes en oportunidad del Recurso

Jerárquico presentaron fotocopias legalizadas del Testimonio N°511/2013, sobre el acuerdo de coexistencia marcaria, sin embargo, conforme el art, 62 parágrafos I, y II de la Ley de Procedimiento Administrativo (apertura del término de prueba, plazo para presentación, procedencia), en esta fase del proceso administrativo únicamente se podrá presentar prueba referida a hechos nuevos o documentos no considerados que ostenten la calidad de documentos nuevos, por lo que, la prueba que se presente en fase recursiva no puede estar librada a la voluntad de los interesados y, que de haberse podido adjuntar al expediente antes de la resolución, ésta no puede ser presentada recién dentro del Recurso Jerárquico.

Refirió que el Acuerdo en cuestión fue firmado en fechas 15 y 20 de mayo de 2008, por ende, el demandante tenía pleno conocimiento de él y pudo ser adjunto en primera instancia dentro del plazo correspondiente, conforme la facultad del art. 148 de la Decisión 486, sin que exista justificativo para su omisión en su presentación antes de la fase recursiva.

Agregó que no obstante la falta de oportunidad en la presentación de dicha prueba, debe tenerse en cuenta que aquel Convenio de Coexistencia trata de un documento extendido en el extranjero, por lo que debía cumplir con el voto del art. 1294 del Código Civil, aplicado de manera supletoria por ser la norma que regula este tipo de documentos, aspecto que fue observado por la firma opositora, además de haber observado que el cumplimiento de los requisitos formales debió ser analizado por el Juez Instructor ante quién se tramitó la orden judicial de protocolización del documento, sin embargo, no existe convicción del cumplimiento de dichos requisitos, toda vez que en antecedentes cursa un Auto Interlocutorio de 13 de marzo de 2013, emitido por el Juez 100 de Instrucción en lo Civil que hace referencia a un documento distinto al mencionado Convenio, de donde resulta, que aquel documento no constituye prueba idónea que pueda ser considerada.

Señaló que, al margen de lo expuesto en relación al Convenio de Coexistencia, el opositor, indicó que aquel acuerdo fue rescindido por medio de una carta fechada en 5 de junio de 2009 enviada a TKS S.A., cuya copia cursa en antecedentes administrativos, debiendo tenerse presente que la coexistencia de derechos se encuentra prevista en el art. 159 de la Decisión 486, que prohíbe la comercialización de mercancías o servicios dentro de la subregión cuando existan registros sobre una marca idéntica o similar a nombre de titulares diferentes y que distingan los mismos productos o servicios, empero, -continúa la respuesta-, permite la suscripción de acuerdos de coexistencia de marcas, con la condición de que las partes adopten previsiones necesarias para evitar la confusión del público.

Indicó que, para que pueda darse la coexistencia marcaria, resulta necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. La existencia en la subregión de registros de marcas idénticas o similares, 2. Existencia de un acuerdo entre las partes, 3. La adopción de previsiones necesarias para evitar la confusión del público, así como proporcionar la información sobre el origen de los productos o servicios, 4. La inscripción del acuerdo en la oficina nacional competente y, 5. El respeto de las normas sobre prácticas comerciales y promoción de la competencia, que el demandante no cumplió con los requisitos 2, 3 y 4, por lo que, lo alegado en su demanda no cumple con las disposiciones de fondo y de forma para hacer valer el acuerdo de coexistencia en Bolivia.

Mencionó que el SENAPI posee autonomía en las labores que realiza y las decisiones que adopta, pues el sistema de registro marcario adoptado en la Comunidad Andina se encuentra basado en la actividad autónoma e independiente de las oficinas competentes en cada país miembro, autonomía que se manifiesta tanto en relación con

decisiones emanadas de otras oficinas de registro marcario, como en relación con sus propias decisiones, aspecto que fue reconocido por el propio Tribunal Andino en varios fallos pronunciados, siendo de gran relevancia que el Principio de Independencia implica dejar en libertad a la oficina nacional competente para que de acuerdo a su criterio de interpretación de los hechos y de las normas, adopte las decisiones que considere más adecuadas.

Agregó que el art. 136 literal a) de la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones debe ser invocado en el presente caso, pues establece que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectará indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando sea idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismo productos o servicios, disposición dentro de la cual, se subsume el caso del demandante, existiendo el riesgo de confusión en el usuario del producto o destinatario del servicio

Afirmó que, en el caso concreto de la presente demanda, la marca solicitada ICEWATCH de la clase 14 es una marca denominativa por estar compuesta de su elemento denominativo (palabra) y un elemento gráfico (diseño particular de la firma), cuyas combinaciones al ser apreciadas en su conjunto producen en el consumidor una idea sobre la marca que le permite diferenciarla de las demás existentes en el mercado, empero, no obstante de ello, en la marca del demandante el elemento de mayor influencia es la palabra WATCH que se confunde perfectamente con la marca del opositor SWATCH, compuesta de un solo elemento denominativo o verbal, ambas marcas en su estructura poseen las mismas expresiones acústicas o fonéticas, radicando en este extremo la posibilidad de confusión.

Hizo mención a la existencia de cuatro reglas en base a las cuales se establece la confusión de las marcas, que son: a) La primera regla compuesta a su vez por la confusión visual, la confusión auditiva y la confusión ideológica. La visual, se da porque entre la marca demandante y la opositora se utiliza la misma palabra SWATCH", por lo que poseen grande similitud, siendo idénticas dentro del campo visual y ortográfico. La confusión auditiva que se presenta cuando los signos al ser pronunciados tienen un sonido similar, que en el presente caso consiste en la palabra SWATCH.

La confusión ideológica que lleva a la persona a relacionar el signo o denominación con el contenido o significado real del mismo, atacando la comprensión misma del significado de la expresión. b) La segunda regla consiste en examinar ambas marcas sucesivamente y no simultáneamente. c) En la tercera regla debe tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias entre ambas marcas, y d) finalmente la regla número cuatro, consiste en el hecho que quien aprecie el parecido debe situarse en la posición del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

Añadió que como ambos productos pertenecen a la clase 14 de la clasificación de NIZA, existe probabilidad que ambas marcas puedan ser apreciadas de la misma manera, por lo que afirmó que las marcas en controversia no pueden coexistir en el mercado por el peligro de confusión que ello conlleva.

En relación a la interpretación prejudicial facultativa y obligatoria al Tribunal Andino de Justicia, señaló que la norma comunitaria andina es susceptible de interpretación por parte del operador jurídico, pues el art. 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, le otorga la función de interpretar la normativa comunitaria andina, solo con el fin de lograr su aplicación de una manera uniforme, y el art. 33 del referido tratado, establece que los jueces podrán solicitar la interpretación del Tribunal, otorgando la facultad y

no la obligación a la autoridad administrativa de efectuar dicha solicitud, habiéndose circunscrito en el presente caso a aplicar lo estrictamente establecido en la Decisión 486.

II.2. Petitorio

Concluyó solicitando, se dicte sentencia RECHAZANDO la demanda interpuesta, y se confirme la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-N°025 NN/2013 de 24 de 24 de julio.

III. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

A efecto de acoger o rechazar los fundamentos de la demanda, corresponde señalar que los antecedentes cumplidos en sede administrativa y los que cursan en el cuaderno del proceso, informan lo siguiente:

III.1 El 11 de julio de 2011, TKS S.A., solicitó ante el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual SENAPI, el registro de la marca ICE-WATCH y diseño, para distinguir productos de la clase 14 de la Clasificación Internacional de NIZA (fs. 1 y vta. Anexo), solicitud que mereció por parte del SENAPI la providencia de 12 de julio de 2011, por la que se conminó al solicitante acredite personería a nombre y representación de la firma TKS S.A. (fs. 9 del Anexo), observación que al ser subsanada mereció que el SENAPI disponga que por en atención al art. 145 de la Decisión 486 de la CAN pase por orden y turno para la publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia (fs. 16 del Anexo).

III.2 El 22 de marzo de 2012, Jorge A. Díaz Blanco, en representación legal de la Sociedad SWATCH AG interpuso demanda de oposición al registro de marca ICEWATCH y diseño, aduciendo el registro de su marca SWATCH, clase 14 N°50333-C de fecha 3 de agosto de 1990, destinada a proteger igualmente productos comprendidos en la Clase 14 de la Clasificación Internacional de Niza (fs. 43 a 46 vta. del Anexo).

III.3 TKS S.A. respondió a la oposición de contrario argumentando en lo principal que la marca ICE-WATCH ha sido utilizada de manera continua desde diciembre de 2006, vendiéndose estos productos en varios países del mundo, contando con registros en Perú, Ecuador, Colombia, Argentina, Brasil, Chile, Cuba, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, así como el registro en la Organización Mundial de Comercio OMPI, países en los que fue fueron declaradas improcedentes las oposiciones interpuestas por SWATCH AG a la marca ICE-WATCH, tal los casos de Ecuador, Colombia, Japón Macao, Kuwait, Croacia y Cuba, al haber evidenciado que entre los dos signos SWATCH e ICEWATCH, existen notorias diferencias de orden visual y fonético (fs. 92 a 96 del Anexo)

III.4 Resolviendo la solicitud de registro del demandante y la oposición de la firma SWATCH AG, el SENAPI pronunció la Resolución Administrativa N°456/2012 de 12 de octubre (fs. 98 a 106 del Anexo, reiterada a fs. 98 a 106 del expediente), declarando probada la demanda de oposición y denegó el registro de marca ICEWATCH y diseño, dase 14 a nombre de TKS 54,con el argumento principal en sentido que existe similitud entre los signos en conflicto y que la marca solicitante no cuenta con la distintividad necesaria de la ya existente SWATCH, con la que existe similitud ortográfica, fonética y conexión competitiva, por consiguiente existe un riesgo de confusión directa.

III.5 Contra la Resolución Administrativa indicada en el punto precedente, el demandante interpuso Recurso de Revocatoria (fs. 110 a 11 del Anexo), que, previa respuestas del opositor (fs. 114 a 116 del Anexo) mereció la Resolución Administrativa DPI/OP/REV N°02/2013 de 3 de enero, rechazando la impugnación y confirmando en todas

sus partes la Resolución recurrida (fs. 118 a 126 del Anexo, reiterada a fs. 17 a 25 del expediente)).

III.6 TKS S.A., contra la resolución que resolvió el Recurso de Revocatoria, en fecha 14 de marzo de 2013, interpuso Recurso Jerárquico en los términos del memorial de fs. 132 y vta. del Anexo, que fue resuelto mediante la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-025 NN/2013 de 24 de julio, que rechazó el Recurso interpuesto y confirmó la Resolución impugnada de 3 de enero de 2013 (fs. 11 a 16 del expediente).

En vista de las Resoluciones del SENAPI, pronunciadas en sede administrativa, TKS S.A., interpuso la presente demanda contenciosa administrativa mediante memorial de fs. 39 a 42 vta., del expediente.

III.7 En el curso del proceso contencioso administrativo, se dio cumplimiento al procedimiento de puro derecho señalado en los arts. 781 y 354.11 y III del Código de Procedimiento Civil (CPC-1975), habiéndose procedido a la notificación del tercero interesado, conforme consta a fs. 130 de obrados y dado lugar a la participación de la Procuraduría General del Estado en el memorial de fs. 91 a 92 vta., del expediente.

III.8 Concluido el trámite, se decretó Autos para Sentencia conforme se evidencia de la providencia cursante a fs. 136 de obrados.

III.9 Finalmente, la Compañía SWATCH AG, en su calidad de tercero interesado, presentó el memorial de fs. 146 y vta., del expediente, en el que presenta "Declaración de consentimiento y acuerdo transaccional", que es reiterado a fs. 152, expresando su conformidad con el registro del demandante y el acuerdo transaccional suscrito con él. Así mismo, el tercero interesado, mediante memorial de fs. 161 y vta., solicitó a este Tribunal la "Homologación del acuerdo transaccional", solicitud que fue resuelta mediante la Resolución de Sala Plena 93/2917 de 13 de marzo (fs. 167 a 168 del expediente) que desestimó la solicitud de homologación, con el argumento principal de que, en la presente causa son partes TKS S.A y el SENAPI, no así el tercero interesado, por lo que homologar un acuerdo que no está suscrito por las partes en contienda no tendría ningún efecto jurídico.

IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

De los antecedentes del proceso, la fundamentación de derecho y reconocida como se encuentra la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Plena para la resolución de la controversia, tomando en cuenta la naturaleza del proceso contencioso administrativo que reviste las características de juicio ordinario de puro derecho, en el que el Tribunal Supremo de Justicia analiza la correcta aplicación de la Ley a los hechos expuestos en este caso por la parte demandante, corresponde realizar el control de legalidad sobre los actos administrativos ejercidos por el SENAPI.

Consecuentemente, al existir denuncia de vulneración de normas legales, corresponde su análisis y consideración, estableciendo que el objeto de la controversia se refiere a determinar: 1) Si resulta evidente el riesgo de confusión para los destinatarios del producto entre las marcas ICE-WATC del demandante y SWATCH del tercero interesado en la presente causa, y 2) Si el registro de la marca "ICE WATCH" mixta solicitado por TKS S.A, incurre en las prohibiciones establecidas en los arts. 136 inc. a) y 159 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, vulnerando los derechos de la marca SWATCH de la Compañía SWATCH AG.

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

V.1. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA

En virtud a los arts. 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, este Tribunal Supremo de Justicia mediante Auto de Sala Plena N°132/2017 de 13 de junio que discurre de fs. 179 a 181 vta., del expediente, solicitó interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, emitiendo este último Interpretación Prejudicial dentro del proceso signado con la sigla 108-IP-2018 de 30 de abril de 2019 de fs. 187 a 194 de obrados, misma que de conformidad con lo dispuesto por el art. 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, será aplicada en la emisión del presente fallo, debiendo además dar cumplimiento a la disposición del párrafo tercero del art. 128 del Estatuto vigente.

V.2. EN RELACION AL PRIMER PUNTO DE CONTROVERSIA, ES DECIR, SI EXISTE RIESGO DE CONFUSIÓN ENTRE LAS MARCAS ICE-WATCH Y SWATCH.

EL demandante TKS S.A., controvierte la decisión del SENAPI que negó el registro de su marca y diseño y defirió favorablemente la oposición presentada por SWATCH AG., tercero interesado en la presente causa, afirmando que la marca cuyo registro solicita utiliza como elemento distintivo la palabra "ICE", que no guarda ninguna similitud con la letra "S" utilizada por el opositor SWATCH, que además de la palabra que la distingue, incorpora en su distintividad los elementos de su diseño y la disposición de las palabras, una encima de otra, siendo la palabra ICE de mayor tamaño que la palabra WATCH., no compartiendo con la marca opositora el mismo ritmo y entonación, dado que SWATCH es una sola palabra mientras que ICE-WATCH cuenta con dos palabras.

Por su parte la entidad demandada SENAPI, en su respuesta sostuvo que su decisión estuvo basada en un análisis cronológico que evidencia que el opositor tiene registrada su marca SWATCH con anterioridad a la solicitud del demandante, y en la falta de oportunidad de presentación de la prueba, consistente en el "Acuerdo de Coexistencia Marcaria" cuando pudo ser presentada a momento de la solicitud de inscripción y registro. Así mismo, señaló que el acuerdo mencionado fue rescindido por medio de una carta fechada en 5 de junio de 2009 enviada a TKS S.A. y que, como ambos productos pertenecen a la clase 14 de la clasificación de NIZA, existe probabilidad que ambas marcas puedan ser apreciadas de la misma manera, por lo que afirmó que las marcas en controversia no pueden coexistir en el mercado por el peligro de confusión que ello conlleva.

Previamente a resolver el primer punto de controversia, debe considerarse que, sobre la aplicación de tratados internacionales en materia de propiedad industrial, corresponde establecer que el principio fundamental del Derecho Comunitario Andino, es el principio de la "Primacía del Ordenamiento Comunitario", bajo el cual el ordenamiento comunitario andino goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros y respecto a las normas de derecho internacional, por lo que en caso de presentarse antinomias entre el derecho comunitario andino y el derecho interno de los Países Miembros, o entre el derecho comunitario y las normas de derecho internacional, prevalece el primero.

En consecuencia, la disposición normativa interna o contenida en un tratado suscrito por el respectivo País Miembro que sea contraria a la norma comunitaria, dejará de aplicarse en el caso concreto.

De lo anterior, se infiere que en el caso de los tratados internacionales suscritos por los países miembros de la Comunidad Andina, al ser estos asimilados como normativa interna del país suscribiente, el Derecho Comunitario Andino conserva su preeminencia y aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno y de origen internacional de los países miembros, toda vez que el ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los países miembros, sino del Tratado constitutivo de la Comunidad Andina, por lo que no se encuentra subordinado al ordenamiento interno o de origen internacional de sus miembros, por tanto, los tratados internacionales que celebren los países miembros como el Convenio de París, no vinculan a la comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los países miembros y terceros países u organizaciones (las negrillas son añadidas).

Efectuada la aclaración precedente, e ingresando a resolver el primer punto de controversia, basados en la interpretación prejudicial efectuada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (fs. 187 a 193), se tiene que la palabra WATCH es de uso común para los productos comprendidos en la clase 14 de la Clasificación Internacional de Niza, la marca "ICE WATCH", cuyo registro e inscripción le fue negada al demandante, constituye una marca mixta por estar compuesta de su elemento denominativo (palabra) y un elemento gráfico (diseño particular de la firma), así también lo reconoce la entidad demanda a tiempo de dar respuesta a la presente acción, mientras que la marca del opositor (tercero interesado en la causa) "SWATCH", resulta ser una marca denominativa.

En consecuencia, -como bien reconoce el SENA PI-, esta marca mixta del demandante o la combinación de las palabras, al ser apreciadas en su conjunto producen en el consumidor una idea sobre la marca que le permite diferenciarla de las demás existentes en el mercado, adicionando el hecho que la marca ICE WATCH, posee también un elemento gráfico que la diferencia de la marca del opositor, resultando entonces no ser evidente lo afirmado por la entidad demandada, en sentido que, no obstante que la marca del demandante es una marca mixta, el elemento de mayor influencia es la palabra WATCH que podría confundirse con la marca del opositor SWATCH, porque en ambas marcas en su estructura poseen las mismas expresiones acústicas o fonéticas.

Al respecto de las distinciones gráficas, resulta importante destacar la apreciación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sentido que: "(..) Si al realizar la comparación se determina que en las marcas mixtas predomina el elemento gráfico frente al denominativo, no habrá lugar a la confusión entre las marcas, pudiendo éstas coexistir pacíficamente en el ámbito comercial, salvo que pueda suscitar una misma idea o concepto, en cuyo caso podrían incurrir en riesgo de confusión (..)".

Aplicando la disposición glosada al caso de autos, se tiene que en la marca "ICE SWATTCH", además de ser una marca mixta compuesta por dos palabras, incorpora en su distintividad los elementos de su diseño: disposición de palabras (una encima de la otra), tipografía, raya divisorias y diseño, siendo la palabra ICE el elemento dominante, por estar escrito en tamaño más grande que WATCH, palabra que se encuentra claramente separada del elemento ICE, conforme se observa en la imagen,

(Signo solicitante)

Por su parte, la marca del opositor, a diferencia de la marca demandante que está compuesta de dos palabras, posee una sola palabra, siendo una marca denominativa, no tiene elemento distintivo gráfico y al ser una sola palabra, no le permite sobreposición alguna frente a otra palabra como en el caso del demandante, tal cual se observa en su imagen.

(Signo opositor).

Por otra parte, siguiendo siempre el lineamiento establecido en la respuesta a la consulta prejudicial efectuada por este Tribunal, debe considerarse que, si en la marca mixta (demandante) predomina el elemento denominativo, deberá realizarse el cotejo de acuerdo a las siguientes reglas para la comparación de los signos denominativo (opositor): a) Debe analizarse cada signo en su conjunto, sin descomponer su unidad fonética, b) Se debe tener en cuenta la sílaba tónica de los signos a comparar, pues si ocupa la misma posición, es idéntica o muy difícil de distinguir, la semejanza entre los signos podría ser evidente, c) Debe observarse el orden de las vocales, si se encuentran en el mismo orden asumirán una importancia decisiva para fijar la sonoridad de la denominación, d) Se debe determinar el elemento que impacta de una manera más fuerte en la mente del consumidor, pues esto demostrará como es captada la marca en el mercado.

Aplicando lo anterior en la resolución del presente proceso, se tiene que si bien es cierto que la marca del demandante, y la del opositor, poseen un aspecto común que comparten, como es la palabra Swatch; no es menos evidente, que al margen de las características que ya fueron detalladas en párrafos precedentes de la marca del demandante, ésta posee un signo gráfico que la diferencia de la marca SWATCH.

Consiguientemente, el riesgo de confusión para los destinatarios del producto o consumidores, desaparece, toda vez que la similitud entre ambas marcas no es absoluta, existiendo elementos de distintividad entre una y otra.

De igual modo un elemento importante a ser considerado es que en la marca del opositor, delante de la palabra compartida por ambas marcas existe la consonante "S", siendo en definitiva la marca del opositor “SWATCH”, otro elemento que no permite la identidad total entre una marca y otra.

En suma, ICE WATCH de TKS S.A., posee elementos diferenciadores de la marca SWATCH de la sociedad SWATG AG.

Por último, también a efecto de resolver la controversia, no puede dejarse de lado el registro de la marca del demandante en varios países de Europa y América Latina, escenarios geográficos en los que co existe con la marca del opositor, que también cuenta con registro de su marca en los mismos países, conforme afirman tanto demandante cuanto el tercero interesado, extremo éste que no fue desconocido por el SENAPI, empero, con el fundamento de que en cada país, la entidad encargada del registro de marcas posee autonomía de función y de decisión, a pesar de reconocer la co existencia marcaria del solicitante y el opositor, negó el registro de TKS S.A., extremo que iría contra las características de globalización de las que Bolivia no puede estar ausente, menos ignorar los actos de comercio que se realizan en países del mundo entero.

V.3. SOBRE EL SEGUNDO PRUNTO DE CONTROVERSIA, ES DECIR SI EL REGISTRO DE LA MARCA "ICE WATCH" MIXTA SOLICITADA POR TKS S.A, INCURRE EN LAS PROHIBICIONES ESTABLECIDAS EN LOS ARTS. 136 inc. a) y 159 DE LA DECISIÓN 486 DE LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA, VULNERANDO LOS DERECHOS DE LA MARCA SWATCH DE LA SOCIEDAD SWATCH AG.

Para resolver el segundo punto identificado como controversia en la presente causa, debe advertirse que este Tribunal, solicitó interpretación prejudicial de los arts. 135 literal b) 136, literales a) y f) y el art. 159 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, estableció que la consulta procede con excepción de los arts. 136 literales n y 135 literal b), de la Decisión mencionada, debido a que no es objeto de controversia la distintividad intrínseca del signo, ni la causal de irregistrabilidad por atentar un derecho de propiedad industrial o derecho de autor sin previo consentimiento del titular del derecho (fs.187 vta. del proceso).

En consecuencia, la solicitud de interpretación prejudicial fue respondida únicamente absolviendo la consulta únicamente en relación a los arts. 136 literal a) y 159 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, debiendo analizarse si la solicitud de registro de TKS S.A., incurre en la prohibición de estas disposiciones legales.

A dicho fin, es el art. 136 a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que prevé: "No podrán registrarse como marcas cuyo uso en el comercio afectará indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: a) Sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca puede causar un riesgo de confusión o de asociación".

De la norma transcrita supra, se establece entonces sin lugar a equívoco que resulta prohibido el registro de marcas que sean idénticas o se asemejen a una cuyo registro fue solicitado con anterioridad o que ya fue registrada por otra persona. En el caso de autos, el SENAPI niega la solicitud de registro de ICE WATCH (Denominación y diseño), declarando probada la oposición de la firma SWATCH AG, quién tenía registrada su marca "SWATCH" Clase Int 14, con registro N°50333-C de fecha 3 de agosto de 1990 y última renovación No 77349-a de fecha 24 de agosto de 2010 (fs. 20 a 21 del Anexo), basando su decisión la entidad demandada, precisamente en la previsión del art. 136 inc. a) glosado precedentemente, pronunciando así la Resolución Administrativa N°456/2012 de 12 de octubre en la que denegó a TIKS S.A. la solicitud de registro (fs. 98 a 105 del Anexo), Resolución que dio lugar a los recursos administrativos de Revocatoria y Jerárquico resueltos mediante las Resoluciones Administrativas DPI/OP/REV N°02/2013 de 3 de enero (fs. 118 a 126 del Anexo) y DGE/OPO/025 NN/2013 de 24 de julio (fs. 11 a 16 del expediente), ambas, confirmaron las anteriores y en definitiva declararon probada la oposición del tercero interesado en la presente causa y negaron el registro del demandante.

Ahora bien, revisadas las Resoluciones del SENAPI ejerciendo el control de legalidad sobre dichos actos administrativos y contrastadas con el contenido del art. 136 inc. a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, este Tribunal encuentra que, por las características de la marca solicitante que fueron descritas a tiempo de resolver el primer punto de controversia, la marca "ICE WATCH", no resulta idéntica o semejante a la marca del opositor "SWATCH", no existiendo entonces el riesgo de confusión o de asociación prevenido por la norma andina, entonces, no se encuentran en la marca solicitante elementos que

permitan subsumirla como contraventora del art. 136 a) de la Decisión 486, no pudiendo por este motivo concederse razón a la entidad demandada.

En relación al art. 159 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, este dispone: "Cuando en la Subregión existan registros sobre una marca idéntica o similar a nombre de titulares diferentes para distinguir los mismos productos y servidos, se prohíbe la comercialización de las mercancías o servicios identificados con esa marca en el territorio del respectivo País Miembro, salvo que los titulares de dichas marcas suscriban acuerdos que permitan dicha comercialización" (negrillas y subrayado se añadieron).

En el caso que nos ocupa, analizando los alcances de esta norma andina, para determinar la prohibición de registro de una marca (ICE WATCH), al igual que el caso del art. 136 —a), es requisito indispensable que la marca sea idéntica o similar con otra (SWATCH), prohibiéndose la comercialización de las mercancías en el territorio, en este caso boliviano. Al respecto, debe tenerse presente que efectivamente los productos de ambas marcas (solicitante y opositora) pertenecen a la clase 14 de la Clasificación Internacional de Niza, empero, para determinar si la solicitud del demandante está inmersa en la prohibición del art. 159 de la Decisión 486, se hace necesario acudir a la interpretación prejudicial que en lo que al punto atañe refiere: "(...) En el presente caso se deberá determinar si el signo solicitado está conformado por alguna palabra en idioma extranjero que sea de conocimiento generalizado en el sector del público consumidor medio al que se encuentran dirigidos los productos de la correspondiente clase de la Clasificación Internacional de Niza a los cuales se aplica el signo (..)". Bajo el entendimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se establece que efectivamente, el signo solicitado ICE WATCH se encuentra conformado por la palabra en idioma inglés “Watch” que traducida al idioma español significa "Reloj", empero, en el entendimiento del Tribunal Andino, se establece que esta palabra en idioma extranjero sea de conocimiento generalizado en el sector del consumidor medio, considerando que parte de la población boliviana se constituye en el destinatario o consumidor del producto, no puede afirmarse que el "Consumidor medio" conozca a cabalidad el significado de esta palabra extranjera, por lo que no existe riesgo de confusión basado en. el significado del término.

Sobre el punto es el Tribunal consultado quien en el 4.2 "Signos conformados por palabras en idioma extranjero" señala: "Al respecto, las palabras que no sean parte del conocimiento común, son consideradas signos de fantasía y, en consecuencia, es procedente su registro como marcas" (fs. 191 vta. Del Expediente). En consecuencia, bajo tal premisa, la solicitud de registro del demandante no transgrede el art. 159 de la norma andina.

A mayor abundamiento, se debe tomar en cuenta que los productos de ambas firmas (solicitante y opositora) pertenecen a Clase 14 de la Clasificación de Niza que comprende principalmente los metales preciosos, y ciertos productos de metales precioso o chapados, así como los artículos de joyería y relojería y sus partes constitutivas, mas este aspecto no puede ser considerado por el SENAPI como un elemento que haga inviable la solicitud de registro, pues el art. 159 al igual que su similar 136 inc. a), ambos de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, exigen para negar un registro la identidad y similitud en las marcas, identidad y similitud que en caso de análisis no existe.

Como corolario, se afirma entonces que la solicitud de TKS S.A. en cuanto a la solicitud de su marca ICE WTACH no transgrede el art. 159 de la norma andina.

Por todo lo anteriormente expuesto, se concluye que el registro de la marca "ICE WATCH” mixta solicitada por TKS S.A, no incurre en las prohibiciones establecidas en los

arts. 136 inc. a) y 159 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, menos vulnera los derechos de la marca del opositor.

Consecuentemente, por el fundamento de la presente resolución, la pretensión del demandante debe ser acogida.

VI.3. Conclusiones.

Que, del análisis precedente, este Tribunal Supremo de Justicia concluye que el SENAPI, al pronunciarse a través de la Resolución Jerárquica DGE/OPO/J-N°025 NN/2013 de 24 de julio, no se enmarca dentro las previsiones contenidas en las normas legales referentes al registro marcarlo y que constituyen base de la presente Sentencia, correspondiendo otorgar razón al demandante.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 4 y 6 de la Ley N°620 de 29 de diciembre de 2014, 778 al 781 del CPC-1975 y en virtud de los fundamentos expuestos, falla en única instancia declarando PROBADA la demanda de fs. 39 a 42 interpuesta por Pilar del Carmen Salazar Galindo, en representación legal de la Compañía TKS S.A., en consecuencia, revoca la Resolución Administrativa DGE/OPO/J-N°025 NN/2013 de 24 de julio; y las que le antecedieron, debiendo procederse al registro de la marca solicitada por el demandante.

Devuélvanse los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada, sea cumpliendo el procedimiento que corresponda.

Relator: Magistrado Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Fdo.- Dra. María Cristina Díaz Sosa

Dr. Esteban Miranda Terán

Dr. José Antonio Revilla Martínez

Dr. Marco Ernesto Jaimes Molina

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Dr. Carlos Alberto Egüez Añez

Dr. Ricardo Torres Echalar

Dr. Olvis Egüez Oliva

Dr. Edwin Aguayo Arando

Sucre, 20 de noviembre de 2019

Ante mí: Abg. Sandra Magaly Mendivil Bejarano - Secretaria de Sala.