

CUESTIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO

Ab. Juan Carlos Larrea Valencia

INTRODUCCIÓN

Antes que nada, creo imprescindible formular una aclaración sobre el ámbito o alcance del presente artículo, pues el mismo no tiene la pretensión de ser un estudio que agote las diversas temáticas en él tratadas. Es preciso señalar, en consecuencia, que en este trabajo se intenta analizar, en forma bastante somera, por cierto, varios temas que, a más de poseer una importancia científica intrínseca, han llamado mi atención en función de enriquecedoras experiencias prácticas.

1. COSA JUZGADA Y EFECTOS ERGA OMNES DE RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE RECHAZAN DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

Es nuestra intención discurrir sobre si las resoluciones desestimatorias del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") tienen efectos generales y obligatorios (*erga omnes*) y de cosa juzgada sobre la materia resuelta o si solamente gozan de tal tratamiento aquellos fallos que efectivamente declaren la inconstitucionalidad de actos normativos.

Es claro que una resolución del TC que declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica implica forzosamente, a más de una aplicación *erga omnes*, una decisión irreversible, con fuerza de "cosa juzgada" sobre dicha materia, pues:

- (i) ya no va a poder solicitarse de nuevo que se revise la concordancia de tal norma con el texto constitucional, pues la misma ya ha sido expulsada del Ordenamiento Normativo ecuatoriano¹;
- (ii) incluso si con posterioridad el Tribunal considerase que su decisión previa fue errónea o, de alguna manera, no ajustada suficientemente a Derecho y quisiera rectificar su “error” (lo que sería, por cierto, tremendamente peligroso por las presiones políticas que entrarían en juego y, más que nada, por el pavoroso grado de inseguridad jurídica que ello implicaría), el mencionado tribunal se vería imposibilitado de hacerlo, porque (ii.a) carece de la facultad constitucional o legal de revertir o revocar sus fallos y reinsertar en el Ordenamiento Normativo a la disposición previamente expulsada; y, (ii.b) la competencia constitucional otorgada al TC es, en el caso estudiado, la de juzgar la conformidad o inconformidad de una norma con el texto de la Carta Fundamental y, en caso de discordancia, determinar su expulsión, pero no alcanza ni implica de ninguna forma la capacidad de introducir nuevas normas al Sistema Jurídico, pues esa es una atribución típica de otras instituciones del Estado (de la Función Legislativa, por antonomasia; de la Función Ejecutiva, dentro del alcance de la potestad reglamentaria delimitado por la propia Constitución).

Pero en cuanto a que exista una obligatoriedad general o, peor aún, una suerte de “cosa juzgada” en lo que respecta a las resoluciones del TC **que rechazan** las demandas de inconstitucionalidad de actos normativos, no es posible arribar a una conclusión tan categórica. De hecho, ciertas líneas argumentales nos inducirían a creer que no deben existir tales generalidad y fuerza irreversible:

¹ Existen varias decisiones del TC en que el mencionado tribunal rechaza las demandas de inconstitucionalidad de normas que ya han sido derogadas. Recordemos que, si bien la declaratoria de inconstitucionalidad no es, en cuanto a su naturaleza y esencia, una medida idéntica a la derogación, sus efectos son similares, pues en ambos casos la disposición correspondiente es expulsada del Ordenamiento Normativo ecuatoriano.

- (i) En el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad no hay partes interesadas, no existe, por consiguiente, un interés particular al que se deba proteger respecto de pretensiones futuras similares: “*Esta acción no implica un interés particular, sino uno general, de la sociedad civil y el Estado, para preservar la supremacía constitucional*”², simplemente se trata de un proceso de confrontación objetiva, fría, racional, técnica y lógica sobre si existe o no discordancia o incompatibilidad entre la norma demandada y el texto constitucional;
- (ii) Según el actual texto constitucional, ya no existe en nuestro país la posibilidad de que se declare de oficio la inconstitucionalidad de actos normativos, lo que hace depender la existencia de resoluciones que acepten las peticiones de inconstitucionalidad, en sumo grado, de la riqueza técnica y argumental expuesta en los libelos que se presenten ante el Tribunal: ¿qué sucede, entonces, si la demanda o los argumentos expuestos no son lo suficientemente sólidos?;
- (iii) Puede darse el caso de que una nueva demanda alegue la incompatibilidad de un acto normativo respecto de una norma o principio constitucional distinto del citado en el anterior proceso, o que, aún cuando la discordancia se produzca respecto de la misma norma constitucional, se demande la inconstitucionalidad con una diferente fundamentación técnico jurídica. ¿Se puede hablar en esos casos de “identidad objetiva”?;
- (iv) En definitiva, el fin de la jurisdicción y del control constitucionales no es otro que el de la defensa objetiva del orden constitucional, lo que se traduce en el deber de preservar la constitucionalidad de las normas inferiores, depurando del sistema normativo a aquéllas que sean incompatibles o discordantes con la Carta Fundamental. Tal propósito superior no puede verse enervado o restringido por situaciones formales,

² RIVADENEIRA JÁTIVA, Hernán: “Acción de Inconstitucionalidad de las Normas Jurídicas”, en: “La Justicia Constitucional en la Actualidad”, Varios Autores, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, p. 241.

deficiencias de argumentación jurídica o visiones anquilosadas de los integrantes coyunturales del Tribunal;

- (v) Revisando el Derecho Comparado, tenemos el ejemplo de la Constitución española que limita el efecto definitivo y “*erga omnes*” únicamente a las denominadas sentencias estimatorias, es decir, a aquellas que declaran la inconstitucionalidad de actos normativos: “... *los ‘plenos efectos frente a todos’ se limitan expresamente en el artículo 164 de la Constitución a las Sentencias estimatorias o que declaran la inconstitucionalidad de la Ley o actos impugnados*”³;
- (vi) Sin perjuicio de lo anterior, en aras de mantener los niveles indispensables de seguridad jurídica, valor que, de aceptarse la línea argumental citada, podría entrar en colisión con los fines de la justicia constitucional, estimamos que debería rechazarse una nueva demanda si, respecto de la anterior desestimada, existiesen ciertas identidades entre las “pretensiones” (que, como es apenas obvio, nunca serán las mismas que en materia civil); por ejemplo, tratarse de la misma norma constitucional supuestamente violentada, en conjunción con una similar argumentación técnico-jurídica.

Con todo, es preciso advertir que el propio TC ha sentado precedentes en los que confiere fuerza de cosa juzgada respecto de resoluciones que han rechazado demandas de inconstitucionalidad. Así, mediante resolución del TC de 15 de agosto de 2000, caso No. 1022-99-IS, el Tribunal rechazó la inconstitucionalidad de las normas declaradas inaplicables por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal de Quito (disposiciones relativas al cumplimiento de determinadas obligaciones de los contribuyentes especiales), por cuanto la materia ya había sido tratada y resuelta mediante Resolución desestimatoria 094-2000 TP, publicada en el Registro Oficial No. 107 de 27 de junio de 2000.

Para el análisis de este tema, no es relevante si existe o no cosa juzgada respecto de las resoluciones desestimatorias del TC. En efecto,

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández: “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 2001, Tomo I, p. 172.

que exista o no “cosa juzgada” o efectos generales en lo atinente al rechazo de la inconstitucionalidad de una ley no tiene una real incidencia en los temas específicos aquí analizados, por cuanto las resoluciones del TC no tienen efecto retroactivo, como lo señala en forma apodíctica el Art. 278 de la Constitución:

*“Art. 278.- La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. **La declaratoria no tendrá efecto retroactivo**, ni respecto de ella habrá recurso alguno.*

Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley’.

1.1 Inaplicabilidad de normas jurídicas por inconstitucionalidad.-

En nuestro país prevalece un sistema concentrado de control constitucional. Esto implica, siguiendo el esquema delineado por Hans Kelsen para la Constitución austriaca de 1920, que existe un órgano estatal que tiene a su cargo las competencias específicas de velar, con efectos generales, por la constitucionalidad del ordenamiento normativo: el Tribunal Constitucional.

Con todo, si bien el esquema ecuatoriano es esencialmente concentrado, no lo es en su totalidad, pues existen ciertos elementos propios del sistema de control difuso (que prevalece en países como Estados Unidos de América o Argentina) tales como el control jurisdiccional de la constitucionalidad. Así, cualquier juez o tribunal puede, en las causas que conoce, declarar (de oficio o a petición de parte) la inaplicabilidad de cualquier precepto jurídico que estime contrario a la Constitución o a los tratados internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

Debemos recalcar las notas esenciales de esta facultad que la Constitución ha otorgado a los jueces comunes: (a) es una atribución concedida a cualquier juez o tribunal; (b) el precepto jurídico puede incluir leyes y normas de rango inferior al legal, pues el texto constitucional no ha distinguido; (c) en nuestro país, la tramitación del juicio no se suspende, como ocurre, por ejemplo, en España. El juez debe continuar sustanciando el proceso y dentro de él, decidirá si inaplica el precepto jurídico de que se trate, estando obligado a resolver la cuestión principal; (d) El precepto jurídico sobre el que recaiga la declaratoria de inaplicabilidad debe ser relevante con relación al caso materia del juicio que se sustancia; (e) La decisión que adopte el juez respecto de la inaplicabilidad del precepto tiene un alcance limitado: es obligatoria únicamente respecto de la causa en que se pronuncia. Más aún, su alcance se restringe, de ser el caso, únicamente a la instancia correspondiente a la actuación del juzgador (así, por vía de apelación o casación, los órganos jurisdiccionales superiores pueden no concordar con el criterio del inferior y aplicar al caso sub iudice el precepto estimado como inconstitucional por aquél, a menos que ya el TC hubiere declarado su inconstitucionalidad con efectos generales); (f) la declaratoria de inaplicabilidad es, dentro del alcance restringido ya mencionado, definitiva e inmutable. No está sujeta, en cuanto a su validez o eficacia, a una revisión, consulta o ratificación del TC ni de ningún otro órgano administrativo o jurisdiccional. Simplemente, para el caso concreto y para la instancia de que se trate, el precepto no puede aplicarse y el juzgador fallará la cuestión principal sin tomar en cuenta la norma inaplicada; (g) El juez respectivo, declare o no la inaplicabilidad de una norma, debe resolver la cuestión sometida a su conocimiento, derivada de su competencia natural. Si la sentencia que adopta se ejecutoria, de conformidad con las normas de procedimiento que correspondan, ella se convertirá en definitiva y obligatoria para las partes que hubieren intervenido en el proceso, estando al alcance del juzgador todas las medidas legales que existen para la ejecución de las decisiones judiciales; (h) Finalmente, la Constitución impone al juez la obligación de remitir al TC un informe sobre la inconstitucionalidad del precepto inaplicado, para que el mencionado Tribunal pueda dilucidar, para el futuro, si existe o no tal discordancia, y de encontrarla, resolver su expulsión del Ordenamiento Normativo, con efectos generales (*erga omnes*). Cuando por esa vía llega esta materia a conocimiento del TC se

produce lo que se conoce en doctrina como “cuestión de inconstitucionalidad”.

Las antes reseñadas características básicas de la inaplicabilidad de normas jurídicas han sido ratificadas por la doctrina y por el propio TC. Así, el profesor Jorge ZAVALA EGAS señala al respecto:

“No es posible negar que los jueces cuando deciden o no interponer la cuestión de inconstitucionalidad, están prejuzgando sobre la constitucionalidad de la ley y se podría decir que se ha incorporado al sistema concentrado del control de la constitucionalidad, uno de los elementos del sistema difuso (...) Eso ocurre tanto en el sistema español y con mayor intensidad en el ecuatoriano, donde la inaplicación de la ley presuntamente inconstitucional es obligación del juez común, el cual sólo pone en conocimiento del Tribunal Constitucional, vía cuestión de inconstitucionalidad, lo ya inaplicado y resuelto, con efectos definitivos para su instancia”⁴.

El mismo autor explica la inaplicación con un ejemplo y concluye: *“Fallado así el asunto, tiene efectos obligatorios sólo para el caso concreto que se juzga y en esa instancia (...)”* Luego, comentando la obligación que tiene el juez de comunicar la inaplicación decidida al TC, para que éste resuelva, con efectos futuros, generales y obligatorios, sobre la validez o invalidez de la norma inaplicada, señala: *“En el primer caso, su decisión deja a la norma con valor vinculante para todos y sería necesariamente aplicada por el juez de la apelación (...) o, en su defecto, si determina la efectiva inconstitucionalidad de esa norma de rango legal, también con efectos generales y obligatorios, la norma desaparece, se extingue del Ordenamiento Jurídico ecuatoriano. (...) Luego, en el sistema de control constitucional concentrado ecuatoriano, el juez o tribunal del Poder Judicial no es juez de constitucionalidad normativa (sólo lo es el Tribunal Constitucional) es, en cambio, inaplicador de leyes pre o postconstitucionales contrarias a la Constitución, por el fondo. A diferencia del sistema difuso que permite a todos los jueces, de cualquier instancia, la interpretación de la legalidad y, además, de la*

⁴ ZAVALA EGAS, Jorge: “Derecho Constitucional”, Edino, Guayaquil, 2002, Tomo II, p. 127

*constitucionalidad, aunque sea sólo con consecuencias de inaplicación. CALAMANDREI afirma que esta facultad judicial de inaplicación, en el sistema de control concentrado o difuso, no significa que los jueces tienen el poder de estar por sobre la ley, sino que se trata del poder que tienen por naturaleza todos los jueces de encontrar cuál es la ley aplicable al caso y, de escoger, cuando hay contraste entre dos normas, aquella que debe prevalecer, esto es, la Constitución*⁵.

Por su parte, el máximo órgano de control constitucional ha señalado lo siguiente:

“El artículo 274 de la Carta Política se refiere a que el juez o tribunal en las causas que conozca podrá declarar inaplicable un precepto jurídico, esta norma si bien es clara, para el efecto, nos conduce a desentrañar el significado de cuáles son “las causas que conozca” el juez, y bien podemos señalar que se refieren a aquellas propias de su competencia, esto es, cuando el juez cumple su función específica y natural, cual es la de administrar justicia, sea en el campo laboral, inquilinato, materia civil o penal”.

(Resolución del Tribunal Constitucional de 5 de septiembre de 2000, caso No. 1211-99-IS).

“Que, la disposición del inciso primero del artículo 274 de la Constitución Política de la República, es aplicable cuando en el transcurso de un proce-dimiento judicial asomare que un precepto jurídico es contrario a las normas de la Constitución, mas no cuando ese precepto jurídico ha sido, como en el caso, el fundamento de la demanda”

(Resolución No. 199-2001-TP, caso No. 871-98-IS).

Creemos pertinente citar varios casos en que la cuestión de inconstitucionalidad ha sido resuelta por el TC, en todos los cuales se puede observar que no se cuestiona de ninguna forma el ejercicio de la

⁵ ZAVALA EGAS, Jorge, op. cit., p. 123.

atribución de los jueces comunes, según el esquema esbozado en líneas anteriores: Resolución No. 205-2001-TP, Caso No. 763-98-IS; Resolución No. 248-2001-TP, Caso No. 004-2001-DI (en el cual se acogió el criterio del juzgador común –Primera Sala de lo Laboral y Social de la CSJ- y se declaró la inconstitucionalidad del Art. 2 del Reglamento de Carrera Judicial); Resolución No. 216-2001-TP, Caso No. 003-2001-DI; Resolución No. 133-2001-TP, Casos acumulados números 002-2000-DI y 004-2000-DI; Resolución No. 172-2001-TP, casos acumulados números 001-2001-DI y 002-2001-DI.

Por último, es necesario comentar que el hecho de que el juez no remita el informe previsto en el Art. 274 de la Constitución no enerva el alcance y efectos de la declaratoria de inaplicabilidad: esa decisión surte sus efectos en forma autónoma y, dentro de la causa e instancia respectivas, será vinculante e irreversible.

2. LA ELABORACIÓN DE BASES DE LICITACIÓN Y MODELOS DE CONTRATOS DE CONCESIÓN Y EL EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1 Las facultades discrecionales de la Administración Pública y las limitaciones en su ejercicio.

En un proceso de licitación pública internacional regido por la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento, se podría concluir, *a priori*, que la inclusión de determinadas materias en las Bases de Licitación y en el modelo de Contrato corresponde al ejercicio de facultades discrecionales de la entidad concedente y que, además, en la aplicación de ese tipo de facultades, la Administración tiene la más amplia libertad, únicamente acotada por expresas limitaciones o restricciones legales. Al respecto debemos señalar que, aún en el evento de que la primera parte de tal línea conceptual se tuviera por absolutamente cierta (lo que, como veremos más adelante, no es así), debemos discordar por completo con la segunda parte del razonamiento, pues la Administración jamás puede actuar con el mismo marco de libertad de los particulares.

Como es ampliamente conocido en el ámbito jurídico, la Administración Pública actúa en uso de potestades o facultades discrecionales cuando la norma correspondiente ha depositado en el funcionario o autoridad un elemento o un margen de decisión que queda supeditado a su juicio, a su criterio. En otras palabras, a más de los requisitos legalmente establecidos para que se produzca un determinado acto o decisión, cuando se ejercen facultades o potestades discrecionales se deja un cierto margen dentro del cual el funcionario puede decidir si actúa o no actúa de determinada manera. En cambio, cuando se ejercen facultades regladas, el funcionario o autoridad únicamente se limita a aplicar la norma, sin tener margen alguno de decisión o de elección respecto a la forma en que tiene que proceder, por cuanto, al decir del profesor García de Enterría, la Ley ha determinado “*agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad*”⁶.

Con todo, ni siquiera en el ejercicio de facultades discrecionales, la Administración tiene un margen absoluto de libertad, en el que pueda, como hacen los particulares, hacer todo lo que no esté expresamente prohibido, restringido o limitado. Así lo explica con bastante claridad el autor peruano Baca Oneto: “*El que la discrecionalidad suponga un ‘margen de libertad’ de la Administración frente al legislador implica que éste no predetermina rigurosamente la actuación (tanto normativa como no normativa) de aquélla. No obstante, es necesario precisar que sólo en sentido figurado es posible hablar de la discrecionalidad como ‘libertad’, puesto que aquélla es una consecuencia del ordenamiento, no un dato previo a éste. La ‘libertad’ de la Administración frente al ordenamiento, como indicá-bamos líneas arriba, no puede ser igual a la de los particulares, ya que, en tanto es un Poder público, ha sido constituida por el ordenamiento jurídico, por lo que estará positivamente vinculada a él*”⁷. Criterio que es ratificado por García de Enterría: “*No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto. Esto último, la existencia de una medida en las potestades discrecionales, es capital. También hemos observado que la remisión de la Ley al juicio subjetivo de la Administración no puede ser más que parcial y no total. Esto es una*

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: “Curso de Derecho Administrativo”, Civitas Ediciones, Madrid, Décima Edición, 2001, Tomo I, p. 452.

⁷ BACA ONETO, Víctor Sebastián: “LOS ACTOS DE GOBIERNO”, Universidad de Piura, Piura, 2003, p. 135.

*simple aplicación del principio de la mensura-bilidad de todas las competencias públicas o de su necesaria limitación (...) pero encuentra en este ámbito de la discrecionalidad un interés destacado. En efecto, si resulta que el poder es discrecional en cuanto que es atribuido como tal por la Ley a la Administración, resulta que esa Ley ha tenido que configurar necesariamente varios elementos de dicha potestad y que la discrecionalidad, entendida como libertad de apreciación por la Administración, sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos, de tal potestad*⁸.

Una vez aclarado que la Administración jamás desenvuelve sus actividades en un marco de libertad similar al de los particulares, ni siquiera cuando ejerce potestades discrecionales, es necesario analizar cuáles son los límites mínimos que existen para el ejercicio legítimo de tales facultades. Al respecto, siguiendo la doctrina administrativa más conspicua, podemos señalar que son, básicamente, los siguientes: (i) el límite de la legalidad y la jerarquía normativa, es decir, que lo que se ejecute o decida en el ejercicio de la potestad discrecional no podrá estar en contradicción con norma superior alguna; (ii) la prueba o “test” de la racionalidad; (iii) los límites de la “razonabilidad” y proporcionalidad; (iv) los límites impuestos por la buena fe y otros principios generales del Derecho⁹.

2.2 Las limitaciones de las entidades públicas concedentes en la elaboración de las bases de licitación y modelos de contratos.

Como hemos visto, la Administración no puede ejercer con absoluta libertad las potestades discrecionales que la norma en forma expresa le ha otorgado. Este principio general se aplica sin mayores inconvenientes a situaciones particulares de actuación administrativa, tales como la

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 454.

⁹ El autor argentino Gómez Sanchis lo resume magistralmente: “*Los pliegos no pueden incluir disposiciones que contravengan los requisitos de generalidad, impersonalidad e igualdad, así como también los de publicidad, concurrencia, etc. (...) Las cláusulas licitatorias no pueden violar los límites jurídicos existentes para el ejercicio de atribuciones discrecionales de la Administración (razonabilidad, buena fe, desviación de poder, principios generales del derecho, etc.)*”; en: GÓMEZ SANCHIS, Daniel: “Pliego de Condiciones”, en: FARRANDO, Ismael (Director): “Contratos Administrativos”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 241.

elaboración de Bases de una Licitación Pública Internacional y del Modelo de Contrato de Concesión que forma parte de tales Bases. De esta manera, si aplicamos los criterios o reglas antes expuestos sobre el ejercicio legítimo de facultades discrecionales, a exigencias que se contemplen en un proyecto de Contrato de Concesión y que fueren desproporcionadas o irrazonables o que desbordan el marco normativo correspondiente, llegaremos forzosamente a la conclusión de que tales requisitos contractuales no cumplirían con las mencionadas reglas o límites. Veamos los motivos de esta afirmación:

a) Criterio de legalidad o de jerarquía normativa.

Los requisitos o exigencias contemplados en las Bases o en el proyecto de contrato deben ser compatibles con el sistema normativo ecuatoriano, sin importar si los destinatarios de tales condiciones son personas nacionales o extranjeras. En este último supuesto, cabe preguntarse cómo podría exigirse a compañías extranjeras el cumplimiento de determinadas prestaciones que no podrían ser válidamente exigibles a sociedades ecuatorianas. En definitiva, es claro que no puede incluirse en el modelo de contrato condiciones, requisitos o exigencias que sean contrarias a expresas disposiciones normativas. Este criterio es compartido por la doctrina que en forma pacífica se ha pronunciado sobre el tema:

*“La Administración tiene amplias facultades para redactar los pliegos de bases y condiciones, determinando las cláusulas del procedimiento de selección y del contrato a celebrar en su consecuencia. Sin embargo, no puede incluir cláusulas ilegales o violatorias de disposiciones normativas, por cuanto el obrar estatal, unilateral o contractual, debe conformarse según el principio de legalidad”.*¹⁰

*“Las cláusulas del pliego no pueden contradecir las normas de mayor jerarquía que regulan la contratación”.*¹¹

¹⁰ DROMI, Roberto: “LICITACIÓN PÚBLICA”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 246.

¹¹ GÓMEZ SANCHIS, Daniel, op. cit., p. 240.

*“La Administración no tiene la facultad de inscribir, en los actos constitutivos del contrato (pliegos de condiciones, contratos), cláusulas ilícitas. En la práctica, la Administración es la única que redacta los pliegos de condiciones y aun el proyecto de contrato. Ella no se entiende con el proveedor, el empresario o el cocontratante. Este último no hace más que aceptar la propuesta. Debe aceptarla sin reserva; de lo contrario se lo excluye por esto mismo”.*¹²

b) Prueba de “racionalidad”.

Esta prueba consiste en verificar, entre otras cosas: si para adoptar la decisión respectiva, la realidad de los hechos ha sido respetada; si se han tomado en consideración factores jurídicamente relevantes; si se ha efectuado o no un discernimiento lógico que determine la decisión; si este razonamiento no adolece de errores o si es o no consistente con la realidad de los hechos.

c) Los límites de “razonabilidad” y “proporcionalidad”.

La decisión administrativa tomada en ejercicio de potestades discrecionales, a más de respetar el principio de legalidad y de ceñirse al criterio de racionalidad, debe pasar las pruebas de la “razonabilidad” y la proporcionalidad, para ser considerada una decisión legítima.

En cuanto a la razonabilidad se busca verificar que la solución adoptada no *“adolezca de incoherencia por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin, o que resulte claramente desproporcionada (...) no ya a sus ojos, sino a los de cualquier persona sensata, según el parámetro al uso en la jurisprudencia anglosajona, que apela a un standard de conducta muy semejante a los habituales en el Derecho privado y, al igual que éstos, perfectamente objetivable”.*¹³

¹² JÈZE, Gastón: “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, Tomo IV (Teoría General de los Contratos de la Administración), p. 178.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: op. cit., p. 480.

Un criterio similar es el que expuso, en su oportunidad, el Tribunal Constitucional peruano, en un fallo ya bastante célebre:

“ (...) la discrecionalidad –que existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público– tiene como requisito la razonabilidad y no puede ser sinónimo de arbitrario, que es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, y desprendido o ajeno a toda razón capaz de explicarlo”.¹⁴

Por su parte, la proporcionalidad tiene relación, más que nada, con verificar la adecuación de los medios adoptados con los fines que se pretende conseguir. Este criterio resulta de particular relevancia, pues con el propósito de lograr en un momento posterior –el de la celebración del contrato– un grado aún mayor de seguridad o de garantía para los intereses de la entidad concedente (pretensión innecesaria, como ya hemos analizado), se consagra en un momento más cercano –el de la licitación– una exigencia o requisito que puede conducir a una situación mucho más grave, como es el hecho de que se limite, restrinja o, de hecho, se impida la presentación de Propuestas a Participantes, situación que puede llevar al riesgo absurdo de que el proceso no pueda siquiera avanzar hasta la etapa dotada de “mayor protección”. Sobre la proporcionalidad, ha dicho lo siguiente el constitucionalista español Luis María Díez-Picazo:

“El principio de proporcionalidad tiene su origen en Alemania, donde viene siendo empleado tanto en derecho administrativo como en derecho constitucional, y se ha extendido en los últimos años por Europa gracias a su recepción por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En sustancia, constituye un instrumento para controlar cualesquiera actos de los poderes públicos (leyes, reglamentos, actos administrativos, etc.) que inciden sobre los derechos e intereses de los particulares. Dichos actos sólo podrán reputarse proporcionados, y, por ende, válidos cuando

¹⁴ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: “Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional”, Palestra Editores, Lima, 2006. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, en el expediente No. 2763-2003-AC/TC, citada por Pedro P. Grández Castro, en la “Presentación”, p. 17.

respeten cumulativamente tres requisitos: A) Que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone. B) Que la intervención sea necesaria, en cuanto que no quepa una medida alternativa menos gravosa para el interesado. C) Que sea proporcionada en sentido estricto o, en otras palabras, que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención pública. Este último requisito significa que, aun cuando la medida sea adecuada y necesaria, deberá considerarse inválida si implica el vaciamiento del derecho o interés en juego".¹⁵

El insigne tratadista Jesús González Pérez nos da aun más luces sobre el tema de la proporcionalidad: "*El de proporcionalidad es uno de los principios que han de informar toda la actividad administrativa (...). Principio que no postula otra cosa que una adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer. La Administración pública debe elegir los medios menos restrictivos a la libertad (Ss. de 29 de marzo de 1965, 10 de junio de 1977 y 15 de junio de 1981. Ar. 2924), los que resulten menos lesivos a los derechos de los administrados (S. de 14 de febrero de 1977), no imponer ninguna carga, obligación o prestación más gravosa que las que sean necesarias para cumplir con las exigencias del interés público*".¹⁶

Como vemos, en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debe verificarse si la decisión adoptada por la Administración es necesaria, coherente, adecuada a los fines que persigue y lo menos gravosa o perjudicial que se pueda, en vista de que las medidas administrativas deben ser ponderadas a la luz del principio funcional o de eficiencia, como nos recuerdan el argentino Dromi y el español Tomás-Ramón Fernández:

"En derecho, toda libertad, toda discrecionalidad por y para ser tal, tiene necesaria y obligatoriamente límites. Si no los tuviese, dejaría de ser discrecionalidad para convertirse en arbitrariedad. (...) No puede

¹⁵ DIEZ-PICAZO, Luis María, Sistema de Derechos Fundamentales, Civitas Ediciones S.L., Madrid-España, Pág. 109-110.

¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo", Civitas Ediciones, Madrid, 1999., pp. 70-71.

adoptarse un criterio de exclusión anticipada que vaya más allá de lo estrictamente necesario para garantizar la seguridad que se pretende'.¹⁷

*"El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, **y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental***".¹⁸

d) Límites impuestos por la buena fe y otros principios generales del Derecho.

Por último, las exigencias o requisitos que se prevean en las Bases o en los proyectos de contratos deben respetar también los límites impuestos por la buena fe y por el principio de confianza legítima. En efecto, si se trata de una decisión en la que no guardan proporción los medios adoptados con los fines perseguidos, la buena fe de los administrados se pone en riesgo, como lo señala con claridad González Pérez:

*"Podría entenderse que **una actuación desproporcionada es contraria a las exigencias de la buena fe, en cuanto el sujeto adopta una conducta que no es la conducta normal y recta que podría esperarse de una persona asimismo normal. No es normal exigir algo más de lo que es necesario exigir para cumplir el fin perseguido. No actúa de buena fe el que grava a otro innecesariamente, el que impone limitaciones superiores a las necesarias para cumplir la finalidad pretendida o exige prestaciones desmesuradas***".¹⁹

*"La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración **no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga**. Y en que no le va a ser exigido en el*

¹⁷ DROMI, Licitación Pública, p. 250.

¹⁸ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: "Discrecionalidad...", pp. 97-98.

¹⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 71.

lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida".²⁰

En cuanto al principio de protección de la confianza legítima, debemos señalar que como criterio o pauta de predicción de futuros comportamientos de la Administración en función de anteriores actuaciones, forma parte del derecho constitucionalmente garantizado de la "seguridad jurídica" y que, al decir del Tribunal Supremo español "*ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa*".²¹

Este principio adquiere particular relevancia, puesto que los participantes en un proceso licitatorio suponen que los requisitos o condiciones que allí se exijan serán congruentes o similares con los exigidos por la Administración Pública en procesos anteriores de igual naturaleza (más aún si se trata de la misma entidad concedente, frente a la cual el particular debe legítimamente esperar un comportamiento análogo).

Finalmente, debemos señalar que los límites antes mencionados para el ejercicio de las facultades discrecionales han sido recogidos en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, en el que se señala, entre otras cosas, que la discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano y que todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial (Art. 2). Adicionalmente, se establece que, en forma previa a la expedición de los actos administrativos, los funcionarios deben cuidar

²⁰ *Ibíd*em, p. 91.

²¹ *Ibíd*em, sentencia del Tribunal Supremo español, de 1 de febrero de 1990, citada en la p. 49.

que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho determinantes, y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto (Art. 3). Por último, se consagran los principios de interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad y razonabilidad:

“Art. 6.- INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.- El control a realizar deberá ser ejercido a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el más genérico de razonabilidad, que son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar. No es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas.

Art. 11.- PROPORCIONALIDAD.- Las medidas que el acto discrecional involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida.

Art. 12.- RAZONABILIDAD.- El control de la actividad discrecional debe confirmar, finalmente; si el proceso de la toma de decisión fue efectuado con sujeción al ordenamiento jurídico, conforme a los límites señalados en este reglamento y si la decisión discrecional, siendo racional puede y debe ser calificada como razonable” .

3. ¿QUIÉN PUEDE SER CONCEDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS?

3.1 Concesión de servicio público: noción y características.-

Como es generalmente conocido, la concesión es una figura jurídica que admite una serie de variantes y modalidades, cada una de las cuales requerirá para su aplicación el cumplimiento previo y obligatorio de determinados requisitos y condiciones; así como generará efectos particulares, en función de los diferentes objetos que tengan y de los propósitos que persigan. Como veremos más adelante, la concesión puede asumir, en Derecho Administrativo, varias manifestaciones, que van desde la simple concesión de uso de bienes públicos hasta los complejos mecanismos que combinan los elementos de concesión de obra y de servicio público. Precisamente, lo que tenemos que analizar en el presente caso es la concesión de un servicio público.

Tal como lo reconoce la propia Constitución Política del Ecuador, la concesión de servicios públicos es una de las formas o modalidades que el Estado puede utilizar para delegar a la iniciativa privada la provisión o prestación del servicio de que se trate, junto con otros mecanismos tales como la asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria, etc.

En definitiva, por medio de la concesión de servicio público, el Estado como tal **o una persona jurídica de derecho público** (central o seccional) encarga o **delega** a otra persona el ejercicio de las facultades relativas a la prestación de un servicio público, de las que es y seguirá siendo titular, bajo riesgo del concesionario y a cambio de beneficios económicos que se deriven de tal explotación.

Tal noción ha sido recogida de alguna manera en nuestro sistema normativo. Así, el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado (en adelante, RLM), si bien no define lo que debe entenderse por concesión, nos proporciona en su Art. 69, una buena descripción de sus características esenciales:

*Art. 69.- Las concesiones serán otorgadas **al sector privado** con el objeto de que este último por su cuenta y riesgo, en las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato, planifique y construya una obra pública, mantenga y mejore una ya existente o **preste un servicio público** a cambio de recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo.*

La conceptualización de la concesión de servicio público como un acto eminentemente estatal o de "derecho público", es recogida por autores de la talla del uruguayo Sayagués o de la argentina Patricia Raquel Martínez:

*"La concesión de servicio publico puede definirse como el **acto de derecho publico** por el cual la administración encarga temporalmente a una persona la ejecución de un servicio publico, transmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y contralor, pero por cuenta y riesgo del concesionario"*²².

²² SAYAGUÉS LASO, Enrique: "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, Tomo II, p. 12

*“La concesión de servicio público es el acto mediante el cual **el Estado** encomienda a una persona – individual, jurídica, privada o pública –, por tiempo determinado, la organización y funcionamiento de un servicio público; dicha persona, llamada “concesionario”, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez. Tal es la noción generalmente aceptada por la doctrina”²³.*

3.2 Quién puede ser concedente de servicio público.-

Como se puede colegir de las definiciones antes citadas, en una concesión de servicio público, **únicamente puede ser concedente aquella institución estatal o de derecho público que tenga la titularidad sobre las competencias que serán objeto de la delegación al sector privado**. Esta conclusión no impide la posibilidad de que participen en beneficio o representación de la entidad pública concedente otras personas jurídicas que actúen como unidades de gestión, es decir, que efectúen las gestiones necesarias para llevar a cabo la concesión e incluso para que se suscriba el correspondiente contrato, pero se debe entender que todas esas actividades y gestiones se las hace con la anuencia y en representación de quien es la entidad concedente.

La afirmación de que solamente es posible que una entidad estatal o de derecho público pueda entregar en concesión un servicio público ha sido expresamente recogida por nuestra legislación y aceptada en forma pacífica por la doctrina. Así, entre otros, los artículos 6 y 41 de la Ley de Modernización del Estado confirman la facultad jurídica que tiene **el Estado** para delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos.

*Art. 6.- **El Estado** podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de su*

²³ MARTÍNEZ, Patricia Raquel: “Sistema de Control de los Servicios Públicos ‘Privatizados’ en la Argentina”, en VV. AA.: “Los Servicios Públicos”, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 130

propiedad. Esta delegación se hará por cualesquiera de los medios establecidos en la Constitución garantizando que, si se tratare de servicios públicos, éstos respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación equitativa de precios y tarifas; y si se tratare de la exploración y explotación de recursos, se realice en función de los intereses nacionales.

*Art. 41.- DELEGACION.- **El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos** de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. La participación de las empresas mixtas o privadas se hará **mediante concesión**, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual "o administrativa" de acuerdo con la ley. El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado...*

Adicionalmente, el RLM claramente dispone en sus artículos 67, 68 y 70 que la concesión de los servicios públicos únicamente puede tener como entidad concedente al Estado (Administración Central o Régimen Seccional-Autónomo):

*Art. 67.- (segundo inciso) **Las concesiones serán otorgadas por las entidades u organismos del sector público** que sean competentes según la legislación vigente, en las modalidades permitidas por el artículo 43 de la Ley de Modernización.*

*Art. 68.- **Las autoridades de los organismos seccionales** podrán recurrir a las modalidades comprendidas en el literal c) del artículo 43 de la Ley de Modernización de conformidad con el artículo 44 de la citada ley.*

En las concesiones de obra y servicio público la máxima autoridad de la entidad u organismo deberá dar cumplimiento previo a las demás normas legales y reglamentarias vigentes sobre aprobación técnica de las bases, y en especial en material de vialidad; riego; agua potable; alcantarillado y tratamiento de aguas; generación; distribución de energía eléctrica; servicios telefónicos; portuarios y aeroportuarios. En el caso de que una determinada obra o servicio público forme parte o afecte al territorio de competencia de más de una entidad u organismo deberá obligatoriamente celebrarse un convenio entre éstas. Si no hay acuerdo el CONAM resolverá dicho conflicto.

Art. 70.- Según lo dispuesto en los artículos 6, 44 y 49 de la Ley de Modernización podrán otorgar concesiones de obra y servicios públicos las entidades y organismos del sector público en la esfera de su respectiva competencia y cumpliendo con las aprobaciones previas de carácter técnico dispuestas en las leyes y reglamentos que regulan cada actividad.

Por otra parte, creemos conveniente consignar los siguientes aportes doctrinarios:

“El concedente ha de ser una persona pública estatal: Nación, provincia, municipio, entidad autárquica institucional. El concesionario puede ser una persona privada, física o jurídica; pública estatal o no estatal.

El concesionario es el contratista que sucede a la Administración en la gestión del servicio público. Técnicamente no es un órgano de la Administración Pública”²⁴.

“El objeto de la concesión de servicio público está obviamente constituido por la transferencia a favor del particular de las facultades para la gestión del servicio, el funcionamiento de éste depende de la actividad

²⁴ DROMI, Roberto: “Derecho Administrativo”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 516.

*del contratista. Lo característico de aquel esta precisamente en que la gestión del servicio, del cual la administración es titular, se encomienda a un particular”*²⁵.

“La concesión es otorgada por la administración, es decir, por un ente estatal actuando en función administrativa.

*Su objeto el confiar a dicha persona la ejecución de un servicio público (...) Justamente porque la ejecución de los servicios públicos es un cometido propio de las entidades estatales, es que éstas pueden otorgar concesiones”*²⁶.

En conclusión, no cabe que una entidad privada sea concedente de servicios públicos. En ninguna ley o Reglamento se admite semejante cosa. Y mucho menos cabe que una entidad privada actúe como entidad concedente de competencias públicas y de bienes públicos cuya titularidad pertenece, jurídicamente, a **otra** persona jurídica de derecho público. Nadie puede transferir más derechos que los que tiene. **Y no puede confundirse la personalidad del Concedente, con la personalidad de la entidad a través de la cual dicho concedente decide, si es que así lo permite la normativa aplicable, ejercer algunas de sus atribuciones, la cual no será entonces otra cosa que un representante del Concedente que no asume, por consiguiente, por sus propios derechos, obligación de ninguna especie; sino que, al estar legalmente facultada para ello, “obliga” a su representada; es decir, a la persona jurídica de derecho público que actúa como Concedente.**

Teniendo absolutamente claro el papel que las “unidades de gestión” antes descritas pueden desempeñar en un proceso de concesión y considerando que tales unidades carecen de la titularidad de las competencias respectivas, cabe entonces efectuarnos las siguientes interrogantes:

- ¿Por el solo hecho de que participe en el proceso –en la calidad y con las limitaciones y efectos que hemos señalado- una persona jurídica privada como una fundación, corporación u otra unidad similar, se

²⁵ MARTÍNEZ, op. cit., p. 127.

²⁶ SAYAGUÉS, op. cit., pp. 12-13.

puede producir una conversión automática de la naturaleza del servicio público, debiendo ser considerado de ahora en adelante un servicio eminentemente privado?

- De igual manera, ¿por la mera intervención de una unidad de gestión de derecho privado, los bienes afectados al servicio público deben, ipso iure, dejar de ser considerados como bienes públicos para ser catalogados como bienes cuyo dominio corresponde ahora a la mencionada entidad privada?

Como la lógica más elemental y la técnica jurídica más rudimentaria nos señalan, la respuesta a ambas interrogantes debe ser categóricamente negativa. En primer lugar, la titularidad del servicio público nunca deja de recaer en la organización estatal, por cuanto tal fijación de competencias está dada en rango legal y, en algunos casos, como hemos visto, incluso está dada en rango constitucional. Es más, si ni siquiera en el momento en que las facultades relativas a la prestación del servicio efectivamente pasan a ser ejercidas por el concesionario se diluye de forma alguna la responsabilidad originaria y subyacente del Estado (Central o Seccional), peor podría ocurrir algún tipo de pérdida, transferencia o dilución de la titularidad cuando la propia institución pública actúa a través de un simple representante.

Varios autores coinciden con lo expresado:

“La concesión implica sustancialmente una transferencia de facultades de la administración a un particular, pero tal transferencia es por naturaleza limitada; el servicio público sigue siendo tal y referible, por consiguiente, a la administración, que mantiene en él facultades de imperio.

Aunque sea concedido el servicio, seguirá siendo un servicio público, por lo que la actividad de la empresa concesionaria se halla sometida a la administración pública y a normas especiales emanadas de la misma; la segunda es que los concesionarios no son entidades titulares de un derecho, sino simplemente beneficiarios de un procedimiento legal para que puedan instalarse o desarrollarse determinadas actividades que los intereses generales requieren, siendo a estos intereses a los que en realidad se trata de proteger por encima de cualquier interés privado de

los particulares a quienes se les encomienda la gestión. En consecuencia, la administración siempre retiene íntegramente el ejercicio de sus potestades' ²⁷.

Por otra parte, partiendo del viejo principio de que nadie puede transferir más derechos que los que tiene, sólo el que es dueño, puede concesionar. No cabe "concesionar" bienes ajenos. La participación de la unidad de gestión tiene el carácter de ayuda, soporte o, a lo sumo, de "representación", es decir, **actúa a nombre de la entidad pública titular de las facultades y de los bienes involucrados en la concesión.**

Entonces, si ni la naturaleza del servicio ni la propiedad de los bienes a él afectados sufre variación alguna y deben continuar siendo considerados como servicios y bienes públicos, ¿cómo cabría que una entidad de derecho privado, que no tiene ni la titularidad legal propia sobre el servicio público, ni título dominical alguno sobre los bienes necesarios para su explotación, pueda, por sí misma, sin actuar a nombre ni en representación de nadie, concesionar un servicio público?

3.3 Diferencia entre la concesión de servicios públicos y otras figuras.-

Habiendo establecido en líneas anteriores los caracteres esenciales de la concesión de servicio público, conviene distinguirla de otros institutos, siguiendo en este tema la línea conceptual del maestro Sayagués:

"a)La concesión de servicio público no puede confundirse con el contrato de obra pública, cuyo objeto es simplemente construir una obra pública por cuenta de la administración. Este equivale al contrato de construcción de derecho privado; nada tiene que ver con el servicio público al cual se destina la obra luego de concluida

b)Tampoco debe confundirse con ciertos contratos de arrendamiento de servicios que puede celebrar la administración y cuyo objeto no es la ejecución de un servicio público.

²⁷ MARTÍNEZ, op. cit., pp. 127-128.

c) La concesión de servicio público es claramente distinta del permiso requerido en ciertos casos para ejercer una industria o comercio comprendidos en la libertad de trabajo. Tales permisos constituyen una autorización, pues simplemente remueven el obstáculo jurídico que impedía al particular desarrollar esa actividad.

También es necesario distinguir la concesión de servicio público de otras concesiones con las cuales se halla íntimamente vinculada. Todas son variedades dentro de la categoría de actos denominados genéricamente concesiones; pero no puede confundirse la una con las otras.

a) La concesión de uso de bienes públicos es la que tiene por objeto permitir la utilización especial y más o menos exclusiva de dichos bienes. Se diferencia de la concesión de servicio público en su objeto. El punto es claro. Pero ambas están muy vinculadas, porque la mayor parte de las concesiones de servicio público requieren la utilización especial de bienes del dominio público y por ello envuelven también una concesión de esta clase.

b) Igualmente hay que mencionar la concesión de obra pública. Aquí surgen algunas dificultades porque en el siglo pasado la noción corriente de ésta englobaba la subsiguiente explotación del servicio para el cual estaba destinada la obra. Pero actualmente se separan bien ambas concesiones: la de obra pública y la de servicio público. Esto no excluye que numerosas concesiones de servicio público impliquen también una concesión para construir las obras necesarias para la explotación del servicio”²⁸.

3.4 El sentido que se le debe dar al Art. 97 de la LOCGE

Se ha discutido si el Art. 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante, LOCGE) franquearía la posibilidad de que, en cualquier tipo de contrataciones, sin importar ni el origen ni el objeto de las mismas, las fundaciones y corporaciones, como entidades del sector privado, no deben estar sujetas al régimen público general,

²⁸ SAYAGUÉS, op. cit., pp. 14-15.

sino que se deberán someter a su propio reglamento de contrataciones. En materia de concesiones de servicio público, al margen de la percepción de inseguridad jurídica que ocasionaría en potenciales inversionistas internacionales el hecho de que todo el proceso de licitación y posterior concesión se sustentara únicamente en un simple documento privado y no en las leyes y reglamentos que claramente regulan el tema en nuestro país, consideramos que un análisis de tal naturaleza es, por decir lo menos, inexacto. El sentido del Art. 97 de la LOCGE no puede ser otro que las Fundaciones, para contratar respecto de sus propios bienes y recursos, que son privados, por más que tengan esas fundaciones participación estatal, no están sujetas a los procesos de contratación pública. No estamos hablando de que la fundación, con los recursos que se le asignen, contrate una obra, que al entrar en su patrimonio pasan a ser privados. Hablamos de la posibilidad de que se entregue a un particular, para su explotación en concesión, recursos totalmente públicos, que no han dejado de ser públicos en ningún instante y que seguirán siendo públicos aún en manos del Concesionario, pues no se le transfiere la propiedad.

3.5 Conclusiones.-

Es necesario recapitular las conclusiones preliminares a que hemos arribado:

1. En el Ecuador, los servicios públicos de responsabilidad estatal no pueden ser entregados en concesión por una entidad privada que actúe por sí misma, en ejercicio de atribuciones y derechos propios;
2. El Art. 97 de la LOCGE solamente puede referirse a las contrataciones que las fundaciones o corporaciones hagan con respecto a sus propios recursos o las relativas a sus propias competencias (que son, como hemos visto, únicamente de gestión);
3. En ese contexto, no existe ninguna contradicción o antinomia entre lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y las provisiones de la Ley y Reglamento de Modernización: sencillamente, no son incompatibles porque son de distintos ámbitos de aplicación; Y,

4. Por lo demás, resulta absolutamente claro que son la Ley de Modernización del Estado, su Reglamento y demás normas específicas los cuerpos normativos sobre los cuales debe organizarse el proceso de delegación al sector privado, por la modalidad de la concesión, de los servicios públicos.

Con todos los antecedentes expuestos, resulta fácil arribar a una conclusión: si lo que se concede es un servicio público (de responsabilidad estatal-municipal), y si la entidad concedente es de derecho público, los procedimientos para ejecutar el proceso de licitación y la posterior concesión deben ser los que rigen obligatoriamente para el sector público, es decir, los contemplados en la Ley y Reglamento de Modernización.

4. LOS ACTOS PROPIOS EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA ECUATORIANA

4.1 Noción, características y requisitos para la aplicación de la teoría

Dentro de las múltiples definiciones que los autores han ensayado acerca de la teoría de los actos propios (recogida expresamente por nuestra legislación), acogemos por su sencillez y claridad descriptiva la elaborada por Dalmiro Alsina Atienza, para quien la doctrina de los actos propios *“se reduce a que, quien, mediante cierta conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquél mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad”*²⁹. Por su parte, los tribunales argentinos, comentando esta teoría, han sostenido *“que las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, como asimismo que devienen inadmisibles las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes”*³⁰.

²⁹ Citado en: BORDA, Alejandro: “La Teoría de los Actos Propios”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 52.

³⁰ Ibídem, p. 53.

Por otra parte, la doctrina³¹ reconoce que la teoría de los actos propios (es decir, la imposibilidad de desconocer un acto o pronunciamiento anterior en perjuicio de un tercero) requiere de tres condiciones o requisitos para que pueda ser aplicada:

- a) Una conducta anterior relevante y eficaz.
- b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción – atentatoria, como veremos, de la buena fe- existente entre ambas conductas.
- c) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

4.2 La teoría de los actos propios aplicada al Estado ecuatoriano: análisis del Art. 96 del ERJAFE

Nuestra legislación administrativa, conciente de la necesidad de tutelar los derechos de los particulares ante las conductas contradictorias del Estado, frente a sus acciones u omisiones anteriores, ha recogido en forma expresa la teoría de los actos propios. Así, el Art. 96 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE) actualmente vigente señala lo siguiente:

“Art. 96.- ACTOS PROPIOS.- Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado”.

La redacción empleada es absolutamente categórica y no admite ningún tipo de excepciones. El principio claramente manifestado es que en ningún caso, “bajo ningún concepto”, es decir, ni siquiera a pretexto de precautelar un supuesto interés público, el particular puede verse afectado por los errores, omisiones o conductas contradictorias de la

³¹ BORDA, op. cit., p. 67.

Administración. En efecto, la norma transcrita señala que nunca puede afectarse al particular por errores u omisiones estatales, y se señala como un caso de especial énfasis, el supuesto de que dicho error u omisión haya provenido de trámites, autorizaciones o informes que las entidades estatales responsables hayan debido conocer que debían ser solicitados. Es decir, ni siquiera exige que haya sido de responsabilidad de la entidad pública la solicitud del informe, trámite o autorización, sino que basta con que la Administración haya debido conocer que tal acto o procedimiento era necesario.

La única circunstancia que enervaría la posibilidad de que el Estado deba resarcir por los perjuicios ocasionados por los errores u omisiones estatales, entre ellos expresamente incluidos los derivados de la falta de informes, dictámenes o autorizaciones, sería el supuesto en que el error u omisión estatal hubiera sido provocado por el propio particular.

4.3 Los actos propios y el principio constitucional de la seguridad jurídica

Concordantemente con las conclusiones a que hemos arribado se encuentran claras disposiciones de rango constitucional, en armonía con aportes doctrinarios del más alto nivel. Así, Alejandro BORDA ha resumido el tema en forma categórica:

“A nuestro juicio el dilema debe resolverse en el sentido de que la regla venire contra factum proprium non valet es invocable contra el Estado.

Es verdad que en algunas oportunidades la protección de intereses generales vinculados con el bien común permite el comportamiento contradictorio de la Administración Pública, afectando intereses particulares que se consideran de menor importancia. Pero aun en estos casos siempre deberá indemnizarse al damnificado el daño sufrido. No está de más recordar que el Estado es responsable de los perjuicios que causa, aun cuando sean consecuencia de su actividad lícita.

Lo fundamental es destacar que el hecho de que la Administración Pública persiga el bien común, no la autoriza a liberarse de las ataduras morales: el fin no justifica los medios. En otras palabras, la obligación de

*comportarse conforme al principio general de la buena fe es un deber del cual no resulta excluido el Estado*³².

Por otro lado, se podría sostener que la prohibición de alegar o invocar a su favor el propio error, torpeza o nulidad, prevista en el Art. 1699 del Código Civil, no sería aplicable al Estado, en función de la necesidad de proteger los intereses generales inherentes a tal unidad política superior. Al respecto, históricamente no ha existido jurisprudencia uniforme en la Corte Suprema de Justicia. Así, frente a una demanda presentada por el Procurador General para que se declare la nulidad de un contrato que había celebrado el Estado con un particular, con base en la falta de un supuesto requisito, la Corte manifestó:

*“Ninguna ley prescribe que los contratos que celebre el gobierno para la construcción de caminos han de ser autorizados por el Poder Legislativo; sólo en el caso de que existiera tal disposición y se determinara en ella que el efecto de su inobservancia constituye nulidad absoluta, pudiera considerarse absolutamente nulo el contrato cuya resolución se demanda, pero ni en este caso habría podido alegar el Procurador General de la Nación esa nulidad, por lo prescrito en el artículo 1673 (actual Art. 1699), puesto que el gobierno contratante sabía o debía saber el vicio que lo invalidaba”*³³.

En cambio, en otro caso de características similares, la Corte señaló:

“La nulidad en los contratos públicos no puede resolverse en cuanto a sus efectos por las normas del Código Civil concretamente por la que se contiene en el Art. 1731 de ese cuerpo de leyes, sino por la Ley especial, que rige la nulidad de los contratos con el Fisco, esto es, por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que en su Art. 382 estatuye que los contratos para cuyo financiamiento se hayan comprometido recursos públicos serán absolutamente nulos entre otros casos cuando no se hayan solicitado los informes que disponen las leyes y esta es la omisión que concurre en la especie; por lo mismo, no haciendo distinción alguna el precepto transcrito, el Juez no puede hacerla y, como

³² BORDA, op. cit., p. 137.

³³ Gaceta Judicial, Serie VI, Tomo 12, p. 516.

se dijo más arriba, en tratándose del Estado como persona jurídica contratante y encontrándose de por medio interés social si los particulares transgreden la ley de la contratación pública no pueden invocar en su favor las distinciones o excepciones que caben para fijar los efectos de la nulidad dentro del Derecho Civil, ni por ello puede irrogarse perjuicio al Estado que ha de quedar absolutamente indemne de todo daño; contra esta conclusión que fluye irrefragable del espíritu y texto de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control no pueden prevalecer leyes o doctrinas extranjeras, por técnicos o eruditos que fueron y el fallo del Juez Sexto Provincial de Pichincha no Puede aprobarse desde que ni siquiera cita la expedida ley que debe definir la controversia³⁴.

Con todo, debe tenerse en consideración que la línea conceptual manifestada en el último fallo citado ya no responde, en nuestro criterio, a la situación normativa ecuatoriana, no solo por la expresa norma del ERJAFE antes analizada, sino por las connotaciones constitucionales de la seguridad jurídica. En efecto, desde 1998, la Constitución Política de la República del Ecuador recoge a la seguridad jurídica como uno de los derechos fundamentales cuyo efectivo goce y ejercicio debe ser garantizado por el propio Estado a todas las personas, sin distinción alguna. El dotar a la institución de la seguridad jurídica de protección de rango constitucional fue una verdadera innovación sustancial que el Constituyente realizó, reconociendo la trascendencia de tal derecho para el normal desenvolvimiento de las actividades de una sociedad.

Uno de los elementos fundamentales que configuran la seguridad jurídica descansa en la razonable confianza que pueden tener las personas en las consecuencias de sus actos, dentro de un orden normativo: *“Cuando la experiencia le enseña al hombre que sus predicciones acerca de las consecuencias jurídicas de sus actos se cumplen con gran exactitud, y esa experiencia se reconfirma con el transcurso del tiempo, el hombre adquiere progresiva certeza acerca del cumplimiento de sus expectativas jurídicas, lo cual afianza su confianza en el sistema jurídico bajo el cual se desenvuelve su actividad económica, e incentiva su voluntad de trabajo, su ahorro e inversión dentro del*

³⁴ Gaceta Judicial, Serie XIII. Tomo 8. Pág. 1676.

*circuito económico protegido por el sistema económico en el cual confía*³⁵.

En definitiva, acoger el planteamiento conceptual antes esbozado implicaría desconocer el derecho a gozar de una mediana seguridad jurídica, pues derivaría en un cambio completo de la posición jurídica originalmente asumida por el Estado, con quien el particular ha contratado de buena fe, así como significaría un injusto reconocimiento a una situación de ventaja a favor de la organización estatal, a un abuso de su posición dominante o privilegiada en la relación jurídica establecida. Tal posición no puede sustentarse ni aún a pretexto de recurrir a principios nobles como el interés común o general, pues vulnera nociones básicas de igualdad y seguridad, como lo ha reconocido la doctrina en forma categórica:

*“Al respecto puede observarse que, por una parte, la Administración defiende intereses públicos, debiéndose suponer que sus cambios de posición sólo buscan una mejor defensa de sus intereses. Pero, por otra parte, no hay razón para que los particulares no confíen en que la conducta del Estado sea coherente”*³⁶.

*“Cuando la Administración Pública utiliza o actúa con artulugios, o en general mediante ‘artimañas’ y obstáculos que llevan al administrado a incurrir en error, a coartar sus garantías frente a los órganos del Estado, nos encontramos frente a actos ilegítimos por mala fe”*³⁷.

Finalmente, una actitud que desconozca el derecho a una mediana seguridad jurídica contrariaría los expresos mandatos constitucionales contenidos en los artículos 18, 272 y 273.

³⁵ KAUFMAN, Gustavo Ariel: “La Seguridad Jurídica y el Progreso Económico”, Editorial Norma, Buenos Aires, p. 45.

³⁶ BORDA, op. cit., p. 112.

³⁷ PALACIOS IBARRA, Juan Francisco: “El Control de la Discrecionalidad Administrativa”, en “Revista Jurídica”, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, No. 15, 2002, p. 38.

5. SILENCIO ADMINISTRATIVO: EL ÚNICO ACTO CAPAZ DE HACER LAS VECES DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

El fundamento lógico jurídico en que descansa el silencio administrativo no es otro que el reconocimiento efectivo que el Estado ha hecho del derecho constitucional de petición, consagrado a favor de todas las personas, sin distinción alguna³⁸. Con todo, es apenas obvio que solamente se puede obtener un ejercicio eficaz del derecho de petición si es que se lo enlaza o vincula con las formalidades y requisitos propios de las garantías fundamentales de la seguridad jurídica y del debido proceso en sede administrativa. Así, no se puede entender como ejercido a plenitud el derecho de petición únicamente con el hecho de que la petición, solicitud, reclamo o recurso que fuere, sea efectivamente resuelta o contestada por la Administración, sino que deben cumplirse, en forma acumulativa y obligatoria, los siguientes presupuestos adicionales:

1. Que el funcionario que actúe por la Administración Pública y conteste o resuelva la petición o solicitud sea aquél a quien la Ley ha

³⁸ Hacemos hincapié en que, en nuestro criterio, el derecho de petición es la base ius filosófica para la teoría del silencio administrativo recogida en nuestro actual sistema normativo, sin importar si su manifestación es positiva o negativa. Discrepamos entonces, con las ilustres opiniones de quienes sostienen que tal derecho solo se encuentra debidamente garantizado con la figura de la aceptación tácita (entre otros, vid. CAMPAÑA MORA, Joffre: *"Sobre el Silencio Administrativo Positivo y su Aplicación a la Contraloría General del Estado"*, en: *"Homenaje Póstumo al Dr. Edmundo Durán Díaz"*, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2002, pp. 69-82). No concordamos con tal criterio, pues lo que la Carta Fundamental reconoce y garantiza, en el numeral 15 de su Art. 23 es el derecho a *"recibir la atención o las respuestas pertinentes en el plazo adecuado"*, lo que se traducirá en una atención o respuesta de la Administración, la que podrá manifestarse (expresa o tácitamente) en un sentido favorable o desfavorable al administrado, según sea el caso. Es decir, si el silencio administrativo descansa en la necesidad de certeza jurídica, por un lado y, en una especie de "castigo" a la inacción administrativa, por otro, creemos que ambos fundamentos se reflejan adecuadamente en la asignación de un efecto determinado a tal inacción estatal, el mismo que podrá ser positivo o negativo, según lo determine la norma correspondiente. Con todo, aclaramos que somos partidarios de que nuestra legislación se oriente hacia la aplicación general de la aceptación tácita, pero precisamos también que esta breve reflexión ha sido de contenido meramente ontológico y no ha pretendido ser un análisis deontológico ni una interpretación de *"lege ferenda"* de los efectos generales del silencio administrativo en el ordenamiento normativo ecuatoriano.

otorgado expresamente tal competencia (pues, sino se incurriría en un vicio de nulidad del acto);

2. Que el acto administrativo que resuelva o conteste la petición o solicitud **sea congruente o coherente con lo que el administrado solicita**, es decir, que se haga una expresa referencia a todos y cada uno de los puntos, planteamientos o pretensiones expuestos en la petición;
3. Que la decisión de la Administración Pública, manifestada en el acto administrativo dictado por el funcionario competente, **se encuentre debidamente motivada**; y,
4. Que el acto administrativo que exprese o manifieste la decisión de la Administración que conteste o resuelva lo solicitado por el particular sea inexorablemente **notificado al interesado dentro de los términos que la Ley en forma expresa concede**.

Corolario de lo manifestado anteriormente, es que: a) los oficios o comunicaciones dictados o expedidos por quien no es competente para la resolución del procedimiento administrativo que fuese, no pueden entenderse como que agotan el trámite o que contestan en definitiva lo solicitado o reclamado por el particular; y, b) los actos administrativos dictados con el propósito de contestar una petición o solicitud de los administrados solamente pueden cumplir tal efecto cuando efectivamente responden o hacen referencia expresa a todas las pretensiones o fundamentos del particular, con una suficiente y debida motivación.

Con respecto a la última afirmación, nos permitimos recordar ciertos principios fundamentales acerca de la congruencia y la motivación de las resoluciones administrativas.

Sobre la congruencia, debemos manifestar, siguiendo a doctinarios de la talla de González Pérez, Carocca Pérez o García de Enterría y Fernández que un acto administrativo que pretenda poner fin a un procedimiento debe guardar coherencia con lo solicitado, respondiendo a todas y cada una de las pretensiones y haciendo referencia expresa a los planteamientos y fundamentos expuestos por el administrado. Los últimos autores nombrados expresan lo siguiente:

“La resolución de todo procedimiento administrativo debe ser, por supuesto, congruente con las peticiones formuladas por los interesados, en el doble sentido de que sus alegatos deben ser tenidos en cuenta por ella ‘sin perjuicio de que los acoja o los rechace, según legalmente corresponda’. (S. de 7 de diciembre de 1972), y de que las concretas pretensiones que hayan sido ejercitadas deben ser objeto de pronunciamiento pertinente para no causarles indefensión (S. de 26 de noviembre de 1971), pronunciamiento que debe guardar en todo caso la debida correspondencia con aquellas (S. de 21 de noviembre de 1969), so pena de nulidad. Así lo precisa hoy el artículo 89.2 LPC, que adicionalmente aclara que ‘en ningún caso puede agravar’ la situación inicial de los interesados. Una vez cubiertas estas exigencias primarias, la resolución puede y debe afrontar, además, cualesquiera otras cuestiones que la tramitación del procedimiento haya podido poner en evidencia, adoptando al respecto cuantas medidas puedan ser necesarias para dar satisfacción adecuada a los intereses públicos en juego”³⁹.

Por otro lado, los actos administrativos deben ser MOTIVADOS; esto significa que el funcionario o institución que lo expide debe fundamentar su decisión con apego a la legislación vigente.

Esta obligatoriedad de motivar en debida forma los actos administrativos que afecten derechos de particulares ha sido consagrada ya a nivel constitucional y constituye una garantía insoslayable formulada a favor del administrado. Así, **la propia Constitución Política del Ecuador** ordena lo siguiente en su artículo 24, No.13:

*“Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. **No habrá tal motivación** si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se hayan fundado, **y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.**”*

Por motivación, como ha expresado el profesor MANUEL MARÍA DIEZ, debe entenderse *“la expresión de las razones que han llevado al*

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: “Curso de Derecho Administrativo, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, Séptima Edición, Tomo II, pp. 498-499.

órgano administrativo a dictar el acto, como también la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y lo justifican”⁴⁰.

Hacemos especial énfasis en que la motivación debe ser clara, pertinente y suficiente, pues no se debe entender como el simple cumplimiento de una formalidad, sino que se trata de viabilizar efectivamente la garantía constitucionalmente establecida. En tal sentido se manifiesta el tratadista argentino DROMI, cuando señala que la motivación “*debe ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de emisión del acto. **No se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación ad hoc de los motivos del acto**”⁴¹. El mismo autor recoge la parte esencial de un célebre fallo argentino en el que se explican el cómo y el por qué de la motivación: “...*con ello no se busca establecer formas por las formas mismas, sino preservar valores sustantivos y aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular o administrado traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales. De su cumplimiento depende que el administrado pueda ya conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto*” (CNCiv., 6/12/93, “Boaglio, Carlos J. A. c/Municipalidad de Buenos Aires”, JA, 22/6/94)⁴².*

En resumen, y como bien señala el eximio autor español GARCÍA DE ENTERRÍA, “*la **motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión**”⁴³. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ya ha emitido varios pronunciamientos en el sentido expuesto, en varios procesos de amparo (por ejemplo, casos 022-RA-97 y 834-98-RA). En efecto, en el caso 834-98-RA el Tribunal ha expresado que, “*por otra parte, como afirma el profesor José María Bocquera, en su obra “El Acto Administrativo”,**

⁴⁰ DIEZ, Manuel María: Derecho Administrativo, Tomo II, editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, p. 258.

⁴¹ DROMI, Roberto: “Derecho Administrativo”, Editorial Ciudad Argentina, 9na Edición Actualizada. Buenos Aires, 2001, pp. 269 y 270.

⁴² *Ibídem*.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, Ed. Civitas, Tomo I, Sexta edición, p. 541.

Editorial Civitas S.A., 1988, Pág. 257: 'No se motiva un acto si sólo se refieren los hechos y fundamentos de derecho, tenidos en cuenta para adoptarlo. Resulta necesario expresar el razonamiento que, a partir de aquellos, se ha seguido para tomar la decisión'.

Por consiguiente, no debería tenerse por contestada o resuelta la pretensión de un particular con los oficios o comunicaciones dictados por funcionarios que no tengan competencia natural ni por delegación para la resolución de la petición formulada. Por otro lado, aún en el caso en que quien resuelva la petición sea competente para hacerlo, debe cumplirse, además, con los requisitos mínimos de motivación y congruencia recogidos en forma expresa por nuestro Sistema Normativo y cuya carencia ocasiona la invalidez de los mismos.

5.1 Efectos obligatorios del silencio administrativo positivo.

Si la contestación a la solicitud formulada por un particular se da en forma extemporánea, es decir, una vez transcurridos en exceso los términos previstos en la Ley para resolverla, el único efecto jurídico que se produce en la configuración, en forma obligatoria e inequívoca, el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, el Art. 104 del Código Tributario y el Art. 206 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, de una manifestación positiva de voluntad tácita o ficta por parte de la Administración. **En definitiva, por disposición expresa y obligatoria de la Ley, se debe entender que la petición fue resuelta o respondida favorablemente.**

5.2 Irrelevancia jurídica de cualquier decisión administrativa dictada extemporáneamente.

Como las bases filosófico jurídicas que sustentan la aceptación tácita en nuestra legislación administrativa y tributaria descansan tanto en el ejercicio efectivo del derecho de petición cuanto en la necesidad de sancionar la displicencia de la Administración Pública en la gestión e impulso de los procedimientos administrativos, **carece por completo de relevancia jurídica la resolución que pudiere tomar la Administración una vez fenecido el término conferido a ella para resolver.** Tal principio

ha sido reconocido expresamente en abundantes fallos jurisprudenciales, que configuran incluso precedentes de obligatoria aplicación, al haberse reiterado en más de tres ocasiones en fallos de casación:

SÉPTIMO:- Que, consta de los Considerandos Sexto y Séptimo de la sentencia cuestionada, el análisis jurídico del Art. 21 de la Ley 05, la Autoridad Fiscal o Autoridad Tributaria Fiscal demanda-da y su aplicación, estableciéndose expresamente, que desde el 20 de abril de 1995 en que formuló el reclamo la Empresa Cemento Chimborazo C.A. pretendiendo la devolución de sumas de dinero que consideraba pagadas indebidamente, hasta haberse produci-do la diligencia de notificación el 29 de noviembre de 1995 de la pertinente Resolución No. 09.302 expedida por el Director General de Rentas el 23 de agosto de 1995, la misma estaba fuera del plazo legal de ciento veinte días de presentada la reclamación, conforme la disposición del antes referido artículo 21 de la Ley 05, careciendo en consecuencia de valor, el pronunciamiento de la Administración por extemporáneo.-

(Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. Pág. 4422. Quito, 21 de septiembre de 1998)

Que consta del Considerando Octavo de la sentencia recurrida en cuanto análisis jurídico del referido Art. 21 de la Ley 5, la Autoridad Fiscal o Autoridad Tributaria Fiscal demandada, que desde el 11 de agosto de 1995 hasta el 2 de febrero de 1996 no resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora respecto al pronunciamiento de dicha Autoridad contenido en el Oficio No. 4183 de 10 de agosto de 1995 sobre la consulta formulada por Flota Petrolera Ecuatoriana FLOPEC, resolviéndolo extemporáneamente por Resolución No. 965 de 24 de febrero de 1996, en virtud de la cual, se obligaba al interesado a satisfacer tanto el Impuesto a la Renta, como el Impuesto al Valor Agregado, por ser sus ingresos de fuente ecuatoriana y ser gravados aunque sea una empresa del sector público,

circunstancia por la cual, con los documentos que han obrado a fs. 5, 15 a 22 y 39 a 41 del proceso, se establecía probado, que la Dirección General de Rentas no había resuelto el recurso interpuesto dentro del plazo de los ciento veinte días hábiles que tenía para ello, a contarse desde el 11 de agosto de 1995 hasta el 2 (debió decir el 6) de febrero de 1996, de conformidad con el Art. 21 de la Ley 5, y que, al fenecer dicho plazo cesó el ejercicio de la facultad resolutoria de la Autoridad Tributaria, siendo extemporánea por tanto la Resolución No. 965 expedida el 24 de febrero de 1996 que se había agregado al proceso.

(Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8. Pág. 2194. Quito, 29 de enero de 1997)

En el caso que nos ocupa la Sala observa que la administración ha expedido la Resolución 6081 el 19 de junio de 1995, siendo notificada la empresa actora, el 17 de julio de 1995; el Art. 85 del Código Tributario dice: "Todo acto administrativo relacionado con la determinación de la obligación tributaria, así como las resoluciones que dicten las autoridades respectivas, se notificará a los peticionarios o reclamantes y a quienes puedan resultar directamente afectados por esas decisiones, con arreglo a los preceptos de este Código. El acto que se trata no será eficaz respecto de quien no hubiere efectuado la notificación". Consecuentemente, es evidente que la Resolución No. 6081 es eficaz para la empresa actora, a partir del 17 de julio de 1995, fecha a la cual ya había transcurrido en exceso el tiempo de ciento veinte días hábiles señalados en el Art. 21 de la Ley 05, operando el silencio administrativo positivo a favor de la empresa, efecto legal, que esta Sala de lo Fiscal lo ha mantenido en varias resoluciones dictadas en asuntos similares.

(Quito, 8 de junio del 2000; las 11h30. Expediente 35, Registro Oficial 138, 10 de Agosto del 2000).

En la especie, está demostrado y aceptado por la propia Administración Tributaria de la Dirección General del Servicio de Rentas Internas que la Resolución impugnada No. 033 de 30 de octubre de 1998 dictada en recurso de reposición y notificada fuera del plazo de 120 días, es indiscutible que el recurso de reposición ha sido aceptado tácitamente, por cuya razón el efecto jurídico es que la Resolución recurrida No. 02630 de 12 de junio de 1998 y sus antecedentes han quedado sin efecto, ministerio legis.

(Quito, 12 de septiembre de 2001, No. 58-2000. Registro Oficial No. 435, 18 de octubre del 2001).

6. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA SUBORDINADA

6.1 Reglamentos: aproximación conceptual y naturaleza de la potestad reglamentaria.

Los reglamentos normativos o subordinados tienen la característica de ser normas secundarias, de naturaleza y carácter esencialmente operativo, que deben encuadrarse en la implementación de los mecanismos necesarios para la efectiva aplicación de la Ley.

Como ha sido señalado por ilustres tratadistas, el poder o facultad de dictar reglamentos es inherente o intrínseco a la función administrativa y, por consiguiente, a la propia Administración; *“ésta tiene a su cargo múltiples cometidos, para cuyo cumplimiento de modo eficiente necesita realizar operaciones materiales, dictar actos subjetivos y también dictar normas generales; especialmente para regular la actuación de sus propios órganos. El poder reglamentario radica, pues, en la naturaleza misma de la función administrativa”*⁴⁴. Como hemos mencionado, los reglamentos nos proporcionan los detalles y mecanismos operativos necesarios para la efectiva aplicación de la abstracta y general norma contenida en la Ley. En ese sentido, los reglamentos, al decir del argentino Sagüés, *“importan una tarea de índole legislativa a cargo del*

⁴⁴ DROMI, Roberto: “EL ACTO ADMINISTRATIVO”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 246.

presidente, sumamente importante –casi siempre decisiva– para la eficacia de la norma aprobada por el Congreso. Sin reglamentación, la ley queda habitualmente congelada y sin operatividad’⁴⁵. A más de la función reseñada, la cual, como podemos observar, resulta verdaderamente indispensable para el cumplimiento eficaz y la ejecución práctica de las leyes, otro tipo de normas reglamentarias (reglamentos autónomos o de servicio) cumple la no menos trascendental función de dotar del marco jurídico indispensable para la marcha normal y adecuada de las tareas y ocupaciones de la Administración. Señala Marienhoff al respecto que “el gobierno se haría imposible, si junto al cuerpo legislativo y en caso de silencio de las leyes, no tuviera el jefe del Estado el poder de tomar aquellas medidas reglamentarias cuya necesidad puede sentirse imperiosamente’⁴⁶.

6.2 Clasificación de los reglamentos:

Nuestra Constitución, en su Art. 171 #5, recoge la clasificación de las normas reglamentarias, ya establecida por la doctrina, entre reglamentos de subordinación o ejecución y los reglamentos autónomos, independientes o de servicio, al establecer como una de las atribuciones del Presidente de la República la de “*expedir los reglamentos **necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlos ni alterarlas**, así como los que convengan a la buena marcha de la administración’.*

6.3 Reglamentos normativos, subordinados o de ejecución:

Son los que emite el Presidente de la República en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, con el objeto de hacer posible la aplicación y el cumplimiento de las leyes. Podemos señalar que un reglamento de ejecución es el acto normativo “*que se dicta para garantizar el cumplimiento de una ley, de cuya existencia previa depende. Llena la finalidad de facilitar el cumplimiento de la ley, por*

⁴⁵ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, Tomo I, p. 463.

⁴⁶ MARIENHOFF, Miguel S.: “TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, Tomo I, p. 247.

*medio del ordenamiento de sus principios en función de la actividad administrativa para permitir su aplicación en forma práctica*⁴⁷.

Se los califica como reglamentos de ejecución de acuerdo con el contenido, que está llamado a dotar de operatividad a la norma legal, a la que está causalmente vinculado y también se los llama de subordinación, como forma gráfica de expresar la *relación normativo-jerárquica* que existe entre el reglamento y la ley.

Resulta evidente que las normas de este tipo son secundarias en relación con la Ley a la que deben proporcionar condiciones de razonable ejecución. Aunque más adelante analizaremos las ineludibles y trascendentes limitaciones a que están sujetos, creemos conveniente citar a Roberto Dromi acerca de la naturaleza y efectos de esta clase de actos normativos: *“Estos reglamentos son normas secundarias que complementan la ley en su desarrollo particularizado, pero no la suplen ni mucho menos la limitan o la rectifican. En primer término, no la suplen porque existen materias reservadas a la ley y sólo abordables normativamente por ésta (...); en segundo lugar, la articulación entre ley y reglamento se hace sobre el principio formal de la jerarquía normativa, en virtud del cual la ley precede al mismo; por ello, los jueces no pueden aplicar reglamentos ni otras disposiciones de cualquier clase que estén en desacuerdo con las leyes”*.⁴⁸

6.4 Reglamentos autónomos, independientes o de servicio:

Son los típicos actos administrativos de naturaleza normativa y de carácter general que están destinados fundamentalmente a dotar de los elementos necesarios para la buena marcha de la organización administrativa, que no rigen ni regulan la actividad de los particulares, ni de terceros extraños a la Administración, por cuanto, al decir del tratadista DROMI, “toda restricción a los derechos individuales debe hacerse por ley”. Nuestra Carta Fundamental los recoge cuando describe la atribución del Ejecutivo de dictar los reglamentos “que convengan a la buena marcha de la administración”.

⁴⁷ USINGER, Owen: “DECRETO”, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, tomo V, p. 987.

⁴⁸ DROMI, Roberto: “DERECHO ADMINISTRATIVO” Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 331.

6.5 Consideraciones sobre los reglamentos normativos, subordinados o de ejecución

La atribución reglamentaria del Ejecutivo no es absoluta: tiene límites claramente impuestos por la propia Constitución y por el contexto general de nuestro Ordenamiento Jurídico.

6.5.1 Materias que sólo pueden ser objeto de un tratamiento legal:

Como la doctrina administrativa y constitucional universal admite en forma pacífica (y nuestro propio Ordenamiento Positivo lo recoge), hay determinadas materias que no admiten regulación o tratamiento a través de un simple reglamento, sino que necesaria e inexorablemente deben ser normadas mediante una Ley.

Es imprescindible, entonces, establecer una distinción entre aquellas materias administrativas que, coadyuvando a la efectiva aplicación de una Ley, pertenecen al ámbito interno de la Administración (ámbito por antonomasia de la potestad reglamentaria) y aquellas normas que afectan, además, a los derechos y deberes de los ciudadanos como tales, reconocidos y garantizados por la Constitución (zona normativa de reserva legal).

Nuestra Carta Fundamental recoge esta línea argumental, al señalar, en su Art. 141 las materias que requieren necesariamente de la expedición de una ley:

Art. 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes:

- 1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales garantizados en la Constitución.*
- 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.*
- 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo.*

4. *Atribuir deberes o cargas a los organismos del régimen seccional autónomo.*

5. *Modificar la división político - administrativa del país, excepto en lo relativo a parroquias.*

6. *Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias propias de su competencia, sin que estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales.*

7. ***Reformar*** o derogar leyes e interpretarlas con carácter general-mente obligatorio.

8. *Los casos en que la Constitución determine.*

Con innegable lucidez conceptual, DROMI resume este tema de la siguiente manera: “*Cuando se trata de cuestiones que aún siendo administrativas implican para los ciudadanos **la imposición de obligaciones**, o la **limitación de sus derechos**, entonces se entiende que el reglamento **sólo ha de limitarse a ser complemento de la ley** y que una norma previa con rango de tal es siempre necesaria. Para regular estas materias, además de la titularidad de la potestad reglamentaria atribuida por la Constitución, **se requiere la habilitación específica, caso por caso**, que la ley haya hecho al reglamento”⁴⁹.*

En la misma línea argumental, el profesor ZAVALA EGAS ha señalado que el propósito de la reserva legal es impedir que determinadas situaciones jurídicas “*se puedan ordenar por medio de otros actos normativos como, por ejemplo, decretos leyes delegadas o reglamentos. (...) Normalmente **las reservas existen para las limitaciones a los derechos públicos subjetivos** garantizados por la Constitución”⁵⁰.*

⁴⁹ DROMI, EL ACTO ADMINISTRATIVO, p. 251.

⁵⁰ ZAVALA EGAS, Jorge: “EL ESTATUTO DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO”, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Guayaquil, 1995, p. 62.

Sabido es que, según una vertiente doctrinaria en su mayor parte española, uno de los criterios que permiten diferenciar los actos normativos de los actos administrativos con múltiples destinatarios, es el parámetro de innovación jurídica. Así, se sostiene que mientras “*el Reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica*”⁵¹. Sin embargo, no es igual ni en sustancia ni en forma la innovación que en el ordenamiento jurídico se produce a través de una ley (innovación originaria, de primer grado o nivel) que la que se da como consecuencia de una norma reglamentaria subordinada (es decir, la innovación reglamentaria no es, como la legal, una creación “*ex nihilo*”, directamente consecuente del hecho social, sino que es una innovación que nace y se vincula causalmente con una ley: por lo tanto, será siempre innovación de segundo grado o derivada). Vistas así las cosas, los reglamentos innovan un Ordenamiento Positivo pero con evidentes limitaciones: las impuestas por el ámbito y sentido de las leyes de las que derivan, a las que contribuyen dándoles la viabilidad necesaria para una aplicación eficaz.

El tema del grado y los límites de la innovación normativa propia de los reglamentos ha sido tratado con toda claridad por los autores García de Enterría y Tomás Ramón Fernández:

*“La reserva legal en nuestro Derecho no está construida exclusivamente sobre una base material (materias reservadas a la Ley por la Constitución), sino también, y de modo eminente en el orden práctico, sobre una base formal, y ello como resultado de dos principios, el de jerarquía normativa y el de congelación del rango. Esto quiere decir lo siguiente: el principio del contrarius actus obliga para dictar una norma nueva a darle un rango normativo por lo menos igual al de la norma o normas que pretende sustituir o innovar, y ello en virtud del criterio general de que para dejar sin efecto un acto jurídico se requiere un acto contrario de la misma solemnidad. **Regulada una determinada materia por la Ley, el rango normativo queda congelado y sólo una Ley podrá intervenir posteriormente en ese ámbito material.** De esta manera, en cada momento histórico que se considere, todas las posibles materias están encasilladas en un rango determinado y, concretamente, muchas de*

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, Ed. Civitas, Madrid, 1991, Tomo I, p. 201.

ellas en el rango superior, en el nivel de las Leyes. Por efecto de los principios expuestos, todas las materias encasilladas hoy en el nivel de la Ley, cualesquiera que sean su importancia objetiva y su consideración constitucional, sólo podrán ser intervenidas en el futuro por Leyes formales".⁵²

6.5.2 Los reglamentos no deben contravenir o alterar la Ley reglamentada:

Al respecto, las limitaciones impuestas por la Constitución son claras: los reglamentos de este tipo únicamente sirven para la aplicación de las leyes y no pueden modificarlas o contradecirlas, así como no pueden alterar el sentido de la ley de la que provienen con excepciones reglamentarias u obligaciones no derivadas directamente de la Ley. La actividad reglamentaria en estos casos está limitada y encausada por la norma legal. No sólo debe respetar la letra, sino también el espíritu de la ley.

Nuestra Carta Fundamental señala con toda nitidez que las normas reglamentarias no podrán alterar ni contravenir las disposiciones de la Ley a cuya aplicación efectiva están llamadas a contribuir. Según el Diccionario de la Real Academia Española, contravenir (del lat. *contravenire*) es "*obrar en contra de lo que está mandado*"; mientras que alterar (del lat. *alterare*, de *alter*, otro) es "*cambiar la esencia o forma de una cosa*". Una de las formas en que se altera, cambia o modifica el sentido de las leyes se produce mediante la inclusión de materias, obligaciones o sanciones que no estaban contemplados en el texto de la Ley que se pretende reglamentar (a más de que se incurre en tratamiento normativo **impropio** de determinadas materias que deben ser reguladas por Ley).

Al respecto, el profesor ZAVALA EGAS ha señalado con la claridad que lo caracteriza:

"Luego, el reglamento sólo debe contener las normas que instru-menten los mecanismos que hagan operativa o

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit., Décima Edición, Tomo I, p. 247.

ejecutable la ley, sin incluir normas de interpretación de ésta y, en ningún caso, desviar el sentido de sus preceptos, alterándolos.

El reglamento es al igual que la ley precepto de conducta y también al igual que ésta es de cumplimiento general, pero no debe crear o extinguir derechos particulares (...) La razón para esta limitación al Reglamento deriva de su origen mismo, pues mientras la ley es manifestación de la voluntad de la comunidad, el Reglamento no lo es, pues nace por voluntad de la Administración Pública, cuya máxima autoridad es el Presidente de la República⁵³.

En otras palabras y como todo el mundo sabe, la ley es una manifestación de la voluntad soberana de la nación (es decir, del elemento humano del Estado, la ciudadanía) representada por el Congreso Nacional; y, por eso, es capaz de crear, modificar o extinguir derechos de y obligaciones a cargo de las personas; mientras que los Reglamentos constituyen manifestaciones de la voluntad de la Administración Pública, encaminadas a ofrecer un esquema de aplicación práctica de las leyes, pero sin modificarlas o cambiar su sentido, mucho menos estableciendo cargas u obligaciones para las personas que no han sido creadas por virtud de una Ley.

Como hemos señalado, **el reglamento está jerárquica y conceptualmente subordinado a la ley**. El tratadista argentino Sagüés ha señalado que la colisión entre el reglamento y la ley se presenta en las hipótesis de DESNATURALIZACIÓN DE LA LEY, es decir, cuando el reglamento opta por una solución fuera de la ley (si se mantiene dentro de las variables que permite la ley, es constitucional) y de INVASIÓN DE ÁREAS LEGISLATIVAS: si el reglamento, so pretexto de perfeccionar las normas existentes, legisla en asuntos de competencia del Congreso. Un caso típico de invasión se produce si el reglamento establece sanciones no contempladas por la ley. (Cita, como ejemplo adicional, si al reglamentar

⁵³ ZAVALA EGAS, Jorge: "Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador", Edino, Guayaquil, 1996, p. 238.

una ley, se establece un sobreprecio sobre combustibles, está en verdad creando un impuesto)⁵⁴.

Tal línea conceptual ha sido expresamente recogida por nuestro Tribunal Constitucional, organismo que ha señalado:

“No cabe duda que cuando el Presidente de la República en la norma reglamentaria altera el texto legal, es decir consigna actuaciones diferentes a las que la Ley establecía, viola la facultad reglamentaria pues incurre en una conducta que no le corresponde (...) el señor Presidente de la República, en primer lugar ha alterado el texto de la Ley, estableciendo una posibilidad no prevista en ella...” (Fallo de 5 de octubre de 1999, Expediente No. 056-99-TP, Registro Oficial Suplemento No. 304, 22 de octubre de 1999).

“El Reglamento siendo una forma de legislar, solamente lo hace como una manera de viabilizar y dejar expedita la vía para que la Ley sea ejecutada y ejecutable, sin que de manera alguna pueda alterar la norma que regula, y, menos a pretexto de aquello, alterar o violentar la norma constitucional” (Fallo de 30 de septiembre de 1998, Expediente No. 141-98-TC, Registro Oficial Suplemento No. 71, 20 de noviembre de 1998).

De la misma manera, el profesor colombiano Gustavo PENAGOS sostiene lo siguiente:

“(...) el reglamento debe ser instrumento práctico para la ejecución de la ley, y nada más. Requiere mantenerse dentro de su estricto campo de competencia, respetando la letra y el espíritu de la norma objeto de reglamentación. Por ende, no puede modificar la ley, ni adicionarla, ni restringirla, pues en tal caso el funcionario ejecutivo estaría convirtiéndose en ocasional legislador, actitud que conduciría a la transgresión de los preceptos constitucionales acerca del sometimiento de los órganos y agentes del Estado a las normas superiores de

⁵⁴ SAGÜÉS, op. cit., pp. 463-464.

*derecho, de las cuales surge el principio fundamental de separación de funciones entre las ramas del poder público”.*⁵⁵

El propio Consejo de Estado colombiano, en Sentencia de 8 de noviembre de 1991, se ha manifestado al respecto:

*“(…) es cierto, como se ha dicho, que el reglamento es un acto por el cual se dan reglas de detalle para la aplicación de normas superiores (...) y que quien reglamenta no puede exceder, so pena de nulidad, la norma reglamentada, pues la potestad reglamentaria sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley, para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley, pero sin ampliar o restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la norma superior, porque ello no sería reglamentar sino legislar...”*⁵⁶

En el ámbito argentino, la opinión de QUIROGA LAVIÉ es contundente: *“La doctrina de la Corte, a partir del caso ‘Delfino’, según la cual el presidente puede, cuando reglamenta las leyes, llenar sus vacíos normativos, creando obligaciones no previstas en la ley, ya no tiene fundamento constitucional alguno”*⁵⁷.

En definitiva, la imposibilidad de que, vía reglamento, se regulen materias, establezcan obligaciones o impongan sanciones que no estuvieron contempladas en la Ley, es aceptada en forma general tanto por nuestro Derecho Positivo, como por la jurisprudencia de más alto rango, así como por la doctrina y legislación comparadas:

6.6 Los excesos reglamentarios y la reserva de ley en materia tributaria

⁵⁵ PENAGOS, Gustavo: “DERECHO ADMINISTRATIVO”, Parte General, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000, p. 410.

⁵⁶ Citado en PENAGOS, ibídem. (CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Santafé de Bogotá, D. C., Sentencia de noviembre 8 de 1991, Expediente No. 1546.)

⁵⁷ QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p.138.

El principio de reserva de ley es de antigua aplicación en el ámbito tributario, habiéndose convertido en uno de los pilares básicos de cualquier ordenamiento impositivo. Dependiendo del origen y tradición del sistema jurídico de que se trate, responderá al principio anglosajón de “*no taxation without representation*”, o al latino de “*nullum tributum sine lege*”, pero, en definitiva, implicará la necesidad de la expedición de una ley (con todas las formalidades y procedimientos que ello supone) para el establecimiento, reforma o extinción de un tributo.

El rango de garantía constitucional de tal principio ha sido destacado por un eximio autor español y por el propio Tribunal Constitucional ibérico:

“Lo que procura la atribución constitucional de competencias al Legislativo sobre determinadas materias es que haya una decisión previa del Legislativo”.⁵⁸

*“Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del Ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del Legislador...”*⁵⁹

En nuestra Constitución, el principio de reserva legal en materia tributaria se encuentra recogido en el ya citado número 3 del Artículo 141 y en el artículo 257:

⁵⁸ BAÑO LEÓN, José María: “LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 28

⁵⁹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, Jurisprudencia Constitucional. Tomo IX, p. 369

Art. 257.- Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos.

Concuerdan con tal disposición de la más alta jerarquía, las siguientes normas legales y reglamentarias:

CÓDIGO TRIBUTARIO

Art. 3.- Poder Tributario.- Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes...

Art. 4.- Reserva de ley.- Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código

Art. 7.- Facultad Reglamentaria.- Sólo al Presidente de la República, corresponde dictar los reglamentos para la aplicación de las leyes tributarias. El Director General del Servicio de Rentas Internas y el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en sus respectivos ámbitos, dictarán circulares o disposiciones generales necesarias para la aplicación de las leyes tributarias y para la armonía y eficiencia de su administración.

Ningún reglamento podrá modificar o alterar el sentido de la ley ni crear obligaciones impositivas o establecer exenciones no previstas en ella.

En ejercicio de esta facultad no podrá suspenderse la aplicación de leyes, adicionarlas, reformarlas, o no cumplirlas, a pretexto de interpretarlas, siendo responsable por todo abuso de autoridad que se ejerza contra los administrados, el funcionario o autoridad que dicte la orden ilegal.

6.7 Algunos casos en que las normas reglamentarias quebrantan el principio de reserva legal en materia tributaria⁶⁰.

1. **Mediante la modificación de un elemento esencial de un tributo.** De conformidad con la norma constitucional antes mencionada, en nuestro ordenamiento jurídico existe una reserva legal sobre el establecimiento, modificación o supresión de tributos (reserva que implica, simultáneamente, un efecto material, en cuanto al contenido de la norma y un efecto formal, dado por la congelación del rango, como ya hemos analizado). Como la Carta Fundamental no ha entrado a explicar en detalle los alcances concretos de la reserva de ley en materia tributaria, debemos aplicar un análisis contextual del Sistema Normativo y revisar lo que se ha señalado tanto en las disposiciones legales pertinentes cuanto en el análisis doctrinario más relevante. Así, el Art. 4 del Código Tributario establece en forma imperativa que *“las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; y los reclamos o recursos que deben concederse”* respecto de dicho tributo. Consecuentemente, y como lo ha reconocido la doctrina nacional que en forma pacífica se ha pronunciado sobre el tema, al no distinguir el texto constitucional qué rubros constitutivos del tributo deben necesariamente consagrarse mediante una ley, debemos concluir que, al menos, se requerirá la expedición de una norma de tal jerarquía cuando se afecten los elementos relevantes o esenciales del tributo en cuestión. Así se han pronunciado conspicuos autores:

“El establecimiento de la base de cálculo es materia reservada exclusiva-mente a la ley. Pero esto no significa que la ley debe determinar precisamente todos sus aspectos, particularmente su cuantía, lo que tiene especial importancia en los impuestos ad valórem, que, como ya se dijo, son los más utilizados en la

⁶⁰ Para un análisis de los excesos reglamentarios en materia tributaria en lo relativo a la tipificación de infracciones y las consecuentes sanciones, recomendamos revisar la excelente demanda de inconstitucionalidad contra la Resolución No. 117, expedida por la Directora General del Servicio de Rentas Internas, publicada en “Revista Jurídica”, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, No. 16, 2003, Tomo I, pp. 107-123.

actualidad. (...) Lo importante desde el punto de vista del principio es que la ley defina todos los elementos que integran la base sobre la cual se debe liquidar el impuesto. En este sentido es esencial que la base guarde una relación conceptual con el presupuesto de hecho, o hecho generador".⁶¹

"El principio de carácter formal que domina el ejercicio de la potestad tri-butaria es el de la legalidad, reconocido en forma franca por la Constitución (Art. 143, numeral 3). Esta disposición en forma breve dice que se requiere de expedición de ley para crear, modificar o suprimir tributos. El principio de legalidad, además, abarca los elementos esenciales de los tributos, cuales son el señalamiento de las materias imposables, de los sujetos, de las exoneraciones, de las tarifas, de las rebajas y deducciones, de los procedimientos administrativos y contenciosos y de las sanciones. La determinación de tales elementos no obra en la Constitución. Consta en el Código Tributario (art. 4)".⁶²

Consideramos, sin embargo, que el principio de legalidad no constituye una delimitación, un margen o una frontera más allá de la cual no deba ser ejercido el poder tributario, sino su único y exclusivo modo de manifestación. En otros términos, creemos (...) que la potestad tributaria que se le reconoce al Estado esencialmente debe manifestarse por medio de leyes, dado que si ello no fuera así esa facultad estatal perdería su propio ser y –por aplicación de lo que en lógica se denomina “principio de identidad”- adquiriría el carácter de una mera acción de despojo. (...) Además, las leyes que manifiestan la potestad tributaria del Estado deben, inexcusablemente, contener todos los elementos esenciales de la obligación tributaria: 1) descripción del denominado hecho imponible; 2) determinación de la correspondiente base de cálculo, o sea, del monto de riqueza sobre el cual se deberá liquidar el tributo:

⁶¹ VALDÉS COSTA, Ramón: "Instituciones de Derecho Tributario", Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1996, pp. 147-148

⁶² TROYA JARAMILLO, José Vicente: "Finanzas Públicas y Constitución en el Ecuador", en: "Finanzas Públicas y Constitución", Varios Autores, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 68.

y 3) finalmente, establecimiento de la alícuota, porcentaje o monto fijo que debe pagársele al Estado".⁶³

"Esta posición jurisprudencial resulta en cierto modo criticable, porque puede abrir ampliamente la puerta a la relativización de la reserva, extendiéndola a elementos esenciales que, según el propio Tribunal, deben estar sujetos a la ley. El grado de complejidad no es un criterio fiable para trazar tan importante límite. Más útil nos parece, por ejemplo, el criterio apuntado por el Tribunal Constitucional alemán, que ha establecido que el adecuado cumplimiento del principio de Estado de Derecho en materia tributaria requiere que los elementos del tributo que permiten al contribuyente llevar a cabo un cálculo aproximado de su carga del tributo deben estar contenidos en la ley".⁶⁴

"La doctrina fija el contenido de principio preguntándose qué ha de entenderse por establecer este tipo de prestaciones. Crearlas significaría regular sus elementos esenciales de identidad y entidad o importancia, es decir, supuestos en que proceden (o hecho imponible), persona que ha de pagar (sujeto pasivo) y elementos de cuantificación. (...) Se suele considerar que no es imprescindible que la Ley contenga más que los criterios, límites y directrices básicos, que pueden ser objeto de ulterior concreción por las normas administrativas. Pero, en lo referente a los elementos esenciales de los tributos, esto es así..."⁶⁵

En definitiva, cuando las normas reglamentarias directamente entran a incidir o modificar el establecimiento, configuración o determinación de elementos esenciales de los impuestos se vulnera el principio de reserva legal. No está demás recalcar que lo que señalamos no es que no sea posible una modificación de los elementos esenciales de un tributo (por ejemplo, del impuesto a la

⁶³ MARTÍN, José María y RODRÍGUEZ USÉ, Guillermo F.: "Derecho Tributario General", Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1995, pp. 93-96.

⁶⁴ RUIZ ALMENDRAL, Violeta y ZORNOZA PÉREZ, Juan: "Sistema Tributario y Constitución", en: "Finanzas Públicas y Constitución", Varios Autores, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 128.

⁶⁵ GARCÍA DE LA MORA, Leonardo y MARTÍNEZ LAGO, Miguel: "Derecho Financiero y Tributario", J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 49

renta), sino que **tal afectación o incidencia debe hacerse inexorablemente a través de una ley**. Téngase en consideración finalmente que existen casos de remisiones normativas expresa, que franquean o permiten la posibilidad de que a través de un simple reglamento se regulen aspectos esenciales del tributo, como ocurre, por ejemplo, en los casos previstos en los artículos 9, No. 11; 10, No. 7; 12; 20; 30; 36, d); 40; 41, No. 1, No. 3; 43; 50; 100; 103; 105 y 106, entre otros, de la Ley de Régimen Tributario Interno.

2. **Mediante la creación de obligaciones, restricciones o presunciones que limitan o afectan derechos individuales**. Los derechos individuales que la Constitución Política reconoce y garantiza a las personas, únicamente pueden ser limitados o restringidos mediante una norma de rango legal. Este principio general se encuentra señalado expresamente en el número 1 del Art. 141 de la Carta Fundamental y, en el caso que se estudia, se encuentra además subsumido en el principio de legalidad en materia tributaria, que se ha analizado en líneas anteriores. Tal reserva legal para la limitación de derechos de los particulares ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional alemán como una característica básica del “Estado de Derecho”, de la siguiente manera:

*“El principio del Estado de Derecho exige que la Administración **sólo puede intervenir en la esfera legal del particular cuando se encuentra autorizada para tal efecto mediante ley, y cuando el contenido, objeto, finalidad y extensión de esa autorización se encuentra suficientemente determinada en la ley**, de modo tal que la intervención sea cuantificable y previsible por el ciudadano”.*⁶⁶

⁶⁶ SCHWABE, Jürgen (Compilador): “Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez – Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 359. Sentencia de la Segunda Sala de 3 de febrero de 1959.