

Análisis de la sentencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición referente a los emolumentos cobrados por la prestación del servicio del Aeropuerto Mariscal Sucre

Gabriela Valdivieso Ortega*

RESUMEN

Este artículo analiza la sentencia de la Corte Constitucional que resuelve el conflicto de criterios entre el Procurador General del Estado y el Contralor General. En cuanto a la materia misma de la sentencia, en opinión del órgano más importante de justicia constitucional del país, las tasas son tributos, que no pueden percibirse, cederse, ni administrarse directamente por ninguna persona natural ni jurídica que no sea el Estado. El cambio constitucional exige una nueva óptica jurídica en la apreciación de los dictámenes provenientes de la Procuraduría General del Estado, que ya no son simples opiniones de juristas respetables, sino que constituyen normas jurídicas que se deben aplicar. De alguna forma ha renacido con mayor vigor el *ius publice respondedi* del pretor romano, y estos actos jurídicos han alcanzado la jerarquía de fuentes formales del derecho.

PALABRAS CLAVE: Corte Constitucional, tributos, tarifas, tasas, concesionario, QUIPORT.

ABSTRACT

This article analyzes the ruling issued by the Constitutional Court of Ecuador, which resolves the conflict of criteria regarding the emoluments charged for the services offered by the Mariscal Sucre Airport, aroused between the Ecuadorian General Attorney and the General Comptroller. The Constitutional Court considers these emoluments as taxes, which may not be perceived, assigned or administered by a company or individual different from the Ecuadorian Government. The constitutional changes require a new juridical optic in regard to the reports issued by the General Attorney, which are not simple opinions of respectable lawyers, but real juridical regulations that must

* Analista jurídica en materia penal tributaria, Dirección Nacional del Servicio de Rentas Internas.

be applied. This change of conception reveals the rebirth of the *ius publice responde-di* of the Roman praetor, transforming these acts in formal sources of law.

KEY WORDS: Constitutional Court, taxes, fees, rates, concessionary, QUIPORT.

FORO

INTRODUCCIÓN

El problema que dilucida la sentencia se produce porque los criterios de dos autoridades ecuatorianas, el Procurador General de Estado, por una parte, y el Contralor General, por otra, no son coincidentes, en cuanto a si los emolumentos que cobra QUIPORT por el servicio de aeropuerto tienen el carácter de tributos que solamente pueden ser administrados por el Estado, o si son tarifas susceptibles de cesión, que han pasado a ser percibidas y administradas por el concesionario.

Dada la importancia y la jerarquía de quienes mantienen la discusión, y del Tribunal que resuelve el problema se aprecia la importancia que tiene tanto para el desarrollo económico del país como para su seguridad jurídica. El proceso se ha resuelto, como era de esperarse, en un ambiente de respeto a las opiniones ajenas, dentro del cual sus protagonistas han podido exhibir su acervo de conocimientos sobre la materia, su habilidad para defender sus puntos de vista, y la amplia información que, en el ejercicio de la función, han podido acopiar.

Se trata de un acontecimiento producido en una época trascendental para la historia ecuatoriana. La Constitución del 2008, en plena vigencia, debe aplicarse, con las consecuencias que conlleva el cambio; una nueva concepción del Derecho es la realidad incuestionable que debe ser acatada; la dinámica social así lo exige. Para quienes ejercemos la abogacía lo que está ocurriendo tiene estrecha relación con las guías profesionales que tan profundamente expuso el procesalista uruguayo Eduardo Couture: “El Derecho, que se aprende estudiando y se ejerce pensando, se transforma constantemente, y si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado”.

NOCIONES PRELIMINARES

El 23 de septiembre de 2008 el doctor Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado, solicitó al doctor Diego García Carrión, Procurador General del Estado, un pronunciamiento sobre: la naturaleza jurídica de los servicios del Aeropuerto Mariscal

Sucre (primera consulta), y sobre el carácter público o privado de las tarifas o tasas que recibe QUIPORT S.A.¹ por concepto de uso del aeropuerto (segunda consulta).

Mediante oficio No. 5569 de 5 de enero de 2009, el señor Procurador General del Estado respondió a las consultas formuladas por la Contraloría del siguiente modo: en relación a la primera consulta, atribuye a los servicios del actual Aeropuerto Mariscal Sucre al igual que a los del nuevo aeropuerto de la ciudad de Quito la naturaleza jurídica de *servicios públicos*; con respecto a la segunda consulta, el pronunciamiento de la Procuraduría concluyó que en el caso del contrato de concesión vigente con QUIPORT se estaba frente a *tarifas* que se derivan directamente de la concesión otorgada, las mismas que son recaudadas y administradas por el concesionario y que por lo tanto no se enmarcan en la definición de tributos o recursos públicos constante en el artículo 1 del Código Tributario, puesto que, no las recauda el propio Estado o sus instituciones. A criterio del señor Procurador constituyen valores que al ser recaudados e ingresar al activo corriente del concesionario tienen el carácter de *recursos privados*.

Ante las respuestas dadas por la Procuraduría a las consultas formuladas, mediante oficio No. 1176 de 22 de enero de 2009, la Contraloría solicitó al Procurador General la reconsideración del criterio emitido. Dicho funcionario mediante oficio No. 5929 de 3 de febrero de 2009 ratifica en su integridad el contenido del oficio No. 5569.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 033-09-SIN-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Es menester aclarar que tanto los argumentos jurídicos de las partes como la sentencia emitida por la Corte Constitucional están fundamentados en la Constitución de la República del Ecuador vigente.

ANTECEDENTES

El Contralor General del Estado solicitó a la Corte Constitucional para el Período de Transición, mediante acción pública de inconstitucionalidad de acto administrativo con efectos generales, presentada el 24 de abril de 2009, que dice: “Declare la inconstitucionalidad parcial por el fondo de los actos administrativos con efectos generales conteni-

1. QUIPORT S.A. es una empresa de capital cien por ciento privado, conformada por importantes empresas canadienses, estadounidenses y brasileras. Sus inversionistas son: AECON, Airport Development Corporation (ADC), HAS Development Corporation (HAS-DC) y Andrade Gutiérrez Concessoes (AGC).

dos en los oficios No. 5569 de 5 de enero y 5929 de 3 de febrero de 03 de Febrero del 2009, emanados del Procurador General del Estado”.²

La sala de admisión de la Corte Constitucional el 06 de mayo de 2009 consideró que el acto impugnado era objeto de control constitucional conforme a lo dispuesto en el artículo 436 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, y, en consecuencia, admitió a trámite la acción. El 20 de mayo de 2009 se realizó el sorteo de rigor y el caso radicó en la segunda sala de sustanciación de la Corte Constitucional para el período de transición, designando luego del sorteo correspondiente al doctor Roberto Bhrunis Lemaire como juez constitucional sustanciador.

ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES QUE SE IMPUGNAN

Los oficios Nos. 5569 de 05 de enero y 5929 de 03 de febrero de 2009, emanados del señor Procurador General del Estado.

ARGUMENTOS JURÍDICOS PLANTEADOS EN LA DEMANDA

En la demanda presentada por el Contralor General del Estado se expresa que las circunstancias que dieron lugar a acción pública de inconstitucionalidad son en resumen las siguientes:

- a) Los oficios: No. 5569 (en cuanto a la segunda respuesta) y No. 5529 (en cuanto ratifica la segunda respuesta del oficio No. 5569), puesto que vulneran la disposición contenida en el artículo 211 de la Constitución, conforme a la que la Contraloría es el organismo encargado del control de los recursos estatales y de los recursos públicos de los que dispongan personas jurídicas de derecho privado.
- b) En concepto del Contralor se atenta de manera grave contra el régimen de competencias exclusivas del Estado central, específicamente contra la establecida en el artículo 261, numeral 10 de la Constitución.³
- c) La demanda indica que el servicio aeroportuario es un *servicio público esencial*, por lo que los ingresos percibidos por la prestación del mismo son tasas, es decir, ingresos tributarios de propiedad del Estado; que, al ser considerados como privados, se viola el artículo 287 de la Constitución.

2. Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p.1.

3. “El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos.”, Constitución, art. 261 numeral 10.

- d) Sostiene que el principio de legalidad o de reserva de ley⁴ relativo a los tributos, contenido en el artículo 301 de la Constitución, también se inobserva al pretenderse la transformación de una tasa en una contraprestación contractual.
- e) Considera además que la cláusula 2 del contrato de concesión vulnera el principio contenido en el artículo 321 de la Constitución, en el que se reconocen y garantizan las distintas formas de propiedad, entre ellas la pública o estatal.
- f) El accionante indica también que el pronunciamiento del señor Procurador respecto a que las tarifas aeroportuarias no constituyen tributos, viola no solo el principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución, sino que atenta directamente contra el artículo 424 de la Constitución relativo a la Supremacía Constitucional.
- g) Finalmente, considera que el Procurador se extralimita del ámbito de sus atribuciones, al no pronunciarse estrictamente sobre la inteligencia de ley, violando el artículo 429 de la Constitución de la República.⁵

Por lo expuesto, el Contralor General del Estado solicitó al Pleno de la Corte Constitucional que proceda a:

Declarar la naturaleza pública de los recursos obtenidos mediante el cobro de tasas aeroportuarias que se realizan en el aeropuerto de Quito, o en tal virtud declare que tales recursos son objeto de control gubernamental por parte de la Contraloría General del Estado.

Declarar la inconstitucionalidad de la repuesta dada por el Señor Procurador General del Estado, Dr. Diego Carrión García, contenida en las páginas 4 a 11, del oficio No. 5569 del 05 de enero del 2009, en relación a la segunda consulta realizada por el señor Contralor General del Estado, mediante oficio No. 24133 del 26 de septiembre del 2008.

Ordenar al Señor Procurador General del Estado que expida un acto administrativo que reemplace al declarado inconstitucional, donde se incorporen los criterios constitucionales respecto a la propiedad, uso y administración de las tasas aeroportuarias que se cobran por el uso del Aeropuerto Mariscal Sucre.⁶

4. El principio de legalidad y el de reserva de ley, en el lenguaje actual, se utilizan como sinónimos, no obstante a nuestro criterio es necesaria la diferenciación. César Montaña Galarza, "La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los estados miembros de la Comunidad Andina", en Aimée Figueroa Neri (coord.), *Tópicos fiscales contemporáneos*, Guadalajara, CUCEA, 2004, p. 218, expresa que: "(...) con el primero se entiende que los tributos deben ser establecidos por los órganos legislativos correspondientes [...]; con el segundo, solo la ley puede afectar la esfera de la propiedad y de la libertad de cada individuo (...)."

5. Cfr. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, pp. 4-8.

6. *Ibid.*, pp. 8 y 9.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El Dr. Rafael Parreño Navas, Procurador General del Estado subrogante, fundamentó su contestación a la demanda dividiéndola “en tres puntos básicos: a) cuestiones preliminares; b) improcedencia de la demanda por inexistencia de inconstitucionalidad; y, c) sobre la improcedencia de las demás pretensiones contenidas en la demanda”.⁷

Respecto al primer punto, el Procurador afirma que debe hacerse una interpretación sistemática y contextual de la Constitución. Considera que sus pronunciamientos no constituyen una limitación a las competencias de fiscalización de la Contraloría General del Estado y sostiene que las concesiones siguen siendo posibles de acuerdo a lo previsto en el artículo 316 de la Constitución, sin haberse previsto un mecanismo específico para las concesiones aeroportuarias.

Con relación al segundo punto, considera que no procede demandar la inconstitucionalidad parcial de los actos impugnados, puesto que no existe en ellos pronunciamiento alguno respecto de las atribuciones de la Contraloría General del Estado, por lo que no es verdad que el criterio vertido viole el artículo 211 de la Constitución. Sostiene, además, que a pesar de que el artículo 261 numeral 10 de la Constitución modifica el tratamiento que se debe dar a los aeropuertos, al amparo de la Constitución Política de 1998 “se celebraron muchos contratos que generaron derechos subjetivos a terceros”.⁸

Asevera que “la opinión del Procurador General del Estado no es un acto que pueda convertir en recursos privados los recursos públicos o viceversa”.⁹ Afirma que las tarifas aeroportuarias “ya fueron analizadas por el Tribunal Constitucional, en las acciones Nos. 016-06TC y 039-06TC, dictadas el 30 de agosto del 2006”,¹⁰ que también fueron examinadas por las tres Salas del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 y la Corte Suprema de Justicia, las que se declararon incompetentes para resolver sobre las acciones planteadas; y que el Ministro de Finanzas y Economía se pronunció en el mismo sentido.

El Procurador sostiene que no se ha violado el artículo 287 de la Constitución y que no ha emitido opinión alguna sobre el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Considera que lo que hizo es limitarse a contestar las consultas formuladas.

En lo referente al tercer punto, el Procurador manifiesta que a su juicio lo que pretende la Contraloría es que la Corte Constitucional declare que los recursos que se cobran por la prestación del servicio aeroportuario Mariscal Sucre son públicos, lo que, a su criterio, es una cuestión típicamente legal, para la que la Corte no tiene competencia. Finaliza sos-

7. *Ibid.*, p. 9.

8. *Ibid.*, p. 11.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*, pp. 11 y 12.

teniendo que la pretensión del Contralor respecto a que la Corte ordene al Procurador a expedir un acto administrativo que reemplace al declarado inconstitucional, en los términos que ésta señala, implica “(...) una injerencia en el derecho personal a pensar; derecho de naturaleza humana que no puede llegar a lo absurdo o a lo arbitrario”.¹¹

Por lo expuesto la Procuraduría solicitó a la Corte Constitucional rechazar la demanda.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

En la sentencia objeto de análisis se expresa que “El control abstracto de constitucionalidad es una actividad dirigida a la revisión, verificación o comprobación de la concordancia plena de las normas jurídicas infra-constitucionales, respecto a su marco de referencia que es la Constitución”.¹²

La Constitución de la República del Ecuador contempla dentro de las atribuciones de la Corte Constitucional realizar el control abstracto de constitucionalidad y declarar la inconstitucionalidad respecto de: actos normativos por el fondo o por la forma (art. 436.2), actos administrativos con efectos generales (art. 436.4), normas conexas (art. 436.3), al igual que tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad por omisión (art. 436. 10). La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo o normativo impugnado de acuerdo a lo establecido en el mismo artículo 436.

La Corte Constitucional, en ejercicio de esta atribución, para examinar si “(...) los *supuestos actos administrativos* [emitidos por el Procurador General] son *parcialmente inconstitucionales* por el fondo”¹³ (las cursivas son nuestras), dividió su análisis en seis puntos.

Sobre la naturaleza jurídica de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado

La Corte sostiene que ya se ha pronunciado antes al respecto por lo que “(...) recomienda referirse a la sentencia No. 002-09-SAN-CC, misma que, en lo principal, determina que los dictámenes emitidos por el Señor Procurador General del Estado forman parte del Derecho objetivo, principalmente por el carácter vinculante de sus pronunciamientos”.¹⁴

11. *Ibid.*, p. 13.

12. *Ibid.*, p. 15.

13. *Ibid.*, p. 17.

14. *Ibid.*, p. 18

La sentencia a la que se hace alusión considera que el dictamen del Procurador encuadra más dentro del concepto de “norma”, que es una especie de acto normativo, al crear derecho objetivo. En este sentido expresa: “(...) el dictamen del Procurador se aproxima en gran medida al concepto de norma, mucho más todavía en la línea seguida por esta Corte, que considera como factor determinante para considerar norma o no al dictamen del Procurador identificar si este crea ‘Derecho objetivo’”.¹⁵

¿Cuál es la interpretación constitucional adecuada del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado?

La Corte Constitucional reconoce “(...) que la declaratoria de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un Tribunal de Justicia (...)”,¹⁶ y que debe recurrirse a ella solo en casos de estricta necesidad. Empero, aclara, que tampoco es posible so pretexto de ello “dejar sueltas interpretaciones o fragmentos inconstitucionales en el ordenamiento jurídico”.¹⁷

Considera la Corte que la interpretación que hace el Procurador General del inciso 2do, del art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es una interpretación incompleta, según la cual, el contrato de concesión implica la transferencia del dominio público al privado, por lo que significaría un límite a las facultades constitucionales de fiscalización que tiene la Contraloría de acuerdo al art. 211 de la Carta Suprema.

En la sentencia se examinan los elementos esenciales del contrato de concesión y la Corte concluye que “(...) no podría existir jamás una transferencia total de derechos hacia el sector privado a través de un contrato de concesión”,¹⁸ puesto que lo que ocurre es que el concesionario adquiere simplemente el derecho de administración de los bienes.

Así la Corte, de acuerdo a lo previsto en los artículos 429 y 436, como máximo órgano de interpretación y control constitucional, emite una *interpretación condicionada*, en los siguientes términos:

(...) el texto del inciso 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría solo será constitucional si se entiende que: *La transferencia de títulos, acciones, participaciones o derechos que represente ese patrimonio hacia el sector privado no es aplicable cuando exista de por*

15. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, publicada en el Registro Oficial No. 566, del miércoles 8 de abril del 2009, p. 23.

16. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 22.

17. *Ibid.*, pp. 23 y 24.

18. *Ibid.*, p. 26.

*medio un contrato de concesión, toda vez que la naturaleza propia de este acto contractual no conlleva una transferencia total de dichos elementos.*¹⁹

En resumen, considera que los recursos públicos objeto de análisis no perdieron la calidad de tales por el hecho de haberse celebrado un contrato de concesión entre: la Municipalidad de Quito, la Corporación Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito (CORPAQ), y la Canadian Comercial Corporation (CCC), con posterior novación a QUIPORT.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los pagos hechos por los particulares en el aeropuerto de Quito?

En este punto analiza varios temas:

El servicio público esencial aeropuerto

La Corte Constitucional considera que el servicio aeroportuario tiene el carácter de *servicio público*, basándose en el art. 261 de la Constitución, en el que dentro de las materias de competencia exclusiva del Estado Central, se prevé en su numeral 10: “El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos”.²⁰ Afirma lo dicho apoyándose en el art. 314 *ibidem*, conforme al que el Estado es responsable de la provisión de servicios públicos como las infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y de que el suministro de estos servicios responda a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, etc.

En este sentido manifiesta que hay coincidencia con el pronunciamiento emitido por el Procurador en los actos impugnados, al igual que con el criterio del Contralor General; y deja en claro “que a la luz de la nueva Constitución vigente, el servicio aeroportuario es ahora de responsabilidad exclusiva del Estado Central, con independencia de que su gestión y administración pueda ser ejecutada excepcionalmente por otra persona jurídica pública o incluso por particulares”.²¹

La Corte consideró que era necesario, con el objeto de determinar la naturaleza de los pagos efectuados por los particulares en el aeropuerto de Quito, agregar una característica adicional a este servicio, “(...) y esto es, la posibilidad de determinar que el servicio aeroportuario es un *servicio público esencial*, toda vez que el Estado, constitucional-

19. *Ibid.*, p. 27.

20. Constitución de la República del Ecuador, Art. 261, numeral 10.

21. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 33-09-SIN-CC, p. 28.

mente, es responsable de brindar éste, que es inherente a su soberanía, y, en consecuencia, al brindar este servicio cobra por sus actividades, tributos, específicamente, tasas”²² (las cursivas son nuestras).

Bajo nuestra concepción sería más correcto caracterizar al servicio aeroportuario como un *servicio público propio*, el que, para el criterio de algunos autores, es también inherente a la soberanía del Estado. Dromi tiene un concepto bastante restringido, y considera que el servicio público es propio o impropio “según lo preste el Estado o alguna persona privada, no estatal”.²³ Villegas Basavilbaso tiene un criterio más amplio y considera que el servicio público tiene dos formas específicas: la propia y la impropia. Sostiene que: “Son servicios públicos propios los que presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionario; son servicios impropios aquellos que tienen de común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el Estado quien los presta ni los concede, sino que tan solo los reglamenta”.²⁴ Agrega el autor, refiriéndose a los servicios propios, que aunque en principio es función de la administración pública el satisfacer directamente las necesidades colectivas, en nada obsta “si el orden jurídico constitucional no lo prohíbe, que esas necesidades sean satisfechas por el mismo procedimiento mediante la delegación en particulares que da lugar a la figura denominada en la doctrina concesión de servicio público”.²⁵ Ello permite sostener que los *servicios públicos propios* pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado de acuerdo a lo establecido en el marco constitucional.

Los *servicios públicos esenciales* “se relacionan directamente con la subsistencia decorosa de las personas”.²⁶ Esta clasificación de los servicios públicos responde al tipo de necesidades que éstos satisfacen. Según la doctrina administrativa los servicios públicos esenciales son aquellos que satisfacen necesidades públicas absolutas, a criterio de Villegas estas necesidades son: defensa exterior, administración de justicia y orden interno, “(...) si el Estado no las satisface deja de existir como tal (...)”.²⁷ Mientras que los servicios públicos no esenciales satisfacen necesidades públicas relativas, vinculadas al progreso y al bienestar general (comunicaciones, transporte, etc.); “se cumplen también obligatoriamente en el Estado moderno, pero dentro de los límites de las posibilidades

22. *Ibid.*, p. 30.

23. José Roberto Dromi, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 5.

24. Citado en Horacio García Belsunce, *En defensa de las Instituciones*, Buenos Aires-Argentina, LexisNexis Argentina S.A., 2007, p. 255.

25. *Ibid.*

26. Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, Loja, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999, p. 144.

27. Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, p. 100.

materiales y sin que la falta de su cumplimiento afecte su subsistencia, desde el plano jurídico”.²⁸

Obviando la denominación utilizada (servicio público esencial), concordamos con el criterio de la Corte en lo fundamental, pues consideramos que para una correcta teoría sobre la obligación tributaria (relación jurídico-tributaria sustancial), es preferible que el servicio público por el que se satisface un tributo, específicamente en el caso una tasa, sea prestado directamente por el Estado o por una entidad pública, para que sean éstos los sujetos activos del gravamen. En palabras de González Sánchez: “La titularidad activa, esto es, los acreedores de la obligación tributaria, son los entes públicos, sobre todo los de carácter territorial (Estado, regiones, entes locales, etc.)”.²⁹ Aún cuando autores como Plazas Vega sostienen que “la tasa no deja de ser tal por el hecho de que su titular, como acreedor de la obligación tributaria, sea un particular (...)”.³⁰ A más de lo mencionado la Constitución de la República del Ecuador es clara al establecer que “(...) Solamente las instituciones de derecho público podrán financiarse con tasas y contribuciones especiales establecidas por ley”.³¹

La naturaleza tributaria de los cargos aeroportuarios

La Corte Constitucional, para resolver este punto, planteó el siguiente esquema de interrogantes:

¿CUÁL ES EL TIPO DE TRIBUTO QUE DEBE RECAUDARSE COMO CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL?

La Corte considera que al ser el servicio aeroportuario un servicio público esencial e inherente a la soberanía del Estado, que solo puede ser prestado por éste, la recaudación que se obtenga por concepto de su prestación “debe ser un tributo y en concreto una tasa”.³²

Gran parte de la doctrina tributaria se adhiere al criterio de que las tasas corresponden a los servicios inherentes a la soberanía del Estado. Entre los autores latinoamericana-

28. Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, p. 100.

29. Manuel González Sánchez, “El Estado, los entes locales y otros sujetos”, en Andrea Amatucci, Director, *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001, p. 136.

30. Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., t. II, 2001, p. 186.

31. “Toda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente. Solamente las instituciones de derecho público podrán financiarse con tasas y contribuciones especiales establecidas por ley”. Constitución de la República del Ecuador, art. 287.

32. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 32.

nos más destacados seguidores de esta concepción, y que han desarrollado la teoría de Pugliese, podemos citar a Valdés Costa³³ y a Héctor Villegas.³⁴ Además, bajo la misma línea, en el art. 16 del Modelo de Código Tributario para América Latina está contemplado que “(...) No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado”.³⁵

¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR UNA TASA? ¿EXISTE UNA CONCEPTUALIZACIÓN CLARA Y EXPRESA DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO? DE NO EXISTIR, ¿QUÉ ESTABLECE LA LEGISLACIÓN MÁS IMPORTANTE AL RESPECTO?

La Corte Constitucional parte del hecho de que dentro de la legislación ecuatoriana no existe una definición de tributo, tampoco una clasificación de los mismos y mucho menos un concepto de una de sus especies, la tasa.

Utiliza para su examen los conceptos vertidos en el art. 16 del Modelo de Código Tributario para América Latina y el art. 2 de la Ley General Tributaria Española, al igual que toma como referencia el concepto de tasa de Valdés Costa;³⁶ concluyendo que, aunque las definiciones de la tasa son muy variadas “(...) todas ellas, coinciden en la prestación de una actividad estatal vinculante ya sea efectiva o potencial, en el caso *sub judice*, particularizada en la prestación de un servicio público”.³⁷ Se expresa en la sentencia “que la tasa es un tributo vinculado cuyo hecho generador consiste en la realización de una actividad estatal”³⁸ y que no cabe hablar de tasa cuando el sujeto activo de la obligación tributaria es un ente privado como QUIPORT. Sostiene la Corte, además, que “(...) partiendo de la naturaleza del servicio aeroportuario y de su indelegabilidad tributaria por parte del Estado Central, resulta desde todo punto de vista inconstitucional, que el producto de la tasa sea recaudado y retenido por QUIPORT (...)”.³⁹

En nuestro criterio no hay inconstitucionalidad si el producto de la tasa es *recaudado* por una institución privada, mas sí cuando éste es *retenido* por dicha institución, sobre todo por lo establecido en el art. 287 de la Constitución. En cuanto a la recaudación, que

33. Ramón Valdés Costa, en *Curso de Derecho Tributario*, Buenos Aires-Santa Fe de Bogotá-Madrid, Depalma / Temis / Marcial Pons, 1996, p. 14, sostiene que “(...) las tasas corresponden a aquellos servicios inherentes al Estado, que no se conciben prestados por particulares, dada su íntima vinculación con la noción de soberanía que rija en cada lugar y tiempo”.

34. Héctor Villegas, en *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 99, expresa su “(...) adhesión a la tesis de que la actividad estatal vinculante debe ser inherente a la soberanía estatal”.

35. Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID), redactado por Carlos M. Giuliani Fonruge (Argentina), Gómez de Souza (Brasil) y Ramón Valdés Costa (Uruguay) en septiembre de 1967, art. 16.

36. Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, p. 143.

37. Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 33.

38. *Ibid.*, p. 33.

39. *Ibid.*, p. 34.

es una facultad de la Administración de gestión tributaria, y, por lo tanto, es cuestión atinente al derecho tributario formal, la doctrina sostiene que “por razones de buena administración el sujeto activo puede encomendar la percepción del tributo a un ente ajeno, otorgándole facultades más o menos amplias (liquidación, cobranza, ejecución judicial). En estos casos el recaudador actúa en calidad de mandatario del sujeto activo que mantiene su condición de titular del crédito”.⁴⁰ Corral Guerrero considera que existe un doble modo de entender la potestad de recaudación “(...) como potestad de titularidad y como facultad de ejercicio. La primera la tiene siempre el acreedor, es decir, quien tiene legalmente atribuida la titularidad acreedora; y la segunda puede conservarla el acreedor o bien transmitirla”.⁴¹ Continúa el autor sosteniendo que en consecuencia pueden darse dos casos: el de la potestad de recaudación plena, “cuando el acreedor lo cumple por sí mismo”;⁴² y el de la potestad de recaudación de ejercicio, “cuando el acreedor cede la gestión, no la titularidad, a otros”.⁴³

¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS U ELEMENTOS ESENCIALES DE ESTE TRIBUTO?

¿LA ACTIVIDAD EFECTIVA QUE PRESTA UN SERVICIO PÚBLICO, Y EL DESTINO DEL INGRESO RESULTAN SER DOS REQUISITOS CONSTITUTIVOS *SINE QUA NON* DE UNA TASA?

ES DECIR, ¿PODRÍA LLAMARSE TASA EL CARGO AEROPORTUARIO RECAUDADO PARA FINANCIAR EL ACTUAL AEROPUERTO Y EL FUTURO EN CONSTRUCCIÓN?

La Corte sostiene de manera firme la naturaleza tributaria de la tasa, es decir, la considera una especie del género tributo, por lo que, para su examen, considera los elementos esenciales del género (tributo), y los analiza en la especie (tasa).

Analiza tres elementos esenciales del tributo: el principio de legalidad/ reserva de ley, la prueba de la prestación y la afectación a fines estatales.

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD/RESERVA DE LEY. La Corte considera que en respeto al principio de reserva de ley “(...) una tasa no puede ser creada, modificada o suprimida sino es a través de una ley previa, caso contrario se tornaría inconstitucional”,⁴⁴ y recalca que “cualquier instrumento público o privado distinto a la ley, se encuentra imposibilitado y vedado para establecer, modificar o suprimir tributos so pena de incurrir en vicios de

40. Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, p. 310.

41. Luis Corral Guerrero, “Extinción y recaudación de la deuda impositiva”, en Andrea Amtucci, dir., *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001, p. 518.

42. Luis Corral Guerrero, “Extinción y recaudación de la deuda impositiva”, en Andrea Amatucci, Director, *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001, p. 518.

43. *Ibid.*, p. 518.

44. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 34.

inconstitucionalidad”.⁴⁵ Sustenta lo dicho basándose en los arts. 120.7, 132.3, 301 y 264 de la Constitución de la República del Ecuador.

El principio de legalidad se ha flexibilizado en la actualidad, el viejo aforismo *no hay tributo sin ley que lo establezca* está reducido en la mayoría de legislaciones a lo sumo a *no hay impuesto sin ley que lo establezca*; pues, se las tasas y contribuciones se crean generalmente a través de ordenanzas. Del texto de la sentencia es fácil deducir que este criterio doctrinario es conocido por la Corte; sin embargo, ésta en su análisis es explícita respecto a que, si bien las tasas y contribuciones especiales pueden ser creadas, modificadas o extinguidas vía ordenanza por los gobiernos municipales, “(...) el ámbito de ejercicio de dichas atribuciones se circunscribe en aquellas previstas en el artículo 264 de la Constitución de la República, es decir, como consecuencia de los servicios públicos que presta la Municipalidad en desarrollo de sus competencias exclusivas”.⁴⁶ Por lo tanto, la potestad tributaria municipal sobre tasas y contribuciones especiales “(...) encuentra límite en lo establecido en el artículo 261 de la Constitución (...)”⁴⁷ por lo que “(...) la Administración Municipal no podrá regular tributo alguno en aquellas materias de exclusiva competencia del Estado Central, como en efecto son los aeropuertos”.⁴⁸

Aclara la Corte que todo esto sin menoscabo de que conforme a lo establecido en el art. 260 de la Constitución, “(...) mediante Ley Orgánica del sistema de competencias (...) se regule la concurrencia de las competencias con los respectivos niveles de gobierno, en los cuales se incluya de forma expresa los aeropuertos”.⁴⁹

2. *PRUEBA DE LA PRESTACIÓN.* Considera la Corte que en el caso del Aeropuerto Mariscal Sucre este criterio se verifica en la prestación del servicio actual, mientras que con respecto al futuro aeropuerto el que se encuentre en construcción es prueba suficiente.

3. *AFECCIÓN A FINES ESTATALES.* Basada en doctrina tributaria calificada la Corte expresa que “los tributos (...) son prestaciones para cubrir el gasto público”, por lo que constituyen recursos públicos cuya recaudación debe ingresar a las arcas del Estado.

Concordamos con lo expuesto, pero creemos necesario agregar que los tributos, a más de ser la principal herramienta para la obtención de ingresos públicos, son también instrumentos de política económica. Estamos haciendo referencia a los fines extrafiscales de la tributación, pues, si bien es cierto que el procurar ingresos al Estado es la finalidad principal de los tributos, no es menos cierto, que pueden perseguirse otros propósitos al momento de la *aplicación* de los mismos, tales como: la redistribución del ingreso, el

45. *Ibid.*

46. Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 35.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

49. *Ibid.*

fomento de la inversión, el financiamiento de servicios. Estos propósitos están contemplados en el art. 285⁵⁰ de la Constitución.

Una vez analizados los elementos esenciales de todo tributo la Corte pasa a examinar las características particulares de la tasa. Toma como referencia a Valdés Costa, quien a nuestro criterio considera todos los puntos que de ésta se discuten.

Los tres primeros están relacionados con las características del servicio que constituye el presupuesto de la obligación de la tasa: *divisibilidad, naturaleza jurídica y funcionamiento efectivo*.

En cuanto primer punto, la Corte, en la sentencia objeto de análisis, sostiene al igual que la mayoría de la doctrina tributaria que el servicio debe ser *divisible*, en unidades de uso o consumo, es decir, susceptible de particularizarse en una o varias personas determinadas.

En relación al segundo punto, la Corte considera que “*las tasas corresponden a aquellos servicios inherentes a la soberanía del Estado, que no se conciben prestados por los particulares, dada su íntima vinculación con la noción de soberanía que rija en cada lugar y tiempo*” (las cursivas son nuestras). Su análisis se basa en que este tipo de servicios están regidos por el principio de gratuidad, mientras que los servicios de naturaleza económica responden al principio de onerosidad; este criterio es sostenido por tributaristas como Valdés y Villegas. Conforme lo manifestamos en líneas anteriores a nuestro parecer, sí es preferible que los tributos correspondan a servicios prestados directamente por el Estado.

En lo que al tercer punto concierne, partiendo de lo previsto en el art. 16 del Modelo de Código Tributario para América Latina,⁵¹ la Corte colige que “*(...) el servicio puede ser efectiva o potencialmente prestado*”⁵² (las cursivas son nuestras). Sin embargo, en líneas posteriores puntualiza “*(...) que en el caso objeto de análisis, el servicio está siendo efectivamente prestado, puesto que el Aeropuerto Mariscal Sucre se encuentra en funcionamiento*”.⁵³

Algunos autores sostienen que es suficiente la potencialidad de la prestación, otros, que basta con la organización del servicio; sin embargo, nosotros, al igual que la mayo-

50. “La política fiscal tendrá como objetivos específicos: 1. El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos. 2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados. 3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente deseables”, Constitución de la República del Ecuador, art. 285.

51. “Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación. No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado”. Código Tributario para América Latina, art. 16.

52. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 38.

53. *Ibid.*, p. 38.

ría de la doctrina, consideramos que lo que puede haber es la potencialidad de uso del servicio, pero éste debe ser *efectivamente prestado*.

Acorde a nuestro pensamiento Jarach considera inaceptable el hecho de que la tasa pueda justificarse en un servicio individualizado pero meramente potencial y critica dicha postura sosteniendo que lo que busca es proteger los intereses de las haciendas locales, “que en ocasiones cobran tasas por actividades no prestadas”.⁵⁴ En la misma línea opina Valdés Costa, quien expresa que “si el presupuesto de hecho de la obligación de pagar la tasa es el funcionamiento de un servicio público respecto del contribuyente, es innegable que si el servicio no funciona, no se produce el hecho generador de la obligación, o sea, que ésta no llega a nacer”.⁵⁵

Las siguientes dos condiciones de la tasa que se analizan en la sentencia están relacionadas al contribuyente y se refieren a: si es necesario o no que éste obtenga una *ventaja* y a si su *voluntad y consentimiento* opera en cuanto a la demanda del servicio y al nacimiento de la obligación.

En cuanto a la primera condición, la Corte, con una clara concepción de la tasa como *prestación* y ya no como *contraprestación*, sostiene que “(...) *la ventaja no es un elemento esencial* (...)” de este tributo (las cursivas son nuestras). Basa su afirmación en autores como Baleeiro, Gómez de Souza, González García, Posadas Belgrano y Valdés Costa. Además, hace alusión a la sentencia No. 195-2006 de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador⁵⁶ en la que se expresa que “(...) la diferencia entre las concepciones clásica y moderna de la tasa radican en este punto. Para la primera de las dos concepciones, la tasa es la *contraprestación del beneficio* que obtiene el contribuyente por el servicio público. Para la segunda, es la *prestación exigible con ocasión del servicio público*” (las cursivas son nuestras).

Refiriéndose a la segunda condición, la Corte siguiendo a Valdés Costa, cita el siguiente texto: “Una cuestión es que el servicio se preste de oficio o a demanda del particular y otra, que la fuente de la obligación sea la ley o el consentimiento del obligado”.⁵⁷ Cabe recalcar que si bien existen servicios que el Estado presta de oficio y servicios que generalmente funcionan a pedido del particular unos y otros pueden ser financiados mediante el cobro de tasas, la *voluntad del contribuyente* se limita en este caso a demandar o no el servicio, en los casos en que no se trate de servicios que presta el Estado de oficio. En cuanto a la *voluntad y consentimiento del contribuyente* respecto a la obligación de pago de la tasa, creemos que es totalmente inoperante, la obligación tri-

54. Citado en Vicente O. Días, *Tratado de Tributación, Política y Economía Tributaria*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 4.

55. *Ibid.*, p. 4.

56. Citada en la Sentencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición, p. 40.

57. *Ibid.*, p. 40.

butaria nace al momento en que se verifica el hecho generador y la misma es exigible de acuerdo con los plazos previstos por la ley.

El último elemento que analiza la Corte en la Sentencia es el relativo al *destino de la recaudación y a la razonable equivalencia*. Los examina por separado y considera:

Respecto al primero, que “(...) *el destino es un elemento esencial de las tasas sobre todo para diferenciarlas de los impuestos*” (las cursivas son nuestras). Sin embargo, aclara la Corte que este requisito se refiere a la ley que crea la tasa y no al destino que efectivamente le da la administración. En efecto, en nuestro criterio, es necesario que la ley u ordenanza mediante la cual se establece la tasa, contemple que el producto de la misma será destinado al servicio por el que ésta se cobra. Empero, de haber un superávit, la administración puede destinarla para otros gastos públicos pues esa es la finalidad principal de todo tributo. Doctrinarios como González García consideran que el producto de la tasa puede destinarse incluso a fines extrafiscales; el autor al respecto expresa que mientras los fines extrafiscales, entre otros, “sean cualidades predicables de todos los tributos, va a resultar difícil, desde el punto de vista lógico, negar la posibilidad (...) de que resulten operativas respecto de una clase concreta de tributos, en nuestro caso, respecto a la tasa”.⁵⁸

En relación la regla de la *razonable equivalencia*, la Corte, acorde con la mayoría de la doctrina tributaria, sostiene que “no se persigue buscar una limitación de la tasa al costo del servicio”,⁵⁹ pues la adecuación al costo es un concepto de medición de la tasa que ha sido desechado. Al establecer el monto de la tasa no se puede considerar solo el costo actual del servicio, se tienen que prever sus necesidades presentes y futuras. Cita a Bulit Goñi,⁶⁰ quien señala que si bien no es necesaria una equivalencia matemática entre el costo del servicio y el monto de la tasa “(...) si es condición de su validez (...) que exista razonable equivalencia y discreta proporción entre ambos parámetros, pues de otro modo (...) estaríamos frente a un impuesto encubierto”.

¿CUÁLES SON LOS PRINCIPALES PUNTOS QUE PUEDEN SER CONSIDERADOS PARA DIFERENCIARLAS DE OTRAS FIGURAS COMO LOS PRECIOS O TARIFAS?

¿EXISTE UNA CONTRAPOSICIÓN Y DIFERENCIA ENTRE LAS NOCIONES DE TASA Y TARIFA?

La Corte, para su análisis, se basa en el criterio de Villegas⁶¹ para quien dependiendo del régimen jurídico que se haya adoptado para regular determinada relación se entenderá: si la fuente de la obligación es un contrato, que estamos frente a un precio; y,

58. Eusebio González García, *Concepto actual de tributo: Análisis de Jurisprudencia*, Navarra, Arazandi S.A., 1996, p. 33.

59. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 41.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*, p. 43.

si la fuente de la obligación es la ley, que estamos frente a una tasa. La Corte menciona en este sentido que “(...) mediante el contrato de concesión celebrado entre el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, la CORPAQ y la CCC con posterior novación a QUIPORT, el primero delegó su potestad legislativa (...) para que, vía contrato, QUIPORT establezca, modifique y recaude las distintas tasas aeroportuarias”.⁶² Considera que mediante estos “(...) actos inconstitucionales se trató de convertir a la tasa no en una tarifa, sino en una tarifa comercial, equiparable a un precio privado”, pues, al pretender que ésta sea regulada mediante un contrato, perdería su naturaleza tributaria. La Corte concluye sosteniendo que el término tarifa “utilizado a lo largo de la ordenanza No. 0154 publicada en el Registro Oficial del 28 de noviembre de 2005, no es más que la cuantificación del servicio (...)”,⁶³ y que el hecho de la utilización de la denominación tarifa no privatiza los servicios.

Este criterio es bastante acertado, pues el término tarifa es utilizado muchas veces para referirse a uno de los elementos esenciales de los tributos, la cuantía. Plazas Vega, al referirse al principio de reserva de ley, sostiene que en las tasas es posible que ciertas autoridades con la respectiva habilitación “(...) regulen lo relativo a la tarifa o alícuota (...)”.⁶⁴ El doctrinario uruguayo Valdés Costa al analizar el principio de reserva de ley en el derecho comparado, sostiene que éste sufre ciertas atenuaciones en otros países como Colombia “[...] al permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas y contribuciones (...)”.⁶⁵

¿CUÁL FUE LA VOLUNTAD PLASMADA EN LA ORDENANZA NO. 0154 AL ADOPTAR LA TITULACIÓN DE TASA Y POSTERIORMENTE REFERIRSE A TARIFAS?

¿SE TRATA DE TASAS AEROPORTUARIAS?

Al respecto la Corte Considera que la sola denominación tasa “refleja la voluntad del ente edilicio en relación a la naturaleza del tributo que debe cobrarse por concepto de ese servicio”⁶⁶ y que el término tarifa se refiere a la cuantificación de lo que debe pagarse.

EL HECHO DE CONSIDERAR QUE LOS CARGOS AEROPORTUARIOS SON TASAS,

¿TIENE COMO CONSECUENCIA QUE LOS INGRESOS PRODUCTO DE SU RECAUDACIÓN SEAN CONSIDERADOS INGRESOS PÚBLICOS?

La Corte en la Sentencia establece un esquema que puede resumirse en lo siguiente: los ingresos públicos son sumas de dinero percibidas por el Estado y otros entes públicos con el objetivo de financiar los gastos públicos, y constituyen una especie del géne-

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*

64. Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, p. 185.

65. Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, p. 144.

66. Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 44.

ro recurso público. Estos ingresos públicos de acuerdo al régimen jurídico aplicable se clasifican en: ingresos tributarios e ingresos no tributarios. Los primeros tienen como fuente de obligación la ley; los segundos, un contrato. En el caso objeto de análisis se trata de una tasa, por lo tanto de un tributo y consecuentemente de un ingreso tributario.

Posteriormente en la Sentencia se califica al servicio aeroportuario como un *servicio monopolístico* por ser competencia exclusiva del Estado Central, y se agrega que es un monopolio de derecho al haber sido creado directamente a partir de una norma jurídica y que por lo tanto “como consecuencia de la prestación de dicho servicio monopolístico, el Estado establece un tributo que grava (...) la utilización de dicho servicio”.⁶⁷

En la Sentencia, en líneas posteriores se establece que los elementos analizados previamente: servicio público esencial, monopolístico, tasa, ingreso público y recurso público, “(...) constituyen piezas integrantes de un ciclo cronológico (...)”,⁶⁸ que se desprenden del mandato constitucional contemplado en el art. 261.10 de la Constitución. Así, el Pleno de la Corte Constitucional concluye que: “(...) el servicio aeroportuario es esencial y debe cobrarse vía tasa, y que los ingresos percibidos y que se perciben a partir del cobro de la misma, son públicos, forman parte del genérico recursos públicos y, por tanto, deben ingresar directamente a las arcas del Estado con el objeto de atender al gasto público”.⁶⁹

Creemos necesario aclarar al respecto que si bien es cierto que por la prestación de servicios monopolísticos pueden cobrarse tasas o precios, puesto que “(...) existen servicios de índole privada, que por razones de orden público o de interés social el Estado los genera monopolísticamente”.⁷⁰ El mismo Estado que creó el monopolio con la intención de conseguir un ingreso puede utilizar diferentes técnicas para tal cometido, tales como: establecer un tributo, gestionar directamente el monopolio o conceder la gestión del monopolio.⁷¹ En este caso el Estado utilizó la primera técnica, es decir que estableció un tributo para financiar el servicio monopolístico, y los tributos son sin duda ingresos públicos de derecho público.

Como máximo órgano de interpretación y control constitucional la Corte argumenta que el análisis precedente se “(...) ha centrado en la *ciencia jurídica*”⁷² que rige al Estado

67. *Ibid.*, p. 46.

68. *Ibid.*, p. 49.

69. *Ibid.*, p. 49.

70. José Vicente Troya, *Estudios de Derecho Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1984, p. 38.

71. Cfr. José J. Ferreiro Lapatz, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 178 y 179.

72. La Corte califique al neoconstitucionalismo como una ciencia jurídica. Sin embargo, Luis Prieto Sanchís, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 101, al referirse al neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o simplemente constitucionalismo sostiene que son cuatro las acepciones principales que pueden darse a este término. El autor expresa que: “En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar

ecuatoriano, el *neoconstitucionalismo*⁷³ (las cursivas son nuestras), y que el cobro de tasas correspondientes a “(...) servicios públicos esenciales y monopólicos debe ajustarse a la Constitución de la República vigente”.⁷⁴ Concluyendo que, siendo el servicio aeroportuario competencia exclusiva del Estado Central corresponde a éste: prestarlo, ser el sujeto activo de los gravámenes que por su prestación se cobren y también ser el ente regulador de los mismos, pues las municipalidades al encontrarse en principio inhabilitadas para prestar el servicio, “salvo los casos de excepcionalidad establecidos en la propia Constitución, en los cuales (...) la competencia pueda ser ejecutada por otros niveles de gobierno, como los Municipios y muy eventualmente, por particulares (...)”,⁷⁵ no podrían mantener la potestad tributaria para regular los tributos que se pagan por un servicio que no prestan, ni ser los entes recaudadores de los mismos.

¿SON PARCIALMENTE INCONSTITUCIONALES POR EL FONDO LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES,⁷⁶ OFICIOS NO. 5929 DEL 03 DE FEBRERO DEL 2009 Y 5569 DEL 05 DE ENERO DEL 2009, EMITIDOS POR EL SEÑOR PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, POR CONTRAVENIR LAS DISPOSICIONES ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR?

La Corte Constitucional considera en síntesis que el pronunciamiento del señor Procurador contenido en el Oficio No. 5569 del 05 de enero de 2009 es *plenamente constitucional* en lo relativo a la respuesta que da a la primera consulta, en la que atribuye a los servicios del actual y del futuro aeropuerto de Quito la naturaleza jurídica de servicios públicos. Por el contrario, considera *inconstitucional* la respuesta que da el Procurador en el mismo oficio a la segunda consulta, en la que sostiene que las tarifas que se cobran a los particulares por la prestación del servicio aeroportuario tienen el carácter de recursos privados. Sostiene que “(...) la noción de delegación total de un ser-

un cierto tipo de Estado de Derecho (...). En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho (...). Asimismo, por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar de filosofía jurídica (...).” También Miguel Carbonell, en *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*, IJ-UNAM, p. 1, sostiene que este término debe entenderse como el “(...) concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo (...) [y que como tal] (...) supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho”.

73. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 49.

74. *Ibid.*, p. 49.

75. *Ibid.*, pp. 49 y 50.

76. Confunde al lector que en la Sentencia al plantear la Corte esta pregunta utilice la expresión “actos administrativos con efectos generales”, puesto que, en la página 17 de la misma Sentencia, se refirió a éstos como “supuestos actos administrativos”. Además, el considerando V de la Sentencia refleja que el criterio de la Corte es claro, respecto a que los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado se aproximan más al concepto de norma que al de acto administrativo.

vicio público a las entidades privadas se encuentra totalmente prohibida por la Constitución actual (...)",⁷⁷ de acuerdo a lo contemplado en el art. 316.

Así, dentro de sus atribuciones la Corte decide "(...) declarar la inconstitucionalidad y disponer la expulsión del ordenamiento jurídico (...)"⁷⁸ del dictamen del señor procurador en lo relativo a la respuesta que éste da a la segunda consulta en el Oficio No. 5569. En el mismo sentido considera que "(...) también resulta inconstitucional el texto correspondiente a la segunda respuesta del oficio No. 5929 del 03 de febrero del 2009, en la medida en que se ratifica en su integridad el contenido del oficio No. 5569 (...)"⁷⁹. Toma en cuenta para su decisión que los pronunciamientos del señor Procurador limitan las atribuciones establecidas en la Constitución en el art. 211 a la Contraloría General del Estado.

OTRAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

¿SON OBLIGATORIAS LAS RESOLUCIONES (PASADAS EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA) CONTENIDAS EN LAS RESOLUCIONES CON LA CONSTITUCIÓN DE 1998?

La Corte Constitucional es clara respecto a que "(...) no está obligada a someterse a (...)"⁸⁰ las Resoluciones del ex Tribunal Constitucional, pues éstas no eran Sentencias Jurisprudenciales y carecían de carácter vinculante y obligatorio.

Aclara la Corte que esto no es de ningún modo una decisión arbitraria pero estima entre otras cosas: "(...) que los principios que sustentan las Constituciones de 1998 y 2008 son irreconciliables (...)"⁸¹ que si bien las Resoluciones del ex Tribunal Constitucional pueden estar de acuerdo a la Constitución derogada "(...) podrían devenir en incongruencias bajo los principios jurídicos constitucionales actuales";⁸² y que esto se sustenta "(...) sobre la base de sostener la supremacía de la constitución vigente y corregir eventualmente el error de derecho y la injusticia de resultado".⁸³

DETERMINAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONEXAS

La Corte Constitucional, de acuerdo a lo establecido en el art. 436.3 de la Constitución, tiene atribución para declarar la inconstitucionalidad de normas conexas, "(...) es decir, que declarada la inconstitucionalidad de una norma, se declaran igualmente inconstitucionales

77. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 033-09-SIN-CC, p. 51.

78. *Ibid.*, p. 52.

79. *Ibid.*

80. *Ibid.*, p. 53.

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*, p. 54.

83. *Ibid.*

aquellos preceptos sistemáticamente conectados a la norma inexecutable, con independencia de que hayan sido o no impugnados por el demandante”.⁸⁴

En ejercicio de esta facultad la Corte consideró necesario examinar si la Ordenanza Municipal No. 0154 publicada en el *Registro Oficial* No. 154 del 28 de noviembre de 2005, era constitucional por el fondo a la luz de los principios: de reserva de ley y de supremacía constitucional. Utilizando para su análisis los siguientes métodos de interpretación constitucional: el de integralidad o unidad constitucional y el criterio teleológico.

En la Sentencia la Corte sostiene que de acuerdo a la Constitución vigente los aeropuertos son competencia exclusiva del Estado central, y que, por lo tanto, las tasas aeroportuarias deben crearse, modificarse y extinguirse mediante Ley, o a través de un acto normativo, si en la Ley Orgánica de Competencias se llega a establecer que este servicio puede ser prestado y regulado por los municipios. Es clara la argumentación respecto a que las tasas no pueden crearse modificarse o extinguirse vía contrato a través de una delegación de competencia, como se desprende del texto de la mencionada Ordenanza, puesto que esto viola el principio de legalidad y el principio de reserva de ley en materia tributaria contemplados en los artículos: 120.7, 132.3 y 301 de la Constitución. En base a lo mencionado la Corte procedió a “(...) declarar la inconstitucionalidad por el fondo y en su totalidad de la Ordenanza No. 0154 (...)”.⁸⁵

En este punto es necesario recalcar que si una tasa es regulada vía contrato pierde por completo su naturaleza tributaria, pues uno de los principios fundamentales de los tributos es la legalidad. A más de ello el poder tributario o potestad tributaria cuenta con las características de ser: abstracto, permanente, indelegable e irrenunciable por parte del Estado.⁸⁶ Aún cuando autores como Plazas Vega sostienen que: “Hoy es una realidad no solo la existencia de tributos cuya recaudación tiene como destinataria una comunidad supranacional (v. gr., impuesto sobre el carbón y el acero de la Comunidad Europea), sino el poder de los órganos comunitarios para regular ciertos tributos que, no obstante su condición de nacionales o subnacionales, pueden incidir en los objetivos supranacionales”.⁸⁷

DECISIÓN

Sentencia

La Corte Constitucional para el Período de Transición, en síntesis, resolvió lo siguiente:

84. *Ibid.*, p. 55.

85. *Ibid.*, p. 60.

86. Cfr. Carlos M. Giuliani Fonruge, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, pp. 268 y ss.

87. Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, p. 57.

1. Declarar la inconstitucionalidad parcial por el fondo del pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, contenido en el Oficio No. 5569, de 05 de enero de 2009, en lo relativo a la segunda respuesta, referida al carácter privado de las tarifas cobradas por la prestación del servicio del aeropuerto Mariscal Sucre.
2. Declarar la inconstitucionalidad parcial por el fondo del pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, contenido en el Oficio No. 5929, de 03 de febrero de 2009 en cuanto ratifica la segunda respuesta dada en el Oficio No. 5569.
3. Declarar plenamente ajustada al art. 211 de la Constitución la facultad de la Contraloría General del Estado respecto al control de todos los bienes y recursos públicos, afectados a la prestación del servicio aeroportuarios de todos los aeropuertos del Ecuador.
4. Declarar ajustada a la Constitución la siguiente interpretación constitucional condicionada. El inciso 2do. del art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es constitucional solo en cuanto se entienda que las disposiciones contenidas en el mismo, no son aplicables al Contrato de Concesión, puesto que la celebración de un contrato de esta naturaleza no implica la transferencia de dominio de los bienes concesionados.
5. Ratificar el carácter público de los recursos cobrados por la prestación de servicios aeroportuarios tanto en el Aeropuerto Mariscal Sucre como en los demás aeropuertos del país, puesto que son tasas.
6. Declarar la inconstitucionalidad por conexidad de la Ordenanza Municipal No. 0154, publicada en el Registro Oficial No. 154 de 28 de noviembre de 2005.
7. Declarar inconstitucional crear, modificar o extinguir tasas vía contrato. Sin perjuicio de que mientras no exista norma legal, sean los municipios los entes que recauden y administren las tasas vigentes que corresponden a la prestación de servicios aeroportuarios, sin que éstas puedan ser incrementadas hasta que se dicte la respectiva ley. Igualmente los municipios podrán crear, si lo requieran las respectivas unidades de gestión pública para la prestación eficiente de este servicio.
8. Disponer que los poderes públicos e interesados adecuen sus actos u contratos, públicos y privados, al régimen constitucional vigente, so pena de que sus actuaciones pierdan eficacia jurídica, y los instrumentos derivados sean declarados nulos, en virtud del artículo 424 de la Constitución.⁸⁸

88. Cfr. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, pp. 161-163.

CONCLUSIÓN

Después de leer el texto de la sentencia que antecede, tenemos la impresión de haber examinado no solamente una pieza clara y actualizada que resuelve la discusión entre dos partes, sino que su *ratio decidendi* constituye un nuevo precedente para la aplicación de una Constitución que, con todas sus limitaciones, es la *super-ley* más avanzada del continente en materias tan importantes para el desarrollo de los pueblos, como el derecho social, el derecho ambiental y, por supuesto, el derecho tributario, en los cuales capea el concepto de que no es el hombre para el derecho, sino el derecho para el hombre, y la dignidad, la solidaridad, la distribución equitativa de la riqueza, la educación, la salud, la cultura, y el debido respeto a las etnias, entre otros atributos humanos que merecen especial atención, han sido tratados con una amplitud que satisface pero que, de ninguna manera, constituye garantía de bienestar ni de progreso, porque si bien las leyes sabias, oportunas y actuales son factor preponderante en el desarrollo, no son suficientes. Porque una comunidad que haya alcanzado niveles de educación, de comprensión al fenómeno social, de práctica permanente y creativa en el trabajo, estará en mejores condiciones de llegar al bienestar colectivo, aun sin la influencia de textos legales que no puedan alcanzar los mejores propósitos, que siempre estarán inmersos, sin posibilidades de flotar a la práctica.

En cuanto a la materia misma de la sentencia, en opinión del órgano más importante de justicia constitucional del país, las tasas son tributos, que no pueden percibirse, cederse, ni administrarse directamente por ninguna persona natural ni jurídica que no sea el Estado. El celo, la transparencia, la eficiencia y honestidad que el gobernante debe emplear para obtener esos medios y cumplir sus fines, en cuanto a responsabilidad rebasan el límite civil de la culpa leve, referente anterior, que ha sido superado.

El cambio constitucional establecido exige una nueva óptica jurídica en la apreciación de los dictámenes prevenientes de la Procuraduría General del Estado, que ya no son simples opiniones de juristas respetables, sino que constituyen normas jurídicas que se deben aplicar. Si se quiere ha renacido con mayor vigor el *ius publice respondedi* del pretor romano, y estos actos jurídicos han alcanzado la jerarquía de fuentes formales del derecho.

Esperemos que con el tiempo estas aspiraciones constitucionales sean realidad. Depende en gran medida de la capacidad que genere en gobernantes y gobernados para buscar por la vía de la razón y de las posibilidades reales los elevados, nobles y visibles propósitos que persiguió el constituyente, quienquiera que haya sido y con cualquier forma que lo haya expresado.

Fecha de recepción: 4 de mayo 2009
Fecha de aceptación: 25 de mayo 2009

BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell, Miguel, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*, IJ-UNAM.
- Corral Guerrero, Luis, “Extinción y recaudación de la deuda impositiva”, en Andrea Amtucci, dir., *Tratado de Derecho Tributario*, t. II, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001.
- Constitución de la República del Ecuador*.
- Días, Vicente O., *Tratado de Tributación, Política y Economía Tributaria*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- Dromi, José Roberto, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.
- Ferreiro Lapatz, José J., *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.
- García Belsunce, Horacio, *En defensa de las instituciones*, Buenos Aires-Argentina, LexisNexis Argentina S.A., 2007.
- Giuliani Fonruge, Carlos M., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984.
- González García, Eusebio, *Concepto actual de tributo: Análisis de Jurisprudencia*, Navarra, Arazandi S.A., 1996.
- González Sánchez, Manuel, “El Estado, los entes locales y otros sujetos”, en Andrea Amatucci, dir., *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001.
- Jaramillo Ordóñez, Herman, *Manual de Derecho Administrativo*, Loja, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999.
- Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID), redactado por Carlos M. Giuliani Fonruge (Argentina), Gómez de Souza (Brasil) y Ramón Valdés Costa (Uruguay) en septiembre de 1967.
- Montaño Galarza, César, “La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los estados miembros de la Comunidad Andina”, en Aimée Figueroa Neri, coord., *Tópicos fiscales contemporáneos*, Guadalajara, CUCEA, 2004.
- Plazas Vega, Mauricio, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, t. II, Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., 2001.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Edit. Trotta, 2003.
- Sentencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Troya, José Vicente, *Estudios de Derecho Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1984.
- Valdés Costa, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, Buenos Aires-Santa Fe de Bogotá-Madrid, Depalma / Temis / Marcial Pons, 1996.
- Villegas, Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1984.