

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE GESTIÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

**ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES DE LA
COMUNIDAD ANDINA**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO
Y GESTIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES**

**“La seguridad jurídica y su aplicación en la ejecución de los contratos de
concesión de servicios de telefonía”**

GRACE ORDÓÑEZ VÁZQUEZ

TUTOR:

DR. EDGAR GONZALEZ LÓPEZ

QUITO – 2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de este trabajo, un documento disponible para su lectura, según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis, dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar, la publicación de esta tesis o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses posteriores a su aprobación.

Grace Ordóñez Vázquez

30 de junio de 2009

El propósito de este trabajo es entender cómo debe aplicarse la seguridad jurídica en la ejecución de los contratos de concesión otorgados a las operadoras de servicios de telefonía para no afectar a características ontológicas del derecho como el *ius variandi* y a otros valores jurídicos, debido a que considero existe una propensión a interpretar este valor “seguridad jurídica” como sinónimo de inmovilidad del Derecho, lo cual puede afectar otros valores como la justicia y el bien común, los que más bien deben realizarse en virtud de una eficiente aplicación de la seguridad jurídica.

Para conseguir este propósito en los cuatro capítulos que conforman el presente documento, se identificará las corrientes de pensamiento que estudian los valores jurídicos y dentro de ellos la seguridad jurídica, se determinará la naturaleza de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telefonía en el Ecuador; se establecerá los efectos del quiebre de la seguridad jurídica en la ejecución de un contrato de concesión; y se estudiará la Confianza Legítima como principio que surge ligado a la materialización de la seguridad jurídica en un Estado Social de Derecho o Constitucional de Derechos, como el modelo actual del Ecuador.

El trabajo de investigación se apoya en fuentes documentales provenientes de la doctrina, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico histórico y vigente.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I	
ENFOQUE TEÓRICO: LOS VALORES Y LA SEGURIDAD JURÍDICA	
Los Valores, los fines y las funciones del Derecho	11
Teorías acerca de los valores	13
Subjetivismo Axiológico	13
La axiología Objetiva	14
La inserción de la filosofía de los valores en el mundo jurídico	14
La teoría tridimensional del ordenamiento jurídico	15
Clasificación de los valores jurídicos	20
La Justicia	21
El Bien Común	23
La Seguridad Jurídica	24
CAPÍTULO II	
LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS DE TELEFONÍA EN EL ECUADOR Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.	
Naturaleza Jurídica	35
Características.....	37
Sujetos	43
Evolución en el Ecuador: 1994 -2008	49
La seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	58
Análisis de pronunciamientos del Procurador	68

CAPÍTULO III

EFFECTOS DEL QUIEBRE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

La Ecuación Económico- Financiera.....	75
El Equilibrio Económico Contractual en la Legislación Ecuatoriana.....	77
Los riesgos contractuales.....	80
Teorías de la Compensación contractual.....	81
Análisis de un Caso.....	84

CAPÍTULO IV

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA

La Confianza Legítima en el derecho comparado.....	97
Concepto de Confianza Legítima.....	101
.....	
Requisitos para su consolidación.....	104
El Derecho Transitorio.....	106
La Retroactividad.....	107
La confianza legítima en el derecho nacional.....	110
CONCLUSIONES.....	108
BIBLIOGRAFÍA.....	111
ANEXO 1.....	115

INTRODUCCIÓN

La actividad de las Telecomunicaciones se encuentra sometida a una serie de normas constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales, que emanan de organismos de índole variada: supranacionales, nacionales, sectoriales y locales. Por otra parte, en el sector de las telecomunicaciones tiene una fuerte injerencia los avances tecnológicos y el interés general que están retando frecuentemente a que la regulación se adapte a los cambios que se generan¹; lo cual significa que la legislación debe ser sumamente flexible y permitir transformaciones oportunas, por lo que la movilidad propia del Derecho se manifiesta con gran énfasis en esta materia.

En el modelo regulatorio ecuatoriano, la actividad de las telecomunicaciones está bajo la responsabilidad del Estado y la presta de manera indirecta a través del otorgamiento de Concesiones, que se instrumentan en contratos cuyo plazo de duración es de 15 años, lapso en el que de hecho se producen una serie de cambios en el ordenamiento jurídico nacional y de las telecomunicaciones en particular, ante lo cual las empresas concesionarias que tienen un interés de lucro, para garantizar sus inversiones y rentabilidad, reclaman reglas claras y estables y se acogen a la seguridad jurídica principio previsto en la Constitución Política y exaltado por la rigurosa limitación que el Art. 249 de la Constitución vigente hasta octubre de 2008, impone a la potestad legisladora y modificadora de los términos y condiciones de las concesiones, y por el principio de derecho de que los contratos se rigen por la normativa vigente a la fecha de su celebración², ante lo que es necesario precisar el significado y alcance de la aplicación de dicho valor.

¹ “*la regulación debe adaptarse a la convergencia y no la convergencia a la regulación*”, afirma ARIÑO ORTIZ, Gaspar en la ponencia “Nuevas Tendencias Regulatorias” presentada en el IX Congreso de Servicios Públicos Domiciliarios, Cartagena de Indias, 27-29 de junio de 2007.

² Art. 7, regla 18 del Código Civil Ecuatoriano codificado-

Por lo señalado, surge la pregunta de ¿Cómo debe entenderse y aplicarse la seguridad jurídica en la ejecución de los contratos de concesión, otorgados a las operadoras de servicios de telefonía, para no afectar a características ontológicas del derecho como el *ius variandi*, a los valores jurídicos y a una determinada realidad?, siendo la posible respuesta a esta pregunta que la “seguridad jurídica” para su eficiente aplicación en la ejecución de los contratos de concesión para operar servicios de telefonía, debe buscar la materialización de otros valores como la justicia y el bien común y anclarse en una determinada realidad.

Surge desde el momento que se plantea el problema, un cuestionamiento implícito al normativismo puro y simple, que lleva a un plano apoteósico el principio de legalidad, descuidando otras dimensiones del derecho como es la aplicación de la norma al hecho concreto y la realización de valores jurídicos, con lo cual nos vemos exigidos a abordar en un primer capítulo la filosofía del derecho, para escudriñar ese mundo complejo del deber ser y rescatar conceptos elementales que nos permitan trascender el plano normativo.

Una vez abordada la dimensión axiológica es necesario determinar desde el punto de vista normativo y de la realidad social, el marco en el que se instrumentan y ejecutan los contratos de concesión, lo cual se desarrolla en el segundo capítulo.

En el tercer y cuarto capítulo, se indaga respecto del alcance y efectos de la aplicación del valor seguridad jurídica en la ejecución de dichos contratos, para ir desde el análisis de las consecuencias de la afectación de los términos y condiciones contractuales, hasta dejar entrever que incluso las expectativas cuando son legítimas son objeto de protección por parte del Estado.

Es necesario resaltar que mientras se realizaba este trabajo, se produce un cambio en el modelo de Estado, adoptándose una nueva Constitución, que innova la forma de

hacer y aplicar el derecho, se implanta un estado Constitucional de Derechos, con lo cual se incorpora un fuerte ingrediente axiológico al aspecto normativo, y al mismo tiempo se toma en cuenta el caso concreto, al legislar considerando las diferencias que generan la vulnerabilidad de ciertos grupos tales como la niñez, el estado de gravidez, la tercera edad, nacionalidades, pueblos indígenas, afroamericanos y montubios; el entorno, al proclamar que la naturaleza o “Pachamama”, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, en esta Constitución se refleja la teoría tridimensional del derecho, el hecho, la norma y el valor, en una relación interactiva y dialéctica, en donde actúan estos tres ingredientes en constante movimiento, como el ritmo mismo del accionar humano.

Esta nueva constitución exige rebasar el plano de la norma inerte, en la creación y aplicación del derecho, y constituye un reto para el legislador y adicionalmente para el juez que adquiere un papel protagónico al aplicar el derecho.

Esta Norma Fundamental del Estado, da la pauta de una nueva manera de hacer y aplicar el derecho, constituyéndose en un reto para quienes tienen la responsabilidad de defenderlo, generarlo y aplicarlo.

CAPÍTULO I

ENFOQUE TEÓRICO: LOS VALORES Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

1.1 Los Valores, los fines y las funciones del Derecho

1.2 Teorías acerca de los valores:

1.2.1 Subjetivismo Axiológico;

1.2.2 La axiología objetivista;

1.2.3; La inserción de la filosofía de los valores en el mundo jurídico; y,

1.2.4 El trialismo jurídico o concepción triádica del Derecho.

1.3 Clasificación de los valores jurídicos

1.3.1 Valores jurídicos fundamentales:

1.3.1.1 La Justicia;

1.3.1.2 La Seguridad Jurídica;

1.3.1.3 El Bien Común

1.3.2 Los Valores Jurídicos Consecutivos e Instrumentales

El nuevo derecho ha dejado atrás el carácter eminentemente normológico y el positivismo que se impuso a partir del siglo XIX, siglo de las codificaciones, como una salida al Iusnaturalismo, para dar paso a un nuevo derecho, que avanza de la rigidez del principio de legalidad, a la aplicación racional de la norma, para lo cual debe mediar un proceso intelectual en el que deben ponderarse los valores; en el que un nuevo hombre que se reconcilia con la naturaleza, con los valores, con la diversidad y la historia, es su protagonista.

Bajo este concepto se desarrolla este capítulo, a fin de determinar el verdadero significado de un valor fundamental como es la seguridad jurídica, que en su concepción clásica, se limita a la posibilidad de tener conocimiento de la norma de manera previa y que dicha norma sea estable, configurándose una de sus cualidades como es la certeza en el orden, cuando en una nueva dimensión su esencia trasciende a la confianza plena del administrado en la norma y en la buena actuación de sus aplicadores, lo cual se logra cuando se realizan los valores y fines del derecho que son reconocidos y deseados por la colectividad a la cual le rige.

En este sentido el objetivo de este capítulo es realizar un análisis del aspecto filosófico del derecho, con la suficiencia que permita conocer que el derecho en su construcción y aplicación, está ligado a la dimensión social y axiológica, siendo la norma más que un simple enunciado; sin pretender profundizar en una materia que por la abundancia de sus planteamientos y el alto grado de abstracción que demanda, podría ser materia de grandes tratados, lo que exige además una preparación altamente especializada.

1.1 Los Valores, los fines y las funciones del Derecho

Al referirnos al deber ser del Derecho, surgen características como son los fines,

los valores, las funciones, que pueden ser apreciadas como equivalentes. García Máynez, señala que al haber sido el derecho instituido para la realización de los valores, significa que éste tiene una finalidad, la que es diferente a los valores, pues estos condicionan a los fines, son los que animan a perseguir un fin, pero no son lo mismo.³ Su ejemplo la justicia es valiosa, lo valioso debe ser, entonces la justicia debe ser porque es valiosa⁴, denota la diferencia de lo que es un valor y lo que es un fin, a través de éste último, los hombres buscan instaurar el *debe* ser en sus actos, pues cuando una colectividad percibe un valor está obligada a subsumir su accionar a la realización de dicho valor.

Hartman, citado por García Máynez, también establece diferencias entre el fin y el valor cuando habla de que el valor y el ser ideal se hallan indisolublemente ligados pero son diferentes, “*el deber ser –señala- encierra la dirección hacia algo; el valor es este algo a que la dirección apunta*”.⁵

Squella Narducci, por otra parte diferencia los fines de las funciones del derecho, ubicando a aquellos “*como expresión de la dimensión valorativa del mismo fenómeno*”⁶, y a éstas en la esfera fáctica, del ¿qué hace el derecho? y ¿cómo lo hace?; en lugar del ¿para qué hace?. En determinados pasajes trata como sinónimos a los valores y fines⁷, y es que la diferencia es sutil, al parecer los valores son para el fin, cómo el ánima para el cuerpo.

Volviendo a las funciones, éstas estarían representadas por los principios, señala al respecto **Coviello - quien por su parte distingue los valores de los principios que: “*está demostrado que para arribar a un principio jurídico es preciso tener primero el concepto de valor a realizar por el principio. Es decir, nos encontramos ante dos conceptos distintos***

³ GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, Décima Quinta Edición, 2005, p. 414.

⁴ García Máynez, op.cit.p.415.

⁵ García Máynez, op.cit.p.429

⁶ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, abril de 2007, p.514

⁷ SQUELLA NARDUCCI, Op.cit.p.515

*que están confundidos en uno por Larenz: el valor representa la máxima e indeterminada directriz del comportamiento; el principio, la forma de concretar en el caso”*⁸, de esta manera presenta al principio en su carácter funcional, como el instrumento para realizar el valor; por lo que, por su parte García Máynez los denomina valores instrumentales; Coviello es más específico aún cuando sostiene: “*el objetivo o fin lo marca el valor que señala que hay que hacer o no hacer; el cómo lo da la regla o el principio*”.⁹

En Derecho los valores deben ser plasmados por los legisladores en las normas, deben animar al particular a cumplir con la norma, y deben estar presentes en la decisión del juez y de toda autoridad al aplicar la misma, teniendo éstos últimos que salvar aquellos vacíos generados por el carácter general y abstracto de la norma, actuando con espíritu de un legislador justo. En cambio la opinión del particular que cuestiona el carácter de una norma, independientemente que tiene que cumplirla por su fuerza coactiva, no es relevante sino hasta que logre modificarla o derogarla.

1.2 Teorías acerca de los valores

En la segunda mitad del siglo XIX, se da inicio al estudio autónomo de los valores, al distinguir Lotze (1817-1881) el ser y el valor, denotando dos realidades, una que es neutral a los valores y es objeto de estudio de las ciencias naturales y otra que está en relación con los valores y puede proporcionar el sentido de las cosas¹⁰, se alcanza una fructífera reflexión al respecto en la primera mitad del siglo XX, en la que surgen corrientes del pensamiento que tratan de desentrañar su naturaleza como la subjetivista y objetivista, así como también se introduce la idea de los valores en el ámbito de lo jurídico

⁸ COVIELLO, Pedro José Jorge, *La protección de la Confianza del Administrador: derecho comparado y derecho argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Primera Edición, 2004. p. 341

⁹ COVIELLO, Op. Cit., p. 342

¹⁰ DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La Recepción de la Filosofía de los Valores en la Filosofía del Derecho* [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Primera Edición, 2005, [citado 10-05-2008], Formato PDF, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1638>, ISBN 970-32-2554-3. p.143

a través de la escuela alemana de Badem, de la que son representantes George Jellinek (1951-1919) y Gustav Radbruch (1878-1949) entre otros¹¹. En la segunda mitad del siglo XX surge la teoría tridimensional de los valores aplicada al derecho como veremos adelante.

1.2.1 Subjetivismo Axiológico.- El tratadista García Máynez, en su obra Filosofía del Derecho, analiza esta corriente a través del pensamiento de Meinong y Cristian Von Ehrenfels¹², para quienes el valor no es intrínseco a las cosas de tal manera que aflore a la vista de todos, por el contrario es el sujeto el que otorga valor a algo, según la impresión que le haya causado, de tal forma que una cosa (acto-emoción- persona-etc.) puede ser apreciada por un sujeto de una forma distinta a la que le aprecia otro sujeto. Entonces se dice que el valor no está en el objeto sino en la apreciación que el individuo hace de él.

Los valores existirían solo en cuanto sean reales y presentes, permitiendo la estimación del sujeto. Meinong sienta las bases del objetivismo cuando distingue entre valores personales ligados a la utilidad y placer; y, valores impersonales a lo bueno y bello.¹³ Para esta corriente el hombre es el forjador y creador de sus propios valores.

Dependiendo de si la valoración la hace un individuo, pocos o un gran número de ellos, se discrimina en esta corriente el subjetivismo axiológico individualista y subjetivismo axiológico social. Esta última determina que es valioso lo que cada sociedad considera como tal, algunos autores califican a esta doctrina como *objetivista* en tanto dichas valoraciones son supra individuales.

1.2.2 La axiología objetivista.- Representada esta tesis por Max Scheler y Nicolai Hartmann¹⁴, propugna que los valores existen en sí y por sí, independientemente de todo

¹¹ DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, Op. Cit. P. 140

¹² GARCÍA MÁYNEZ, Op.cit, p.419-423

¹³ DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, Op.cit., p. 99

¹⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Op. Cit., pág. 424-430

acto de estimación o de conocimiento, “*al intuir los valores el sujeto es ´puramente receptivo´. El objeto de esa intuición, el valor en sí lo determina, no a la inversa*”¹⁵, aclara Scheler el alcance de sus dichos con ejemplificaciones tales como: por el hecho de que una bola encarnada sea teñida de verde, no desaparece el color rojo; así también la amistad no desaparece por la existencia de amigos que traicionen.

Heinrich Henkel, citado por García Máynez¹⁶, expresa que de ser así trasladado el objetivismo de los valores al mundo del derecho, éste sería infalible y regiría independientemente del espacio y del tiempo.

Al respecto dice Dromi, “*El Derecho no es solo uno ni siempre, sino que el Derecho es concreto y circunstanciado política e históricamente*”.¹⁷

1.2.3 La inserción de la filosofía de los valores en el mundo jurídico: relacionismo

valorativo objetivo.- Jellinek, realiza análisis comparativo entre las ciencias naturales y las ciencias sociales (cultura) y señala que en éstas últimas no se puede establecer leyes generales debido a las múltiples formas del actuar humano, obteniéndose únicamente relaciones concretas y limitadas (no universales) de causalidad. Incorpora también el concepto valores al estudio del Estado, al que lo mira como *ser, deber ser y al fin u objeto de su existencia*.

Henkel (1964) desarrolla su teoría de los valores “relacionismo valorativo objetivo” en relación plena con el derecho es representativo de esta doctrina, el considerar que desde el punto de vista de la vida práctica, puede dejarse de lado el problema del objetivismo axiológico (ser en sí de los valores), pues en lo que se debe centrar es en su ser real, para lo que hay que establecer nexos entre los valores y las manifestaciones reales del

¹⁵ GARCÍA MÁYNEZ.Op.cit.p.430

¹⁶ GARCÍA MÁYNEZ.Op.cit.p.427

¹⁷DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Argentina, México y Madrid, Editorial Ciudad Argentina-Hispania Libros, Undécima Edición, 2006 p.139.

ser, refiriéndose a las siguientes:

- *Los valores están en conexión esencial con un sujeto*, esto es que sin sujeto no hay valores, o varía la apreciación de los mismos.
- *Los valores están en conexión esencial con su portador*, solo adquieren vigencia cuando son portados por un objeto real (persona, cosa, acción, sentimiento).
- *Los valores están en conexión con una real situación*, la realización de los valores puede no manifestarse si no existe una situación vital que permita su manifestación, verbigracia, el hombre que rescata a otro en un incendio (valentía).

Todas estas conexiones, señala esta tesis, genera valoraciones supra individuales que forman un orden axiológico, que se independiza de la conciencia de los miembros del grupo, estableciendo pautas para la valoración de la conducta individual.

Henkel resalta la vigencia de los valores cuando son socialmente aceptados de tal manera que ejerzan poder espiritual sobre los miembros del grupo, condicionando su comportamiento.

Esta teoría es el germen de las más modernas del Derecho, pues se supera la visión subjetiva, a través de la cual el hombre otorga el valor a algo, siendo él quien decide lo que es justo, bueno o bello; así como la objetiva en la que el hombre únicamente aprehende los valores que están presentes en las cosas, sin poder alterarlos; para llegar a establecer nexos entre el valor, el hecho y quien lo aprecia; convirtiéndose el valor en algo concreto que es susceptible de ser apreciado por el hombre en una circunstancia determinada.

1.2.4 La teoría tridimensional del ordenamiento jurídico.- La teoría trialística en el mundo del derecho, la propone Werner Goldschmidt¹⁸ en 1960, quien desarrolla la *declinación trialística*, denominación dada al método que “*consiste en someter cualquiera*

¹⁸REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, Madrid, Editorial TECNOS S.A., 1997, p.119. Considera que el primero en ofrecer esta solución tripartita fue el italiano, Icilio Vanni.

de estos fenómenos jurídicos al triple tratamiento sociológico, normológico y dikelógico”

19.

Señala este autor, que el Unidimensionalismo escoge uno de los tres métodos, por ejemplo en los países escandinavos y anglosajones surge el unidimensionalismo sociológico, es decir una visión del derecho en la que se da mayor atención al hecho material; el unidimensionalismo formal, que se ciñe a la norma, siendo el más conocido la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, que prácticamente reduce el derecho a un conjunto de normas; y, el unidimensionalismo dikelógico²⁰, que se halla preponderantemente en el iusnaturalismo protestante, que deduce del derecho natural las reglas indispensables para la convivencia social,²¹ el valor de la norma viene dado por lo ético y teleológico.

Reale al analizar la validez del derecho, se refiere como soluciones unilaterales o sectoriales, a lo que Goldschmidt reconoce como *unidimensionalismo*, y hace alusión al Estado de Derecho, en el que el ordenamiento jurídico respondían a una realidad socioeconómica, presentándose el problema de la validez en términos *de validez formal o de vigencia*, expresa que: *“El culto a la ley, con el celoso apelo a la independencia de las funciones legislativas y al principio de la separación de poderes; la reducción del acto interpretativo a la mera explicitación del significado inmanente al acto legislativo; la subordinación del juez a la supuesta intención del legislador; la atención dedicada al rigor formal de los textos, aliándose la prudencia del jurista al arte de los filólogos; todo ello revelaba el status²² de una sociedad convencida de la eficacia y de la justicia de sus opciones normativas”*

Continuando con Goldschmind, el bidimensionalismo resulta de la combinación

¹⁹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho, la Teoría Trialística del Mundo Jurídico y sus Horizontes*, Buenos Aires, Ediciones del Palma, Cuarta Edición, 1973. p.31

²⁰ Dikelógico relativo a la justicia.

²¹ GOLDSCHMIT, Op.Cit., p.34.

²² REALE, Op.cit., p. 38 y 39.

binaria de las dimensiones en comento: el bidimensionalismo dikelógico-normológico, que combina la dimensión normativa y axiológica, desde el punto de validez de la norma podemos decir que se preocupa de la vigencia y el fundamento, sin considerar la eficacia; el dikelógico-sociológico, representado por Hauriou, se ocupa del hecho y el valor, sin considerar el plano normativo; y el normológico-sociológico que hace alusión a la norma y al hecho al margen de su carácter axiológico, representado por Duguit.²³

Goldschmid denomina a estas variaciones unidimensionales y bidimensionales como “infradimensionales” y los tilda de deformaciones del tridimensionalismo; haciendo un símil de lo jurídico con una vivienda dice “*La Jurística puede ser cómoda y trialística, o angosta y uni o bidimensional*”.²⁴

La propuesta trialística se enmarca en la **concepción tridimensional**²⁵ del Derecho, según la cual éste consta de hechos, normas y valores, teniendo su punto de partida principal en Francia, Alemania, Italia y los países anglosajones.

Para Radbruch, representante de la Escuela de Badem, el Derecho es una obra humana y por lo tanto un fenómeno cultural, señalando que solo puede ser comprendido en su consideración como realidad referida a los valores y en función de una idea que se pretende realizar - que no es otra que la justicia- arribando de esta forma a una visión tridimensional (triple tratamiento del derecho que integra el aspecto positivo, material o social y axiológico) del derecho.²⁶

Reale considera a Lask y Radbruch (los dos representantes de la escuela de Badem) como los ideólogos del tridimensionalismo jurídico **genérico o abstracto**, “*entendido como análisis óntico del fenómeno jurídico, que concibe abstracta y separadamente cada*

²³ GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 34

²⁴ GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 35

²⁵ MASCITI, Matías, *Aporte Trialista para la Integración de la Axiología Dikelógica y la Literatura*, www.centrodefilosofia.org.ar / Investigación y Docencia N° 38, p.71

²⁶ De la Torre..., *La recepción de la...*, op cit. p.169

uno de los tres elementos hallados, haciendo corresponder a cada uno de ellos, considerado singularmente, un objeto, un método y orden particular de conocimientos: la Ciencia integral del Derecho se obtendría gracias a la integración de tres estudios (Lask), o en virtud de la simple yuxtaposición de tres perspectivas entre sí irreconciliables y antinómicas (Radbruch)”²⁷.

Comparte, este autor (Reale), el pensamiento de *Recasens Siches* de que “*no se dan tres objetos yuxtapuestos, sino que son al contrario, tres aspectos esencialmente entrelazados, de forma indisoluble y recíproca*”²⁸, *tridimensionalismo específico*; y, se ubica a sí mismo dentro del tridimensionalismo jurídico **concreto y dialéctico**, comprensión a la que llega al superar la visión del valor como objeto ideal al estilo de Scheller y Hartman, para aprehenderlo dotado de objetividad histórica, siendo el hombre en esta propuesta el *valor-fuente* trascendental de todos los valores, porque es el único ser cuyo *ser es su deber ser*.²⁹ Esta concepción se resume en sus conceptualizaciones del derecho como “*una integración normativa de hechos según valores*”³⁰; y una más avanzada: “*Derecho es la concretización de la idea de justicia en la pluridiversidad de su deber ser histórico, teniendo la persona como fuente de todos los valores*”.³¹

Estos tratadistas iberoamericanos, el Mexicano García Maynez, el brasileño Reale, el español Recasens Siches, generan nuevos desarrollos y reflexiones dentro de ésta corriente reflejando siempre tres dimensiones, a las que se llega a dotar de un carácter integral, dinámico y dialéctico.

Los aportes de estos autores a la aplicación de esta corriente al derecho, es

²⁷ REALE, Op. cit. p.46-47

²⁸ REALE, Op. cit. p.59

²⁹ REALE, Op. cit. p.147

³⁰ REALE, Op. cit. p.144

³¹ REALE, Op. cit. p.126

sintetizado por el Mexicano Carlos de la Torre en las siguientes cuatro ideas:³²

- i) *Método y el objeto*, propio de la Filosofía del Derecho, estableciéndose que una aproximación al Derecho debe tener por objeto *como debe ser* el Derecho y no el derecho *tal y como es*, trascendiendo de la Teoría Fundamental del Derecho a la *Estimativa o Axiología jurídica*. Destacando, además, que no es suficiente un análisis lógico de la norma jurídica, sino también el teleológico (valores y fines) para encontrarle *sentido* a la misma.³³
- ii) *La validez del Derecho*, que se da en tanto exista un fundamento último del Derecho, que responda la cuestión de por qué estamos obligados a cumplir las normas jurídicas, *pues la validez material de todo orden jurídico viene dada por los valores que realiza y a los cuales se orienta*.³⁴
- iii) Entender el Derecho en una triple dimensión: como *hecho*, como *norma* y como *valor* (recurriendo a la Sociología y a la Historia del Derecho, a la Teoría del Derecho, y a la Filosofía del Derecho); lo que permitirá su aplicación en momentos jurídicos claves como es en la creación y aplicación del Derecho, llegando a la conclusión de que: el acto del legislador *es el resultado de la mezcla armónica entre el hecho empírico que se intenta regular y el valor que se pretende plasmar en la realidad, por lo que se concretiza y se manifiesta en una proposición normativa, que establece un deber o un derecho concretos*; y, en cuanto a la aplicación del Derecho, *no puede ser entendida meramente como una actividad mecánica en la que el juez, a manera de un silogismo de la Lógica formal, se limita a aplicar una premisa mayor, que estaría representada por la norma jurídica, a una premisa menor, que sería el enunciado de los hechos, siendo el fallo o la sentencia la conclusión lógica de ésta*

³² DE LA TORRE, Op. Cit., pág. 152-155

³³ DE LA TORRE, Op. Cit., pág. 152

³⁴ DE LA TORRE, Op. Cit., pág. 153

*operación. Pues la actividad jurisdiccional a más de tipificar una conducta tiene que ponderar si se están produciendo o no los efectos pretendidos por la norma jurídica, así como estimar si el valor que constituye el fin de la norma se está plasmando efectivamente en la realidad, todo lo cual trasciende del simple razonamiento lógico.*³⁵

- iv) *La realización de los valores por el Derecho, que condujo a estos filósofos del Derecho de una concepción objetivista de los valores, en el desarrollo de sus obras hasta reconocer una cierta relatividad o relacionalidad de los valores propios del Derecho. Lo que les permitió, por una parte, adecuar los valores jurídicos a las circunstancias históricas concretas en las que se realizan; y, por otra parte, seguir sosteniendo que los valores son pautas trascendentes al Derecho positivo que pueden proporcionar un criterio objetivo sobre su rectitud y justicia.*³⁶

Esta visión tripartita del derecho se encuentra en el pensamiento de autores contemporáneos, como se puede ver en las siguientes transcripciones:

Squella Narducci³⁷ expresa que: *“a la dimensión normativa del fenómeno jurídico, que es ostensible, se suman una dimensión fáctica y otra valorativa, cuya consideración conjunta permite tener una comprensión cabal del fenómeno jurídico”*.

Para Roberto Dromi, *el Derecho no se agota en la normocracia*³⁸, complementa señalando que *“el Derecho no es un valor puro, ni es una mera norma, ni es un simple hecho social. El Derecho es una obra humana, de forma normativa, encaminada a la realización de los valores”*³⁹

³⁵ DE LA TORRES, Op. Cit., pág. 153 y 154

³⁶ DE LA TORRES, Op. Cit., pág. 154

³⁷ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago-Chile, abril de 2007, p.493

³⁸ DROMI, Roberto, Op. Cit., p. 140

³⁹ DROMI. op.cit.p141

García Máynez define al derecho como “*un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos, cuyas normas -integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible- son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público*”.⁴⁰

Finalmente, me permito incluir lo dicho por el francés Paul Roubier, quien tiene la sapiencia de incluir en esta concepción tripartita a los valores fundamentales así: “*la teoría tridimensional del derecho que es la doctrina más reciente sobre la materia, engloba el conjunto del ordenamiento jurídico como inspirado por tres fines principales, que son la seguridad jurídica, la justicia y el progreso social*”⁴¹

Esta teoría es acorde al nuevo derecho que busca implantar un sistema que realice la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, valores fundamentales que a su vez permiten la realización de otros valores consecutivos. Su atributo está en que integra dimensiones que han ido presentando a lo largo de la historia, una pugna entre ellas. A través de su aplicación se puede crear el derecho que requiere la colectividad conforme a sus necesidades y aspiraciones, así como adecuar esa norma a una situación concreta, sin perder de vista los valores. La teoría trialista o tridimensional, abandona el análisis lógico y frío de la norma que caracterizó a la teoría pura del derecho; incluyendo la dimensión de los valores, en respuesta a las necesidades concretas de la sociedad en un espacio y tiempo determinados.

1.3 Clasificación de los valores jurídicos.

García Máynez, uno de los tratadistas latinoamericanos que profundiza en su estudio, los clasifica en: valores fundamentales, consecutivos e instrumentales

⁴⁰ GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, Décima Quinta Edición, 2005, p. 413.

⁴¹ Citado por Reale en la obra ya detallada, p. 52.

1.3.1 Valores jurídicos fundamentales.- Son aquellos de los que depende un auténtico orden jurídico, encaminado a implantar de manera efectiva la justicia, el respeto al ser humano y a velar por el interés general. Forman parte de éstos: la Justicia, la Seguridad Jurídica y el Bien Común.

García Máynez sostiene que *“no podríamos llamar Derecho a un orden no orientado a los valores como la justicia, la seguridad y el bien común...”* ⁴²

Preciado Hernández⁴³, analiza también estos tres conceptos en la búsqueda de antinomias cuya existencia es sostenida por algunos autores como Radbruch⁴⁴, con los que se permite discrepar. Preciado Hernández los encuentra ligados pero con jerarquías diferentes, así señala que *la seguridad es el valor inferior, el bien común es el valor más general y la justicia cumple una función vinculatoria.*

Esta determinación de la preeminencia de un valor sobre otro, se observa que no es absoluta (por lo que considero también que no tiene mucha trascendencia pues los valores tendrán más presencia de acuerdo a las necesidades de un momento histórico determinado), dependiendo del contexto, un ejemplo claro es el cambio en el pensamiento de Radbruch, que en principio considera que el valor seguridad jurídica se impone al de justicia, y luego *en íntima conexión con las circunstancias históricas de la Alemania de la primera mitad del siglo XX y que él experimento muy de cerca en su propia experiencia vital... en su pensamiento poco a poco fue adquiriendo una mayor preponderancia el valor de la justicia, sobre el valor de la seguridad jurídica”* ⁴⁵

1.3.1.1 La Justicia

⁴² GARCÍA MÁYNEZ, p. 413.

⁴³ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Tercera Edición, Editorial JUS, 1960. p.238

⁴⁴ Gustav Radbruch, es un filósofo alemán representante de la Escuela de Badem. Ver seguridad jurídica 1.3.1.2

⁴⁵ DE LA TORRE, Op. Cit., cita número 40, que consta en el compendio incluido en la parte final del documento, p. 162.

Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*⁴⁶, exalta el valor de la justicia y señala que la justicia es la mayor de las **virtudes**, *no habiendo ninguna estrella ni matutina ni vespertina que sea tan maravillosa*, es la virtud perfecta – dice - porque el que la posee puede practicar su virtud no solo en sí mismo sino con su prójimo. En su obra realiza un profundo estudio de la justicia y realiza una serie de clasificaciones,⁴⁷ siendo las que más han trascendido la justicia conmutativa, la justicia distributiva, la justicia reparadora y la justicia retributiva. Para aplicar la justicia distributiva se debe *dar igual a los iguales y dar desigual a los desiguales* en proporción a su desigualdad; para aplicar la justicia rectificadora se debe determinar el mecanismo para que quien irroga el daño, reciba en igual proporción del que recibe el perjuicio; a sí mismo, se puede remediar a través de cuantificar el perjuicio, es decir mediante una retribución. Pero para aplicar estas normas de tratamiento señala García Máynez es necesario contar con un *criterio comparativo*, mismo que tampoco escapa del análisis de Aristóteles que dice:

*“Todos reconocen que, al repartir lo justo ha de determinarse en función de algún mérito. Empero, no todos juzgan que éste resida en lo mismo. Para los demócratas radica en la libertad; para los oligarcas en la riqueza; para otros en la nobleza de cuna...”*⁴⁸

*“La validez de las normas jurídicas depende pues de que sea posible fundarlas en el juicio de valor que atribuye un predicado axiológico positivo a la conducta cuya realización esas normas exigen, ya de un sujeto, ya de todos los de cierta clase”.*⁴⁹

⁴⁶ ROMERO, Francisco, et al, *Aristóteles. Obras Filosóficas. Metafísica-Ética-Política-Poética*, México, W.M.Jackson, Inc., Sexta edición, 1973, Cap. V, p.

⁴⁷ En particular (ligada al observante) y universal (amplio ligada a las relaciones interhumanas); la distingue también en justicia conmutativa de la justicia distributiva, siendo la primera la que se practica entre iguales y conforme a la reflexión de Radbruch encuentra en el derecho privado; en tanto que la segunda se da cuando entre quienes se aplica hay una relación superioridad-subordinación, se la encuentra en el derecho público, realiza la igualdad sea proporcional o absoluta, también Justicia rectificadora.

⁴⁸ García Máynez, op. cit. p 445.

⁴⁹ García Máynez, op. cit. p 471.

Preciado Hernández también acude al pensamiento antiguo con Platón, para dividir a la Justicia en individual y social, siempre orientando su análisis no a la virtud por considerarla un hábito sino como un producto racional, señala así que la justicia individual, regula la armonía del alma en sus tres manifestaciones: la parte racional-sabiduría; la del coraje-fortaleza; la del apetito sensible-templanza, siendo la justicia la que establece la armonía entre éstas, así exige que la voluntad se someta a la razón, para que reine la armonía en el alma humana.

En cuanto a la justicia social sostiene este autor, que es la armonía en la vida de relación. Coordina las acciones de los hombres entre sí como partes del todo que es la sociedad civil, a la vez que ordena tales acciones al bien común. *“Así pues – señala – en tanto que la justicia del individuo ordena los actos de los hombres al bien personal, la justicia social ordena sus actos al bien común”*⁵⁰. En su análisis de la Justicia legal o general y de la particular (distributiva) va hilándolo al bien común.

En cuanto a la aplicación del derecho, señala que la *equidad* es el criterio racional que permite adaptar las normas generales a los casos particulares, asegurando que sus fines esenciales y principios supremos prevalezcan sobre las exigencias de la técnica jurídica, en este sentido señala se debe aplicar las normas constitucionales por sobre la secundaria que se le opone.

Gustav Radbruch⁵¹ califica a la justicia como un valor absoluto que descansa en sí mismo y no de otro superior, distingue la justicia subjetiva ligada a la cualidad personal, de la objetiva que la liga a la relación entre personas. Distingue también una forma de justicia, la *juridicidad*, es decir la que va a tono con las exigencias del Derecho positivo – aplicada por los jueces- de otra que es a priori y superior a la ley, *la justicia in estricto sentido* –

⁵⁰ PRECIADO HERNÁNDEZ, op.cit. p. 218-219

⁵¹ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Madrid, Buenos Aires, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, Cuarta Edición, 1974

aplicada por el legislador.

Si bien rescata también este autor la necesidad de la justicia de contar con normas generales, no obstante observa cómo este carácter general y abstracto de la norma, al tener que resolver casos concretos, hace que la justicia se realice solo de manera parcial. Pensadores como Diderot y Rousseau,⁵² por su parte creían suficiente el carácter general de la norma, para la realización del bien y la justicia.

Miguel Angel Ciuro Caldani, en su análisis “Bases para el Derecho Constitucional”, señala que a la Justicia tiende a vérsela como pantonómica (afán de universalidad), lo que causa problemas al expresarla en normas, debido a que el hombre vive en un tiempo y espacio determinado y finito, por lo que se recurre con frecuencia al *fraccionamiento* con el fin de producir seguridad jurídica.⁵³

1.3.1.2 El Bien Común

Henkel, citado por Máynez dice que el *bonum commune*, únicamente puede ser una meta social que busca perfeccionar las relaciones interhumanas que caen dentro del ámbito de su regulación.⁵⁴

*“El bien común se alcanza cuando todos los miembros de una sociedad disponen de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, lo mismo que para el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes”*⁵⁵. Lo señalado significa que no solamente se logra con leyes justas y efectivas sino también de

⁵²GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., Primera Edición 1999, reimpresión 2000 y 2006, Thomson Civitas, p.24, cita lo siguiente: **Rousseau**, considera que la justicia encuentra espacio en la generalidad pues dice, “*la ley no puede ser injusta, puesto que nadie es injusto hacia sí mismo*” ; y, de Diderot cita: “*Las voluntades particulares son sospechosas, pueden ser buenas y malas; pero la voluntad general, es siempre buena; no ha engañado nunca no engañará jamás*”

⁵³CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Bases para el Derecho Constitucional*, p.75-99, www.jurídicos.unam.mx.

⁵⁴ García Máynez, op.cit. p.484

⁵⁵ García Máynez, op.cit. p.488

condiciones reales.

Preciado Hernández, diferencia el bien común desinteresado y el bien común útil, llamado así porque busca ayudar y asistir a cada uno de los miembros de una sociedad, y señala que *“el hombre desea la sociedad y quiere el bien colectivo de ésta, por ser el medio para alcanzar el bien común individualmente distribuible”*.⁵⁶

Juan Pío XII señala que bien común es *“el conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres sociales el desarrollo integral de su propia persona.”*⁵⁷

Juega en la realización de este valor un papel muy importante, la solidaridad de la que Dromi afirma *“es la responsabilidad del nuevo humanismo”*.⁵⁸

1.3.1.3 La Seguridad Jurídica.

Eduardo García de Enterría, en su análisis sobre la seguridad jurídica busca el origen del Derecho en su expresión a través de leyes y lo sitúa en la Europa del siglo XVIII, refiere como manifestación de este hecho el texto del Art. 4 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que se señala que las limitaciones de libertad de los hombres están dadas por el ejercicio de ella en tanto no afecte a otros, y deben estar establecidas únicamente por la Ley, con lo cual *–señala– se entierra resueltamente el quod principi placient legis habit vigorem* (lo que al príncipe place tiene fuerza de ley).⁵⁹

El siglo XIX, es en tanto el siglo de los códigos, predomina la obra Napoleónica. Se va configurando de esta forma un ordenamiento jurídico que el tratadista dice *“habría liberado al ciudadano de todo el complejo de servidumbres, lazos y limitaciones, privilegios y fueros que se habrían acumulado sobre él en el largo Antiguo Régimen - y*

⁵⁶ Preciado, op.cit. p.210

⁵⁷ RIOFRIO, Juan Carlos, *El contenido esencial del derecho fundamental a la Seguridad Jurídica*, Quito-Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007, p.43.

⁵⁸ Dromi, op.cit. p. 145

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y Seguridad Jurídica*, op.cit., p.27

que de éste - *derivó un sentimiento de seguridad y libertad*”⁶⁰. No obstante que seguimos estando bajo el imperio de las leyes en los regímenes de ascendencia francesa, según el tratadista en mención dos factores afectan la privilegiada situación de la ley:

- El Constitucionalismo: que otorga a la norma que consagra los grandes valores, el carácter de suprema y la ubica en un plano de jerarquía respecto de la Ley y demás normas imperantes; pasando al decir del tratadista a ser *un acto jurídico ordenado, no solo ordenador*.⁶¹
- La explosión normativa: de la *sage lenteur* – sabia lentitud- de Hauriou se arriba a la *legislación motorizada* de Carl Schmitt (1946) o a la *legislación incontinente* de Ortega (1953), en la que surge un maremágnum de leyes, y reglamentos provenientes de diversos órganos con facultades reguladoras, para García de Enterría *un mundo de leyes desbocado*, que busca resolver lo concreto.

El derecho en general es contingente, mutable, variandi, carácter que se agudiza mientras más evolucionadas, amplias y globalizadas son las relaciones humanas, en estas condiciones señala García de Enterría, que por sobre la envoltura formal de la norma priman los valores sustanciales, que se expresan en principios generales del derecho y agrega *al desorden extremo de las normas solo un esqueleto firme de principios puede permitir su orientación* ⁶².

Se encuentra entonces que a la clásica concepción de la seguridad jurídica que es la formal, se va imponiendo una nueva que trae el constitucionalismo y que entraña la presencia del aspecto axiológico.

Para Jorge Millas, citado por el tratadista chileno Agustín Squella, la seguridad jurídica es una dimensión ontológica del derecho, debido a que solo el derecho, como

⁶⁰García de Enterría, op.cit. p. 32

⁶¹ García de Enterría, op. cit. p. 42

⁶² García de Enterría.op.cit. p. 103 y 105

previsión normativa y coactiva, puede brindar ese saber y esa confianza que son constitutivos de la seguridad jurídica, de modo que el derecho es condición necesaria de la seguridad, aunque también es condición suficiente de la misma.⁶³ Esta visión considera que la seguridad jurídica existe siempre que exista el derecho sea éste justo o no, las tesis contrarias la vinculan con los valores y con el Estado de Derecho.

Radbruch, encuentra antinomias entre el principio de justicia y seguridad jurídica porque ata la seguridad jurídica a cualquier derecho, llegando a decidirse al profundizar en sus disquisiciones, en que si se impusiera otro valor a la seguridad jurídica reinaría el anarquismo⁶⁴.

Radbruch, dice *“la seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aún cuando sea injusto”*,

Lo que no coincide con el Nuevo Derecho, como queda expresado en el pensamiento de Dromi - *“El Derecho como herramienta de la verdad hace justicia y denuncia injusticias porque el Derecho es justicia o no es Derecho”*⁶⁵; García Máynez que cita a Franz Sholz-1955, para señalar que el término parece haber nacido a mediados del siglo XIX, dice también que va ligado al Estado de Derecho;⁶⁶ y otros tratadistas de la época, la idea actual de seguridad jurídica, está ligada a valores como la justicia, que realiza los llamados valores consecutivos, mediante la aplicación de los que Máynez denomina instrumentales, y propende al bien común, más allá de la norma secundaria y la aplicación por parte de las autoridades, por ello su soporte se encuentra en el texto constitucional que en un Estado de Derecho se funda en valores supremos que reconocen

⁶³ SQUELLA, op.cit. p.538

⁶⁴ De la Torre en la última obra citada al referirse a la antinomia de la justicia y seguridad jurídica de Radbruch, en la que éste considera que en última instancia lo verdaderamente válido para determinar la vigencia de la norma es el valor seguridad jurídica, comenta que dicha percepción puede verse reflejada en las palabras de Goethe *“Señor es quien nos proporciona tranquilidad”*. P. 183

⁶⁵ Dromi, op. cit. p.138

⁶⁶ GARCÍA MÁYNEZ, Op. Cit., p.477

y garantizan derechos fundamentales del ciudadano, derechos sociales y colectivos. Afirmar Dromi, “una seguridad injusta es precisamente lo contrario al Derecho, pues seguridad y justicia son dos dimensiones radicales del Derecho”.⁶⁷

Es un nuevo valor que como se ve con García de Enterría se vuelve indispensable debido a las dos características que imprimen el orden normativo actual, pues anteriormente la Ley por su sola existencia proporcionaba seguridad de ahí que Radbruch trae menciones tempranas de la seguridad jurídica⁶⁸.

García Máynez sigue al sociólogo Théodore Geiger para referirse a dos dimensiones de éste valor:

Seguridad de orientación o certeza de orden, permite que los destinatarios de las normas de un sistema jurídico, tengan un **conocimiento** adecuado de los contenidos de las mismas y por lo tanto estén en condiciones de orientar su conducta en dicho marco.

Afecta esta certeza la movilidad del derecho que no permite su conocimiento, la explosión de normas o la falta de armonía entre éstas. Favorece la claridad, precisión y congruencia con que el legislador las emite.

Preciado Hernández, cree que la seguridad jurídica, más que con el aspecto racional y ético del derecho, se relaciona con el aspecto técnico, positivo y sociológico⁶⁹; y, señala que la seguridad jurídica es el dato objetivo del **saber a qué atenerse**- certeza jurídica, es como la verdad para el conocimiento⁷⁰.

Squella también habla del doble componente de la seguridad jurídica, el *saber* y la *confianza*. El saber como el conocimiento que tiene un individuo del ordenamiento jurídico

⁶⁷ Dromi. op.cit. p142

⁶⁸ Cita a Bentham (1748-1832) y su idea de la seguridad como característica distintiva de la civilización, a Jacobo Burckhardt y su burla de la seguridad burguesa, al decir que los grandes florecimientos de la cultura se han dado en momentos de inseguridad.

⁶⁹ PRECIADO-HERNÁNDEZ, op.cit.

⁷⁰ Preciado, op.cit.,

que lo rige y la confianza que emana de ese saber como la expectativa de que ese ordenamiento tiene continuidad y tendrá en todo caso la posibilidad de enterarse de sus modificaciones.⁷¹

Para Dromi, la certeza habla de un derecho cierto, conocido, publicado y continuo, característica última que viene dada por la Constitución, la que no puede producir rupturas con el sistema precedente.⁷² Considerando sobre todo que dicha norma debe responder a las demandas sociales.

La positividad del Derecho abona a estas cualidades que permiten al ciudadano tener certeza, y a más de ello instituciones como el habeas data, la ley previa, ley promulgada; la publicidad a través de medios oficiales como el Registro Oficial y medios alternativos, hoy que se vive la era de la comunicación; y, transparencia previa a su adopción, a través por ejemplo de audiencias públicas.

Destaca como ingrediente de la certeza a la estabilidad, para garantizar la transformación sin riesgo de atentar contra los derechos y deberes de los ciudadanos, siempre teniendo como norte la solidaridad.

Manuel Atienza citado por Squella,⁷³ distingue tres niveles de seguridad el orden, la certeza y la seguridad, los dos primeros responden a un concepto positivista que evoluciona de normas primarias (orden) a normas secundarias (certeza), es decir que en el primero la seguridad jurídica se da por la sola existencia del derecho, en cambio la certeza corresponde a un derecho más evolucionado en su aspecto formal. En tanto la seguridad propiamente dicha supera este plano de lo formal, como lo retomo en el siguiente análisis.

Seguridad de realización o confianza en el orden, se halla referida a la eficacia del sistema que hace valer la norma, lo que genera confianza en un individuo de que la

⁷¹ Squella, op.cit. p.537

⁷² Dromi, op.cit. p.145

⁷³ SQUELLA, Op.cit., p.540

norma que está escrita será respetada y aplicada. Demanda el cumplimiento de la norma por los particulares y la correcta aplicación por parte del Juez, que además crea jurisprudencia. Si las normas que se aplican y cumplen son justas y persiguen el bien común, su realización es también la realización de la seguridad jurídica. En este sentido, un orden solo es valioso, cuando realiza eficazmente los valores que le dan sentido. Pues la eficacia puede asumir diversas formas que van desde la obediencia de la ley por convicción, por coacción a pesar de la manifiesta rebeldía, o la insubordinación íntima al decir de Miguel de Unamuno, del que cumple pero no obedece.

De manera más detallada señala Dromi algunas condiciones o atributos para que opere el este valor:

Independencia. *“Sin verdaderos jueces no hay seguridad jurídica - señala y agrega- la recta interpretación de la ley e integración del derecho que la hacen los jueces es un presupuesto de la seguridad jurídica”*.⁷⁴

Razonabilidad. *No arbitrariedad* de los órganos legisladores, reguladores, controladores, de administración de justicia; lo que implica actuaciones bajo principios de proporcionalidad, causalidad, no discriminación, etc., lo cual debe estar sustentado por *“un espectro amplio de protección de los bienes jurídicos, de los valores tutelados, que dan las medidas de seguridad”*⁷⁵.

Racionalización. *Simplificación del orden jurídico*, necesidad de controlar el exceso de reglamentación y burocratismo.

La prestación. No se puede hablar de seguridad si el hombre no satisface sus necesidades básicas, por lo que el Estado debe garantizar servicios públicos accesibles y eficientes.

La fiscalización. Sin control no hay no hay responsabilidad.

⁷⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano y DROMI, Roberto, *Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Madrid, Marcial Pons, 2001. p.222.

⁷⁵PAREJO ALFONSO, Luciano..., Op.cit., p.223

Para Squella, la seguridad es una palabra que se relaciona con las ideas de “orientación”, “orden”, “previsibilidad” y “protección”, por su parte la seguridad jurídica, en cuanto uno de los valores o fines del derecho, se relaciona también con esas mismas ideas.⁷⁶ Las tres primeras ideas responden a la dimensión formal vista anteriormente, en tanto que al hablar de protección ingresa en lo axiológico, al señalar este autor que “*el derecho provee seguridad en cuanto **protección**, puesto que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza un conjunto de derechos, algunos de ellos de carácter fundamentales, que se relacionan con ciertos valores de interés general, tales como la libertad, la igualdad y la solidaridad*”⁷⁷

Preciado Hernández, la asocia con el orden, la eficacia y la justicia. El orden dice es el plan general expresado en una legislación con miras a coordinar acciones individuales y unificar el esfuerzo colectivo; pero no se puede hablar de seguridad cuando existiendo un orden legal teórico, no rige un orden eficaz, es decir cuando la legislación no es observada por los particulares y por las autoridades; y que además esté fundado en la justicia; una ley injusta – continúa – es como un traje no hecho a la medida, nos aprieta y molesta constantemente⁷⁸.

De esta manera a “*la seguridad se mira no desde el punto de vista de existencia de norma escrita sino desde la necesidad de una correcta intelección y aplicación de la misma por el juez, que obedezca a las necesidades de la sociedad y a los cambios que en su interior se presenten*”⁷⁹

En el pensamiento de Reale, se puede también apreciar estas dos dimensiones al

⁷⁶ Squella.op.cit.p.534

⁷⁷ Squella.op.cit.p.534

⁷⁸ Preciado, op.cit. p. 236

⁷⁹ ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván, *Hacia un Nuevo Concepto de Seguridad Jurídica a la Luz de los Valores Consagrados por la Constitución Nacional de 1991*, Nueva Interpretación Constitucional, Medellín-Colombia, Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquía, Biblioteca Jurídica Díké 1997, p.190

desdoblar la seguridad jurídica en certeza y seguridad, que para él son dos valores que “*aunque no se confunden, se implican de manera inmediata*”⁸⁰, en esta propuesta la certeza, como se observa también en lo antes anotado, no es garantía suficiente de confianza y seguridad, pues afirma que, “*la certeza estática y definitiva acabaría por destruir la formulación de nuevas soluciones más adecuadas a la vida*”⁸¹, esto es que la norma por muy clara, conocida y coyunturalmente estable que sea, llegará un momento en el que por cambios en el hecho o situación que regula requiera ser revisada para adaptarla a las nuevas demandas producidas, lo que se conoce en derecho como *rebus sic stantibus*, en el momento en que la norma ya no responde a la realidad o aspiraciones de una colectividad por más clara, conocida y formalmente estable que sea no genera confianza y seguridad en el orden.

Por lo señalado, la Seguridad Jurídica es un valor fundamental, que tiene plena vigencia en la actualidad, en sus dos dimensiones, la **clásica y formal / moderna y racional**, siendo la primera la que da la *certeza de orden*, en un mundo en la que la norma escrita es abundante - la producción anual en los últimos años, en nuestro país, alcanza un número de 8.000, normas sin contar con la jurisprudencia que genera obligatoriedad⁸²- y dinámica, debido a los avances tecnológicos y a la globalización, lo que reclama nuevas características y medidas que consoliden la dimensión moderna y racional de este valor, para dar *confianza en el orden*, a través de un proceso de creación y aplicación del derecho que realiza un ejercicio intelectual que va del hecho, *dimensión social*, a la creación de una norma, *dimensión positiva*, en la que se plasmen los más elevados fines y valores de la colectividad a la que está dirigida, *dimensión axiológica*. En este sentido el concepto y alcance de la Seguridad Jurídica, no queda limitado a la visión clásica de la norma previa,

⁸⁰ REALE, Miguel, Op.cit., p.95

⁸¹ idem

⁸² Ver Anexo de la Normativa Expedida Anualmente (a 31 de diciembre de 2008)

estable y conocida, sino que se suman nuevos requerimientos que buscan la realización, no de cualquier derecho, sino del derecho que queremos para una convivencia segura, armónica y digna del ser humano.

Este valor guarda armonía con otros valores fundamentales como es la justicia, para asegurar un derecho justo, no cualquier derecho; con el bien común para generar un ambiente de paz social y buscar ante todo la realización del interés general, por lo que estos valores la justicia y el interés general o bien común no son limitantes al valor seguridad jurídica sino que concurren en el proceso racional de aplicación de este último en la creación y aplicación de la norma a un hecho determinado; así mismo permite la realización de otros valores como la libertad, la igualdad, pues solamente como resultado de la interacción de los valores fundamentales antes señalados, se pueden realizar estos otros, llamados por ello “consecutivos”. Por último está vinculada a otros valores conocidos como instrumentales que son los medios e instituciones que sirven a los fines y a los valores fundamentales y consecutivos, uno de ellos se recoge en el cuarto capítulo, al tratar la “confianza legítima” que es una institución que nace definitivamente ligada a la seguridad jurídica, para proteger la confianza de los ciudadanos respecto de que los actos emitidos por la autoridad pública, que producen consecuencias legales, permanezcan reconocidos como tales.

1.3.2 Los Valores Jurídicos Consecutivos e Instrumentales

La denominación de *Consecutivos* se debe a que éstos resultan de la armónica aplicación de los valores fundamentales, son valores de este tipo, la libertad, la igualdad y la paz social.

Los valores *instrumentales* son los medios e instituciones que permiten la realización de los valores fundamentales y consecutivos, es la adecuación final o

teleológica, son de difícil clasificación dice el autor porque una de las formas para lograrlo sería vinculada a otros valores, no obstante muchos pueden responder a más de uno de ellos.

Estos valores instrumentales al analizar la seguridad jurídica Squella⁸³ los denomina manifestaciones, si bien cambia la nominación responden al concepto en análisis y tradicionalmente se han promulgado las siguientes: *La presunción del conocimiento del derecho, el principio de legalidad, la cosa juzgada, la irretroactividad, los derechos adquiridos, la tipificación, la prescripción*. No obstante, estas manifestaciones de la seguridad jurídica vista desde la dimensión formal pueden verse limitadas, por el legislador y aplicador de justicia, en virtud del interés general y los derechos del hombre, en primera instancia, y cuando no afecte a aquellos en virtud de la seguridad jurídica individual “*protección de la confianza legítima*”.

⁸³ SQUELLA, Op.cit., p.541

CAPÍTULO II

LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS DE TELEFONÍA EN EL ECUADOR Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.

2.1 Naturaleza Jurídica.

2.2 Características.

2.3 Sujetos.- Atribuciones de la Administración: Potestad regulatoria, supervisora; modificatoria e interpretativa; Derechos del Concesionario y Derechos del Usuario.

2.4 Evolución en el Ecuador: 1994 -2008.

2.5 La seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: la Constitución de la República, la Ley de Modernización, y los contratos de concesión para la prestación de servicios de telefonía.

Como se resalta en la introducción general, el análisis de la seguridad jurídica en la ejecución de los contratos de concesión, nace básicamente ligado al mandato constitucional contenido en el Art. 249 de la Constitución Política de la República del Ecuador del año 1998 y que tuviera vigencia hasta el mes de octubre del año 2008. Esta Constitución, entre sus características básicas que interesan a este estudio estaba orientada hacia una reducción del tamaño y funciones del Estado, así como a un fortalecimiento del sector privado, mediante la apertura a una economía social de mercado, protección de las inversiones nacionales y extranjeras. Este proceso, al que se le denominó de Modernización, inicialmente, tiene su origen en el año 1993 (se expide la Ley de Modernización - Registro Oficial 349, 31-XII-93), siendo fortalecido en una segunda etapa de Transformación, que se refleja en la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo del 2000.

Una de las manifestaciones de lo dicho es el artículo 249 de la Constitución que hace referencia a la delegación de la prestación de los servicios públicos por parte del Estado, el que cobija las concesiones para la prestación de los servicios de telefonía, y ha sido reclamado por los concesionarios como la máxima expresión del principio de seguridad jurídica, junto a la regla 18 del artículo 7 del Código Civil; y, que desde mi punto de vista marca una ruptura con los fines y valores del derecho, incluido el de seguridad jurídica, en la acepción del nuevo derecho y a la luz de una visión tridimensional del mismo, porque “*El derecho no es un valor puro, ni es una mera norma, ni es un mero hecho social*”⁸⁴. Es por esta razón que se incluye en este capítulo un desarrollo de los contratos administrativos y una visión histórica de las telecomunicaciones en el Ecuador en la que se reflejan los

⁸⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano y DROMI, Roberto, *Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, 2001, p. 196

hechos y sus normas.

2.1 Naturaleza Jurídica

La prestación de servicios de telefonía, es delegada por el Estado Ecuatoriano mediante la suscripción de contratos de concesión. La norma que regula el otorgamiento de concesiones, define esta forma de prestación como: La delegación del Estado para la instalación, prestación y explotación de los **servicios finales y portadores** de telecomunicaciones y la **asignación de uso de frecuencias del espectro radioeléctrico correspondiente**, mediante la suscripción de un contrato autorizado por el CONATEL y celebrado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, con una persona natural o jurídica domiciliada en el Ecuador y que tenga capacidad legal, técnica y financiera.⁸⁵

Dentro de los servicios finales, están los servicios de telefonía móvil y fija, por lo que su prestación requiere de este título habilitante que es el contrato de concesión, en cuya formación interviene la función administrativa indefectiblemente por ser el Estado el delegante, en razón de su titularidad declarada constitucionalmente.

El Concesionario ejecutará la actividad delegada en un contexto especialmente regulado por la Ley Especial de Telecomunicaciones (se empleará también LET para abreviar), su Reglamento General, los Planes Técnicos Fundamentales, una serie de resoluciones emitidas por el CONATEL; y, por su contrato que es altamente reglamentario pues sus términos y condiciones contienen los derechos y obligaciones del concesionario, plan inicial de expansión, estudio técnico, autorización de uso de frecuencias esenciales, infracciones y sanciones contractuales, techos tarifarios, etc.

Estos contratos, son de naturaleza administrativa, y como tales gozan de los elementos que han servido a la doctrina para categorizar esta tipología, lo que interesa debido a las

⁸⁵REGLAMENTO PARA OTORGAR CONCESIONES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.(Resolución del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL No. 469-19-CONATEL- 2001 RO/ 480 de 24 de Diciembre del 2001). Art.3

consecuencias jurídicas en su formación y ejecución.

La naturaleza administrativa de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telefonía, se manifiesta en la presencia de presupuestos tales como:

a. El sujeto de la contratación

Existe consenso en cuanto a que en todo contrato administrativo interviene una persona de derecho público; en el caso de las concesiones de servicios de telefonía interviene el Estado Ecuatoriano a través del Secretario Nacional de Telecomunicaciones, debidamente autorizado por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones.⁸⁶

De conformidad con el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (Decreto Ejecutivo No. 2428. RO/ 536 de 18 de marzo del 2002, en adelante ERJAFE), define el contrato administrativo como: *“todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables”*.

Por lo tanto, el contrato de concesión debido a la presencia de la Administración, como una de las partes, ya es catalogado por la legislación vigente como un contrato administrativo.

b. Objeto

El objeto de este tipo de contratos es la prestación de servicios de telefonía: local, nacional, internacional, fijo o móvil; mismo que es declarado por la Constitución vigente como un servicio público, a fin de garantizar básicamente que la colectividad tenga **acceso** universal a un servicio **continuo**, de calidad y a un precio equitativo regulado y controlado, bajo **principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia y**

⁸⁶ Art. 72 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones; y, Art. 3 del Reglamento para otorgar concesiones. Se avecinan reformas que pueden cambiar esta estructura.

responsabilidad.⁸⁷

c. Régimen

Este tipo de concesión se somete al régimen del servicio público, y a un ordenamiento jurídico expreso de carácter público, debido a la categorización de esta actividad como estratégica y como servicio público, lo que se ha consolidado en la nueva Constitución, así lo proclama y manda el Art. 313 de la Constitución vigente: *“El Estado se reserva el derecho de administrar, **regular**, controlar y gestionar los sectores estratégicos...Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones...”*; y, Art. 314: *El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, ...”*

2. 2 Características

2.2.1 Por la formación: Al seleccionar al concesionario e instrumentar el contrato se observan las siguientes características:

a. Solemne

Generalmente existe una etapa precontractual, así lo proclama en nuestro ordenamiento jurídico el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que ordena: *“En la formación de los contratos administrativos hay dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución”*.⁸⁸

En el caso de los contratos de concesión en estudio, el Reglamento para Otorgar Concesiones de los Servicios de Telecomunicaciones (Reglamento de Concesiones), incluye un procedimiento previo para la adjudicación directa, y tanto más para el *proceso público competitivo de ofertas*.

⁸⁷ Art. 314 .- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2008)

⁸⁸ Art. 76 del ERJAFE

El Art. 72 del Reglamento General establece que el contrato se celebrará siempre y cuando se cumplan las normas legales aplicables, además de los **requisitos que haya establecido previamente el CONATEL para el efecto**. Adicionalmente se establece expresamente, su contenido mínimo.

Por lo antes mencionado, en nuestro ordenamiento jurídico, no considero que se trate de un contrato consensual, es decir que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes.

b. Intuitu personae

Se otorga en función de la persona es por esto que lleva implícita la prohibición de ceder derechos y obligaciones, sin previa autorización del órgano que otorgó la concesión; el aspirante a la concesión del servicio debe demostrar capacidad técnica, financiera y legal.

c. Bilateral o sinalagmático

Las partes contratantes se obligan recíprocamente, aunque no en igualdad de condiciones.

d. Oneroso

El Estado concede la facultad de explotar un servicio a cambio de que el Concesionario lucre con el pago que hacen sus usuarios por el uso del servicio.

La retribución al concesionario no proviene de la administración en forma directa, sino de los usuarios del servicio objeto del contrato, a través del cobro de tarifas que generalmente han sido establecidas por la autoridad. El Art. 19 de la LET determina que la prestación de cualquier servicio de telecomunicaciones por medio de empresas legalmente autorizadas, está sujeta al pago de tarifas que serán reguladas en los respectivos contratos de concesión, de conformidad con lo dispuesto en dicha Ley.

Se regulan los techos tarifarios para los servicios de telefonía, en los demás servicios hay libertad tarifaria, salvo cuando existan distorsiones que afecten al mercado, en cuyo caso interviene el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, para regularlos.

e. Conmutativo

Existe definitivamente un beneficio mutuo, equivalente y proporcional, no aleatorio, tal como puede creerse, en virtud de que el contrato se ejecuta por *cuenta y riesgo del concesionario*, siendo que esto únicamente significa, tal como lo señala - el Tribunal de Arbitramento Colombiano⁸⁹ - *“que la hipótesis de ganancia o pérdida depende, como en la mayoría de los contratos conmutativos, de la actividad del concesionario, de su diligencia, y de los riesgos propios de toda actividad económica, y no del azar o la suerte como en la renta vitalicia o en la compraventa de un billete de lotería”*

f. De plazo

El otorgamiento de concesiones de servicios de telefonía se realizan por un plazo de 15 años, renovables por el mismo período.

Nace además como un contrato nominado, individual, causal, principal y de adhesión.⁹⁰

2.2.2 Por la ejecución

En la ejecución del contrato de concesión, se revelan importantes características y principios que nacen de su finalidad, son cabalmente recogidas por la doctrina, y se aplican a los contratos de concesión en estudio, a pesar que no se ejecutan estrictamente en un régimen monopólico y de exclusividad; pero si de titularidad, control y regulación plena del estado ecuatoriano, consagrada definitivamente en la novísima Constitución, como lo veremos adelante.

⁸⁹ Conformado para dirimir la controversia entre COMCEL S.A. y La Nación (Ministerio de Comunicaciones), Bogotá, D.C., 17 de febrero de 2009, p.50.

⁹⁰ GARCÍA SARMIENTO, Jorge, *Concesión de Servicios Públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, ps. 186-187

a. Desigualdad jurídica de las partes

Agustín Gordillo, señala ésta como otra *nota típica de este contrato*- y siguiendo a Bercaitz, resalta que la Administración en función de su potestad de dirección y control puede:

“a) adaptarlo a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del contratante - . b) ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de éste; y c) dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del co-contratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan”⁹¹. Señala Dromi al respecto, “*La existencia de prerrogativas a favor de la Administración, por encima de la relación contractual, tiene fundamento en el bien común. Así la Administración aparece en la relación contractual en una “situación” de superioridad jurídica material respecto del contratista*”⁹²

Sobre estas atribuciones que se otorgan a la administración pública se regresará adelante.

No obstante, en la legislación ecuatoriana estas potestades se afectaron por la disposición constitucional (Art. 249 de la Constitución de 1998) que estableció que el contrato de concesión no puede ser modificado unilateralmente por la administración; se observa en los términos de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telefonía, manifestaciones de la potestad de dirección y control.

Al respecto en los contratos de concesión para la prestación del servicio móvil avanzado, otorgado a las empresas OTECEL S.A. y CONECEL S.A., se ha incluido una

⁹¹ GORDILLO, Op. cit, pág. 369

⁹² DROMI, Roberto, *Telecomunicaciones: interconexión y convergencia tecnológica*, Buenos Aires, Madrid, Mexico, Primera Edición, Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, 2008, pág.41

cláusula que establece que el organismo de regulación, en caso de persistir una duda sobre la definición de un término del contrato, lo interpretará y tal interpretación será obligatoria, reservándose la concesionaria el derecho a impugnar la interpretación efectuada de conformidad con la Cláusula de Solución de Controversias (procedimiento de mediación en la Procuraduría General del Estado, y Arbitraje ante un Tribunal de Arbitraje Administrado sujeto a la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador)⁹³. Asimismo, en los contratos de concesión celebrados con las operadoras de telefonía y en los que se han celebrado con las prestadoras de Servicio Móvil Avanzado, se incluyen infracciones que no constan en la ley, y sanciones - que son más drásticas que las incluidas en la ley vigente-, aunque también se ha incluido un procedimiento administrativo para la imposición de sanciones que otorga a los concesionarios mejores opciones de ejercer su derecho a la defensa, términos más amplios, posibilidad de impugnación en la vía administrativa). Constan además potestades amplias tales como la de pedir información, realizar inspecciones sin previo aviso y la revocatoria por causas de incumplimiento.

b. Mutabilidad de sus términos y condiciones.

Estas importantes atribuciones a las que puede recurrir la administración durante la ejecución del contrato la modificatoria, intervención, interpretación y terminación unilateral del contrato, conocidas como **Ius Variandi**⁹⁴; marcan su **flexibilidad y mutabilidad**, en función del interés general que permite modificarlos y adaptarlos a este fin, frente a la rigidez de los contratos privados. De esta manera el contrato puede ser modificado por una norma de carácter general o por un acto particular del Concedente.

c. Ausencia de la libertad contractual

⁹³ Hay que hacer notas que un Tribunal Arbitral no tiene competencia para pronunciar se sobre los actos administrativos de la Administración.

⁹⁴ El IUS VARIANDI tiene su asidero en la característica del derecho de movilidad continua, y acelerada en los últimos tiempos; y en el primordial fundamento de realización del interés público.

La parte que representa al Estado actúa dentro de las facultades expresamente asignadas por el ordenamiento jurídico y a que la voluntad de la concesionaria se limita por la ley y por los pliegos de condiciones impuestos por la administración.

d. Efectos jurídicos frente a terceros

En este tipo de contratos, se generan efectos jurídicos frente a terceros – usuarios -, quienes gozan de una tutela especial en lo atinente a la tarifa, a la calidad y a la continuidad del servicio.

*“Como consecuencia de los efectos que el contrato tiene respecto de terceros por ausencia de libertad del usuario, tarifa fijada por el Estado, posible abuso de poder dominante, etc. - señala Gordillo -nace un importante principio de responsabilidad del concesionario o licenciataria frente a los usuarios y terceros”.*⁹⁵

Se aplica también, la interpretación restrictiva de los derechos del concesionario, sobre todo en los regímenes monopólicos, frente a los del usuario, ilustra Gordillo que: *“El derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja [...] debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia”.*⁹⁶

e. Ejecución por cuenta y riesgo del concesionario

En los contratos de prestación del servicio móvil avanzado, se establece que: la Concesionaria ejecutará el Contrato y prestará los Servicios Concesionados bajo su entera responsabilidad, en régimen de competencia, sin exclusividad alguna y con pleno conocimiento de la Legislación Aplicable y el Ordenamiento Jurídico Vigente. Para ello, deberá tomar todas las medidas que considere pertinentes a fin de que el servicio no sea desatendido, disminuido, suspendido o interrumpido.

La Sociedad Concesionaria asume **todos los riesgos** inherentes a la prestación de los

⁹⁵ GORDILLO, Op.Cit. pág. 371

⁹⁶ Op.Cit. pág.365

Servicios Concesionados; y, en ningún caso podrá eximirse de su responsabilidad frente a sus Usuarios y ante los organismos de regulación, administración y control de las telecomunicaciones, aún cuando contrate o subcontrate con terceros la prestación y/o reventa de los servicios a los que está obligada, de conformidad con la Legislación Aplicable.

Se determina expresamente que el Concedente no garantiza la rentabilidad, el éxito económico o el valor del negocio.

2.2.3 Terminación

Este tipo de contratos se pueden extinguir por las siguientes causales:

- Vencimiento del Plazo;
- Mutuo acuerdo: Debe ser previamente calificada y autorizada por el CONATEL.
- Terminación unilateral: Por las causales establecidas en la Ley y el contrato.
- Resolución del Contrato: Los contratos para la prestación del Servicio Móvil Avanzado también, establece el derecho de que la Sociedad Concesionaria pueda demandar ante el Tribunal Arbitral el cumplimiento del Contrato o su resolución, por las siguientes causas: a) Por incumplimiento por parte del Concedente de las obligaciones estipuladas en este Contrato por más de sesenta (60) días para con la Sociedad Concesionaria de manera que impida a ésta el ejercicio de sus derechos y/o el cumplimiento de sus obligaciones; b) Por suspensión de la prestación del servicio objeto de la Concesión dispuesta unilateralmente sin base legal o contractual por el Concedente; o, c) Cuando, ante circunstancias de Fuerza Mayor debidamente comprobadas, el CONATEL no hubiese accedido a terminar de mutuo acuerdo el Contrato, previa solicitud de la Sociedad Concesionaria.
- Declaración de Nulidad

En todos los casos de terminación se debe determinar el destino de los bienes, las medidas para dar continuidad al servicio, en caso de persistir la necesidad de la colectividad. La declaratoria de terminación unilateral del contrato por parte de la administración, no requiere sentencia judicial y ni indemnización cuando un incumplimiento es imputable al concesionario.

2. 3. Sujetos

Son sujetos de la concesión, el concedente que es el Estado, que tiene la titularidad y responsabilidad del servicio a prestarse, pudiendo delegar a un particular para que lo haga, sin que ello signifique que pierda el control sobre la actividad o un traspaso definitivo.

El Concesionario, que es el particular que en función de una delegación del estado asume por su cuenta y riesgo la prestación de un servicio público, pero con sometimiento a la normativa aplicable y los términos del contrato correspondiente.

Adicionalmente podemos referirnos a un tercer sujeto que son los usuarios, razón de ser del otorgamiento de la concesión, cuyo fin es satisfacer su interés o necesidad.

2.3.1 Atribuciones de la Administración.

a. Dirección, Control y Sanción

Direccionar, vigilar y controlar que se satisface el objeto por el cual se hizo acreedor de la concesión, en mérito de lo cual se imparten disposiciones y se determinan los incumplimientos contractuales, reglamentarios y legales, a que hubiera lugar, sancionándose de ser el caso, sin perjuicio de su subsanación.

Esta prerrogativa tiene su fundamento en el principio de la competencia que los órganos administrativos conservan como potestad irrenunciable en el ámbito propio de la ejecución del contrato administrativo para impulsar, ordenar, verificar y controlar su

cumplimiento efectivo, la que debe surgir en forma expresa del ordenamiento o de las cláusulas de cada contrato.⁹⁷

En la legislación ecuatoriana la supervisión, vigilancia y control, lo ejerce el Organismo Técnico de Control, que se encuentra organizado como una Superintendencia y como tal tiene las facultades establecidas en el Art. 213 de la Constitución vigente: “...vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general...” La Resolución de este organismo causa ejecutoria, no genera efecto suspensivo y puede ser recurrida ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo⁹⁸.

Las infracciones se encuentran tipificadas en la Ley Especial de Telecomunicaciones y para complementarlas se han incluido también en los contratos, al igual que las sanciones y un procedimiento administrativo, que dispone que de la Resolución emitida por el organismo técnico de control, se pueda recurrir en sede administrativa ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones.

A su vez los actos administrativos que emite el CONATEL y SENATEL se someten a los recursos y demás normas del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

b. Modificar los términos y condiciones de la concesión

Es considerada como una de las más importantes atribuciones en el régimen del contrato de concesión, porque el objeto principal del servicio público es la satisfacción del interés general. Es la “*primera facultad exorbitante que se le reconoce a la*

⁹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, Segunda Edición, 2005, p.120.

⁹⁸ Art. 33 LET, 77 del ERJAFE y 38 de la Ley de Modernización.

*Administración...marca una diferencia fundamental entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado”*⁹⁹, no aplica en este tipo de contratos el principio de intangibilidad, por el cual únicamente el consenso de las voluntades intervinientes pueden modificar los pactos, “... *sería perjudicial a los intereses colectivos, pues fácilmente se comprende los perjuicios que habría si la administración necesitare de acuerdos previos con el contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja...*”, sostiene la antigua Corte Federal y de Casación de Venezuela en una sentencia dictada el 5 de diciembre de 1944.¹⁰⁰

Se señala también que esta es una potestad natural y debe ser reconocida per se, “*no hace falta que exista una disposición legal ni contractual expresa que la contemple*”¹⁰¹.

Cassagne, no comparte la presencia de cláusulas exorbitantes implícitas en el contrato, sino únicamente las que se incluye por consenso de las partes, por lo que no considera que el Ius Variandi, se entienda implícito en el contrato, debiéndose proceder a las modificaciones por mutuo acuerdo de las partes,¹⁰² “*del hecho de considerar que las prerrogativas estatales integran el régimen que rige el contrato administrativo, no puede desprenderse la inclusión en aquel de las cláusulas exorbitantes implícitas, máxime cuando sostenemos que las prerrogativas de poder público, surgen siempre, en forma expresa, del ordenamiento jurídico*”.¹⁰³

En la legislación ecuatoriana, en la etapa que va desde agosto de 1998 hasta octubre de 2008, en la Constitución Política vigente, el Art. 249 refiriéndose a las concesiones,

⁹⁹ BADELL MADRID, Rafael, et al, *Contratos Administrativos*, Cuadernos Jurídicos Badell&Grau, Número 5, Caracas, 1999, p. 118

¹⁰⁰ BADELL, Op.Cit. pág. 120

¹⁰¹ BADELL, Op.Cit. pág. 119

¹⁰² CASSAGNE, Op. Cit., p.411. Estas aseveraciones las hace como respuesta a las críticas de Mayral.

¹⁰³ CASSAGNE, Op. Cit., p.410. Idem comentario.

estableció: “... *Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones*”, por lo que se ha visto en esta proclama constitucional una garantía a la seguridad jurídica, de quién o de qué es la pregunta, del interés general o del interés particular del inversionista, del FIN u objetivo - servicio público- o del MEDIO –contrato de concesión.

Las concesionarias invocan esta norma con frecuencia, obteniendo buenos resultados, como se verá a lo largo de este trabajo, dando un amplio alcance a su contenido. A continuación una referencia casuística para ilustrar lo anotado:

Oficio No. 10826, el 20 de agosto de 2004, el señor Procurador del Estado, absuelve una consulta planteada por dos Operadora de Servicios de Telefonía Fija, cuyas acciones son de propiedad del Estado, y que son socias accionistas, a su vez de otra empresa, sobre la existencia de obligatoriedad de éstas, de obtener los informes previos de la Procuraduría General del Estado, para el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la empresa de la que son accionistas y los proveedores de la misma, entre ellas las garantías, dentro del proyecto de operación y explotación del Servicio Móvil Avanzado, cuyo proceso y contrataciones fueron anteriores a la vigencia de las reformas a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

El procurador responde argumentando que la ley en referencia fue publicada en el Registro Oficial, el 24 de septiembre del 2003; y que el artículo 7 del Código Civil, establece que: “*la Ley no dispone para lo venidero; no tiene efecto retroactivo...*”; por su parte, la Constitución Política de la República, en su artículo 249, inciso primero, establece que: “*Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar . Podrá prestarlos directamente o por*

delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”. Por lo que, con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales antes señaladas, determina que las accionistas, no están obligadas a requerir a la Procuraduría General del Estado el informe al que se refiere la letra f) del artículo 3 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, porque los contratos de concesión; de administración de la tercera empresa; así como el contrato con el Consorcio XX para la provisión de la plataforma tecnológica para dicha empresa, fueron suscritos en fechas anteriores a la expedición y promulgación de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. **Además para asegurar la garantía del principio de seguridad jurídica,** la Constitución Política establece que las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones posteriores.

Se fundamenta en el artículo 249 en mención, una situación que emana de contratos que no son de concesión, y se deja de aplicar un precepto que busca precautelar los fondos públicos que constituyen el capital de las tres empresas en cuestión. De igual manera no comparto la recurrencia al principio de retroactividad, el que será desarrollado en el capítulo IV.

Se constituye este precepto constitucional en la máxima expresión de una supuesta seguridad jurídica, según la interpretación anotada y definitivamente se desconoce la potestad legisladora del Estado, y la *potestas modificandi* de la administración. Así como también se ignora el interés general y los avances tecnológicos constantes, que hacen más dinámico de lo que ya es al derecho. No se lo entiende y aplica a la luz de las otras

dimensiones del derecho que acompañan a la normología (norma), como es la realidad social (hecho) y la dimensión axiológica (valor) a través de la cual se debe realizar los demás valores como la justicia, los fines; así como, los valores consecutivos e instrumentales, como la igualdad, que se afecta debido a que a un reducido sector de la sociedad que tiene un interés particular, no se somete a normas de carácter general que rigen a los demás. Esta interrelación de valores es conocida en la doctrina como “*solidaridad axiológica*”.¹⁰⁴

Una es la responsabilidad que asume el Estado, cuando sus actos han causado perjuicio al administrado y otra es la pretensión de mantenerse al margen de los cambios normativos que se producen para adecuarse a las exigencias de la sociedad o enmendar situaciones que causan menoscabo al interés general.

Al respecto el tratadista brasileño, Miguel Reale, sostiene refiriéndose a la seguridad jurídica que:

*“Certeza y seguridad forman una diada inseparable, ya que, si es verdad que cuanto más cierto se hace el derecho genera más condiciones de seguridad, también es necesario no olvidar que la certeza estática y definitiva acabaría por destruir la formulación de nuevas soluciones más adecuadas a la vida, y dicha posibilidad de innovar acabaría generando la revolución y la inseguridad. Podría incluso decir que una seguridad absolutamente cierta es un motivo de inseguridad, ya que es connatural al hombre la tendencia al cambio y a la perfección...”*¹⁰⁵

El ecuatoriano, doctor Juan Carlos Riofrío se pregunta, *¿Ocasiona por tanto, la seguridad jurídica una rigidez del ordenamiento jurídico?*, y se responde *“Alguna rigidez sí que la ocasiona, más no hemos de olvidar que frente al derecho fundamental a la*

¹⁰⁴ REALE, Miguel, Op. cit., p.95

¹⁰⁵ REALE, Miguel, Op. cit., p.95

seguridad jurídica del ciudadano se alza el ius variandi del Estado, que se puede utilizar en aras de satisfacer el interés general de la sociedad”¹⁰⁶

En los contratos de concesión celebrados con las empresas OTECEL S.A. y CONECEL S.A. para la prestación del servicio móvil avanzado, a los que recurro con frecuencia por ser de reciente celebración, e instrumentarse en una etapa de transición, en la que el Estado cambia su modelo político, social y económico, de uno con orientación neoliberal, a uno al que se ha denominado por parte de sus gestores de socialismo del siglo XXI y que está marcado por la adopción de una nueva Constitución, cuya promulgación y publicación en el Registro Oficial, fue precedida por la manifestación de la voluntad del pueblo ecuatoriano en las urnas; en estos contratos, volviendo al tema, se hace un reconocimiento parcial de la *potestas variandi* del Estado, cuando se somete a los cambios del ordenamiento jurídico, discriminando lo que ha denominado normativa aplicable, que se conforma con la que regula el sector, para establecer que rige la que estuvo vigente al momento de la celebración del contrato, este punto será retomado posteriormente en este mismo capítulo.

Continuando con la potestad modificatoria de los términos contractuales de la que goza la administración pública, Agustín Gordillo¹⁰⁷ cita a GASTÓN JÉZE y MARIENHOFF que señalan que al tratarse de necesidades sociales y económicas esta *flexibilidad no significa que la administración exceda sus poderes.*

En el quehacer del derecho, es necesario recalcar con palabras de Miguel Hernández que no se debe atender *“únicamente el cumplimiento de la norma como elemento formal del Derecho y del Estado, sino a su contenido, a su coherencia con los*

¹⁰⁶ RIOFRIO, Op. cit, p.18

¹⁰⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México 2004, pág. 370

*valores y principios que deben inspirar las normas jurídicas”*¹⁰⁸

No obstante también se reconocen limitaciones que eviten la aplicación discrecional de esta potestad, por parte de la administración, tales como realizar modificaciones que signifiquen: i) excesos que alteren la esencia del contrato, o prestaciones que no correspondan a su naturaleza; ii) contraposición o se den al margen del interés general, debiendo ser objetiva, fundada, cierta y real; iii) la modificación de la relación contractual, debe también mantener el equilibrio económico financiero original.

Este poder – señala Cassagne- puede la Administración *“ejercer dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial (v. gr., obras públicas) y a condición de que no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato”*¹⁰⁹. Surge de esta manera un efecto que puede generar conflictos cual es el de las indemnizaciones que resultan cuando las modificaciones que se incorporen al contrato causen perjuicio al Concesionario o co-contratante.

Cassagne enfatiza que la tendencia es a *“favorecer el ejercicio de la potestas variandi en armonía con los principios generales que preservan la ecuación económico-financiera”*¹¹⁰.

c. Potestad de interpretación

“Se trata de una facultad consustancial a todo contrato administrativo, de allí que no requiere previsión expresa, antes por el contrario, se entiende presente por la naturaleza del contrato”.¹¹¹

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel, *Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*, EDINO, Guayaquil-Ecuador, 2004, pág. 95.

¹⁰⁹ CASSAGNE, Op.Cit.pág.46.

¹¹⁰ CASSAGNE, Op.Cit.pág.17.

¹¹¹ BADELL, Op.Cit. pág. 127

2.3.2 Derechos del Concesionario

Son de tipo patrimonial, debido a que el concesionario busca el lucro: el Art. 6 del Reglamento para Otorgar Concesiones de los Servicios de Telecomunicaciones, numeral 1, establece entre los derechos del concesionario: *“Prestar los servicios concesionados y percibir del usuario, como retribución por los servicios prestados, la tarifa que se fije siguiendo la metodología pactada en el contrato de concesión”*.

La retribución al concesionario no proviene de la administración en forma directa, sino de los usuarios del servicio objeto del contrato, a través del cobro de tarifas que generalmente han sido establecidas por la autoridad, el Art. 19 de la LET determina que la prestación de cualquier servicio de telecomunicaciones por medio de empresas legalmente autorizadas, está sujeta al pago de tarifas que serán reguladas en los respectivos contratos de concesión, de conformidad con lo dispuesto en dicha Ley, se regulan los techos.

2.3.3 Derechos de los usuarios

Los usuarios están protegidos por la Constitución, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Ley de Telecomunicaciones y las normas incluidas en los contratos de concesión, se garantiza básicamente en el uso del servicio, la continuidad, calidad, accesibilidad y precios justos; la inviolabilidad del contenido y el secreto de las telecomunicaciones.

2.4 Evolución en el Ecuador de la prestación de servicios finales de telecomunicaciones mediante delegación

En el sector de las telecomunicaciones del Ecuador, se dan TRES etapas hasta el momento una primera etapa desde el inicio de la explotación del servicio en la que el estado es el prestador, regulador y controlador , una segunda etapa en la que el Estado a raíz de 1992, se reserva la responsabilidad de la provisión del servicio público de las

telecomunicaciones como una actividad que puede ejercerla directamente o indirectamente a través del sector privado, independizando la gestión de las actividades de regulación y control; y una tercera etapa, a partir del año 2000 marcada por una tendencia a la apertura. No obstante con la adopción de una nueva Constitución- 2008, se va configurando una nueva etapa en la se puede vislumbrar un cambio de política en el sector, cuya tendencia es a un mayor control e intervención estatal.

Una panorámica histórica de esta evolución consta en el Anexo No. 1

2.5 La seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

2.5.1 En la Constitución de la República

La nueva Constitución de la República de Ecuador en el título de los Derechos, incluye el Capítulo Octavo “Derechos de Protección”, establece:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. (mi resaltado)”

Este valor es incorporado en la Constitución, junto con la enumeración de sus fundamentos:

a) El respeto a la Constitución.- en el nuevo derecho, la Constitución como se señaló en el Primer Capítulo, no solo es un cuerpo jurídico ordenador sino ordenado, es la Ley de leyes, este fenómeno se refleja ampliamente en la novísima Constitución de la República del Ecuador, en la que el mayor protagonista es el individuo como sujeto de derechos y la búsqueda de superar las desigualdades. Esta invocación al respeto de la Constitución determina la presencia del elemento axiológico y la configuración de una dimensión que pretende que el ciudadano encuentre en el orden jurídico no solo la certeza sino la confianza, en todas las situaciones que generan consecuencias jurídicas.

El artículo primero define al estado ecuatoriano como **constitucional de derechos y justicia, social**, principios que son el factor común a lo largo de su articulado, extendiendo su vigencia a todo el ordenamiento jurídico, pues establece esta carta magna que *ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*.¹¹² Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos **el buen vivir** y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de **solidaridad**;¹¹³ así como también es deber de todos los ecuatorianos practicar la justicia y la **solidaridad** en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios.¹¹⁴

Este contenido axiológico de la Constitución es de singular importancia en la realización de la seguridad jurídica ya que no basta con proclamarla; destaco también, la recurrencia al valor **solidaridad** en tanto es complemento de la **seguridad jurídica** en el nuevo derecho, *“hoy sabemos bien que sin seguridad jurídica no puede existir solidaridad social, y viceversa”*¹¹⁵ – señala Roberto Dromi que se refiere extensamente a esta relación significativa en la obra citada- la solidaridad es pues la que marca esta nueva visión que produce una ruptura con el principio de legalidad del Estado de Derecho, que de alguna manera se propició con la penúltima constitución ecuatoriana.

En el Ecuador el valor seguridad jurídica, es incorporado a la norma constitucional, en la Constitución Política, que tuvo vigencia hasta el 19 de octubre de 2008, formando parte de los derechos civiles (Art. 23, número 26).

Constaba también en esta constitución en su artículo 249, respecto de las delegaciones para la prestación de servicios públicos, un mandato expreso de no modificar

¹¹² Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador (2008)

¹¹³ Art. 85 de la Constitución de la República del Ecuador (2008)

¹¹⁴ Art. 83 de la Constitución de la República del Ecuador (2008)

¹¹⁵ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina- Hispania Libros, Undécima Edición, Argentina, México y Madrid, 2006, pág. 144.

unilateralmente los términos y condiciones contractuales, ni por leyes, ni por cualquiera otra disposición, mandato que fue receptado como garantía de seguridad jurídica.

En la Constitución actual, no se incluye la garantía de estabilidad de los términos y condiciones del contrato de concesión, que llevo a interpretaciones que sostenían que se había producido una pérdida de la administración de su *potestas variandi*, y un congelamiento de la normativa a la fecha de celebración de los contratos.

El artículo constitucional 82, proclama como se señaló, el respeto de la Constitución como manifestación de la seguridad jurídica, lo cual “*reivindica el derecho constitucional, como derecho axiológicamente comprometido, y no a partir de genéricos valores o principios consagrados de manera más o menos simbólica o difusa, sino a través de un prolijo listado de derechos, de un completo sistema de garantías y de un rico programa de intervención del Estado en las condiciones que hacen posible la efectividad de tales derechos*”.¹¹⁶

b) Normas jurídicas previas, claras, públicas.- son características formales que se constituyen en un presupuesto de la seguridad jurídica, para transmitir **certeza** al ciudadano respecto de las consecuencias que acarrearán sus actos. *Norma jurídica previa*, en consonancia con el Art.7 del Código Civil que establece que la Ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo; *norma jurídica clara*, que no dé lugar a interpretaciones subjetivas; y, *norma pública*, la ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República.

2.5.2 En la Ley de Modernización

Lo establecido en el Art. 249 se recogió en la Ley de Modernización en las

¹¹⁶ WILHELMI, Marco Aparicio, *Derechos: Enunciación y Principios de Aplicación*, Desafíos constitucionales, La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, 2008, p. 24

reformas del año 2000¹¹⁷, (Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000), el que iremos analizando debido a que contiene tres aspectos importantes:

- i) Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los **servicios públicos** a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente;
- ii) En ningún caso, el Estado **garantizará la rentabilidad del negocio** ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato; y,
- iii) Las condiciones contractuales acordadas entre las partes **no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración.**

En este texto legal se establece que el contrato a celebrarse debe contener cláusulas necesarias para que el servicio público cumpla con su fin que es el satisfacer el interés de los usuarios, preservando el medio ambiente, lo cual es coherente con la naturaleza del contrato; es también importante que el estado no asuma la obligación de garantizar la rentabilidad de un negocio, debido a que éste se hace por cuenta y riesgo del concesionario, empero se deberá reparar el esquema o ecuación económico financiero del contrato por modificaciones unilaterales de los poderes públicos. En este artículo se replica el texto del 249¹¹⁸ de la Constitución de 1998, esto significa que durante los 15 años que dura un contrato de concesión, no podría la administración pública modificarlo.

La vigencia de lo constante en el acápite iii, estaría en entre dicho en función de la

¹¹⁷ Art. 46.- “Contratos”.

¹¹⁸ La norma constitucional determinó que el Procurador General del Estado, casi diez años después de su promulgación resolviera que toda modificación de un contrato de concesión debe contar con su informe. (Resolución 077.- Suplemento del Registro Oficial 245, 4-I-2008).

falta de soporte constitucional, pues dicho texto no consta en la Constitución vigente. La reparación del equilibrio económico y financiero del contrato será analizado más detenidamente en el próximo capítulo.

2.5.3 En los contratos de concesión para la prestación de servicios de telefonía.

Los contratos suscritos en el año 1993, con las concesionarias de telefonía móvil celular al referirse al marco legal, estipularon: *“Este contrato se rige por la legislación ecuatoriana y en él se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración”* y proceden a mencionar de manera ilustrativa, más no limitativa algunas de ellas. En 1997, se firman los contratos modificatorios como quedó señalado y la cláusula del marco legal, establece que el contrato se rige por la normativa aplicable y en general por el ordenamiento jurídico vigente.

En los contratos de las operadoras ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A. se incluyó similares cláusulas, señalando concretamente que *“de conformidad con el artículo siete, regla dieciocho, del Código Civil se entienden incorporadas al presente Contrato todas las disposiciones legales, reglamentarias y más normas jurídicas vigentes a la fecha”* de su celebración.

En los últimos contratos de concesión celebrados por el estado ecuatoriano con las operadoras CONECEL S.A. y OTECEL S.A. para la prestación del servicio móvil avanzado¹¹⁹, se diferencia la legislación aplicable del resto del ordenamiento jurídico, acordando que:

“Ordenamiento Jurídico Vigente: Comprende las leyes, reglamentos, así como resoluciones, regulaciones, decretos y toda decisión de carácter general de cualquier institución del Estado existentes o que se dictaren durante el plazo de

¹¹⁹ Con la suscripción de estos contratos ya no quedan en el país empresas prestadoras del servicio de telefonía móvil celular.

ejecución del contrato y que no se encuentran contenidas en la definición de Legislación Aplicable.

Legislación Aplicable: *Comprende en materia de telecomunicaciones la Ley Especial de Telecomunicaciones, su Reglamento General, reglamentos y resoluciones de carácter general que se encuentren vigentes en el Ecuador en la Fecha de Entrada en Vigencia.*

Se exceptúa de lo anterior los regímenes de (i) asignación y autorización para el uso de frecuencias; (ii) de interconexión; (iii) de competencia; e (iv) infracciones y sanciones de carácter legal, regímenes que se sujetarán al Ordenamiento Jurídico Vigente en la fecha del acto, evento o asunto en cuestión, a fin de garantizar que el Servicio Concesionado, prestado bajo el control y regulación del Estado, responda a los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad.

Las bandas de Frecuencias Esenciales, así como el régimen de tarifas por el uso de las Frecuencias Esenciales concesionadas en el presente Contrato, según lo establecido en el Anexo 3, se mantendrán vigentes durante la ejecución del Contrato. Cualquier concesión de nuevas Frecuencias Esenciales se registrará por el régimen vigente a la fecha en la que sean solicitadas.”¹²⁰

Se negocia la potestad legislativa, reguladora y de modificación unilateral del contrato en los términos que quedan transcritos. Dromi sostiene que la finalidad pública no es negociable y que por ello no pueden afectarse derechos que afecten a su cumplimiento o realización.¹²¹

Esto significa que los cambios y modificaciones de la normativa comprendida en el

¹²⁰ Tomado del contrato para la prestación del servicio móvil avanzado otorgado por el estado ecuatoriano a la empresa OTECEL S.A.. Similares definiciones constan en el contrato celebrado con CONECEL S.A.

¹²¹ DROMI, *Telecomunicaciones*, Op.cit., pág. 45.

concepto de *Legislación Aplicable* no inciden en la ejecución contractual. En tanto que las partes reconocen la vigencia de la nueva normativa comprendida en el concepto de ordenamiento jurídico, y en las excepciones realizadas en la Legislación aplicable, esto es, normas para la asignación y autorización para el uso de frecuencias, normas de interconexión; de competencia; y para la determinación de infracciones y aplicación de sanciones de carácter legal.

El momento jurídico-político en el que se suscriben los contratos de concesión para la prestación del servicio móvil avanzado en mención, está marcado por una revisión profunda que busca imponer una nueva corriente de pensamiento que genera una ruptura con la tendencia neoliberal, para partiendo del reconocimiento de las desigualdades, la pluriculturalidad, multinacionalidad, el respeto al medio ambiente, buscar un desarrollo sostenido y sustentable bajo el cobijo de valores como la seguridad jurídica, la solidaridad y la justicia. El primer paso, acertado o no la historia lo dirá, está dado, por la adopción de una nueva constitución que goza de las características del llamado neo constitucionalismo.

Se pretende también revisar la normativa secundaria a fin de armonizarla con la carta fundamental, el sector de las telecomunicaciones va a experimentar cambios profundos, bajo la iniciativa del ejecutivo que está trabajando en un proyecto de Ley que es urgente para el sector desde hace mucho tiempo; en este sentido resulta paradójico, tal como se ha concebido la vigencia de la norma de carácter general en la perspectiva contractual, que pese a su urgencia, ésta no aplique para un segmento importante del sector, como es el servicio móvil avanzado prestado por dos operadoras. Este fenómeno se presentó ya en la ejecución de los contratos de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, en la etapa que va del año 1997 al 2008, cuando también se presentó una coyuntura de transformación del sector del régimen monopólico y la

exclusividad regulada, hacia la apertura al libre mercado que dio lugar a una prolífera adopción de nueva normativa que incluye entre otros la expedición del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, Reglamento para el Otorgamiento de Concesiones, Reglamento de Interconexión, Planes Técnicos Fundamentales e inclusive el Reglamento para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular, que fenece sin aplicación alguna, pues de conformidad con la apelación al valor seguridad jurídica, bajo la interpretación que por la regla 18 del Art. 7 del Código Civil el contrato -administrativo- se rige por la normativa vigente al momento de su celebración, nunca se reconoció por parte de la operadora en la ejecución del contrato la aplicación de este Reglamento, que ha perdido vigencia definitivamente, en tanto el servicio de telefonía celular ha sido superado por el servicio móvil avanzado que cuenta con su propia normativa. Así mismo bajo este concepto las operadoras celulares no aportaron la contribución al servicio universal dispuesta en el Reglamento para Otorgar Concesiones, expedido el 24 de diciembre de 2001. No obstante la cláusula vigésima de los contratos en mención, que estableció:

*“Las partes convienen en que cualquier cambio futuro en la legislación, que modifique el régimen jurídico, técnico y económico del Ecuador, vigente a la fecha de celebración de este Contrato y que afecte los términos **dará** lugar a una ampliación o modificación del mismo **a fin de que sus términos y condiciones se adapten a la nueva legislación**, conservando en lo fundamental los derechos y deberes de las partes contratantes. La ampliación o modificación del contrato **deben** acordar las partes dentro de los siguientes treinta días a los de modificación del marco jurídico”.*

Esta obligación no fue cumplida por las partes generándose un tratamiento disímil con relación a otras operadoras y evadiendo la nueva normativa. Lo imperativo de los

términos contractuales que se denota en los verbos **dará y deben**, no da lugar a dudas de que se **debió** de manera unilateral haber realizado la adaptación a la nueva normativa, más aún cuando utilizando el mismo argumento de la operadora el artículo constitucional 249 entonces vigente, no rige en dichos contratos y por lo tanto el Ius Variandi permanece incólume.

En definitiva no considero adecuado que en un contrato se negocien términos que tienen relación con la potestad legisladora y reguladora; así como con la vigencia y eficacia de la norma y el ordenamiento general, por lo que a continuación incluyo el siguiente análisis:

a. El Ordenamiento Jurídico es un Todo Unitario

Manuel de Rivacoba, define Ordenamiento Jurídico como “*el conjunto unitario y coherente de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado*”.¹²²

Squella Narducci sostiene por su parte que “*La idea de que las normas forman un ordenamiento supone que las primeras no permanecen ‘inconexas’ o en una situación de mera ‘yuxtaposición’, sino que se hallan ‘vinculadas unas a otras ora coordinada, ora subordinadamente’*”¹²³, formando un *todo unitario* que “*... es lo opuesto a parte o elemento, como también lo opuesto a simple suma, adición o yuxtaposición de partes o elementos*”.

Por su parte el carácter de coherente del ordenamiento jurídico, se da en cuanto no es un sistema caótico sino armónico, lo que se consigue con la jerarquización normativa que se encuentra claramente establecida en la Constitución de la República vigente.

Por lo señalado, el ordenamiento jurídico está conformado por **todas** las normas

¹²² Tomado de: SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago-Chile, abril de 2007, p.313

¹²³ Op. cit. p. 314

legítimamente emitidas y acordes con la Constitución, las que se encuentran imbricadas entre sí formando un todo unitario que no puede ser fraccionado por un pacto entre las partes. **No existe** en la doctrina un concepto de **legislación aplicable**, menos aún cuando éste produce una parcelación del ordenamiento jurídico, dándole efectos de **validez** diferentes al resto del ordenamiento, tal como se pretende en los conceptos incorporados en los contratos de concesión en análisis, este término (la legislación aplicable) es usado para referirse a las normas que aplican a un caso particular, considerando la amplitud del ordenamiento jurídico.

b. La Validez de la Norma: Existencia y Obligatoriedad

La Validez de las normas está dada por la existencia específica de que ella está dotada, es decir que una norma es válida porque existe, pero además porque está conferida de obligatoriedad *erga omnes* - respecto de todos, lo que involucra también al principio de igualdad ante la ley, constitucionalmente consagrado - señala Squella, que es “*obligatoria para los sujetos normativos, que deben obedecerla, y obligatoria también para los órganos jurisdiccionales los cuales tienen que aplicarla en sus consecuencias coactivas*”¹²⁴.

Por lo que no se puede evadir el imperio de una norma por el simple hecho de incorporar en un contrato conceptos que dejen a discreción del concesionario, respecto de que norma deseo que me rija y que norma no deseo que me rija, tal como ocurre en el presente caso.

c. Proceso de Formación de la Norma

La existencia de una norma, es el resultado de un proceso expresamente establecido en el que intervienen los órganos competentes, así el Art. 120 de la Constitución del

¹²⁴ Op. cit. p. 318

Estado, atribuye a la Asamblea Nacional la facultad de **expedir, codificar, reformar y derogar las leyes**, e interpretarlas **con carácter generalmente obligatorio**.

Adicionalmente la Constitución atribuye al ejecutivo la potestad de expedir normativa secundaria y faculta a la Asamblea Nacional para delegar la potestad normativa a otros organismos, como consta a continuación:

“Art. 141.- (...)”

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlos ni alterarlos, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

*Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas **generales de interés común**. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:*

*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 puedan alterar o innovar las disposiciones legales.”*

De esta manera quedan determinados los órganos con potestad normativa y adicionalmente la obligación de no contravenir el orden jerárquico establecido en la Constitución de la siguiente forma:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Por lo señalado mediante un contrato no se puede contravenir el ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución del Ecuador e interpretar la vigencia y obligatoriedad de la normativa.

d. La Concesión de telefonía es un Contrato Administrativo

La concesión de telefonía, como se ha señalado, es un contrato administrativo, precedido de un acto administrativo de aprobación del CONATEL, **mediante** la cual el Estado delega a un particular la prestación de un servicio público, por lo tanto, el contrato de concesión es un medio que sirve para conseguir un fin que es la **prestación de un servicio público**.

No se trata consecuentemente de dos voluntades libres y autónomas que en igualdad de condiciones, suscriben un contrato de interés particular; sino por el contrario, se trata de una voluntad particular que se somete al derecho público y acepta los términos y condiciones mediante los cuales el Estado le delega la prestación de un servicio de interés público o general, siendo el aspecto patrimonial lo único que puede ser materia de negociación.

De ninguna manera puede ser objeto de negociación el ordenamiento jurídico, ni producirse una renuncia de **“potestades”** legalmente conferidas, lo cual se está dando en la conceptualización de la **“legislación aplicable”**.

En este punto es necesario destacar el texto del numeral 7 del artículo 83 de la Constitución del Ecuador que establece son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley *“Promover el bien común y **anteponer el interés general al interés particular**, conforme al buen vivir”*.

e. La Movilidad del Derecho y la Seguridad Jurídica.

A lo largo de este trabajo se ha destacado el carácter mutable y hasta contingente de la legislación, no se puede pretender que el derecho se mantenga anquilosado, estático o inmóvil, indiferente al avance y desarrollo de la sociedad; tampoco se puede invocar la seguridad jurídica para fundamentar dicha pretensión, pues la seguridad jurídica es un valor que si bien busca generar CERTEZA Y CONFIANZA en el orden jurídico, mal puede otorgar esa confianza con el simple hecho de congelar la aplicación de la norma a las diversas situaciones que son materia de regulación.

2.5.4 Análisis de pronunciamientos del procurador

2.5.4.1 Mediante oficio No. 023688 de 21 de marzo de 2006 el Procurador General del Estado, absuelve la consulta que el Secretario Nacional de Telecomunicaciones realiza con oficio No. SNT-2006-0154 de 31 de enero del 2006, a fin de determinar la base legal que rige para la renovación de los contratos de concesión firmados con las compañías Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL y OTECEL S.A. y manifiesta:

“...Los cambios producidos por efecto de las normas del nuevo Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular, publicado en el Registro Oficial No. 10 de 24 de agosto de 1998, debieron ser objeto de un contrato modificatorio en virtud de que las partes se obligaron a ello. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y las dos empresas operadoras no han suscrito dicho contrato modificatorio no obstante la insistencia efectuada por este Organismo de Control para que, en consideración a lo establecido en lo artículo 249 de la Constitución Política de la República, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, conjuntamente con las compañías operadoras OTECEL S.A. y CONECEL S.A., acuerden la modificación contractual – bajo este presupuesto

señala- ... los términos y normas bajo las cuales fueron suscritos son los que prevalecen, esto es la cláusula Vigésima Tercera y el Reglamento expedido con la Resolución 107-23-CONATEL -96 publicado en el Registro Oficial No. 44 de 11 de octubre de 1996 que, respecto de la duración y renovación de los contratos de concesión, en el artículo 4, establece que la explotación del servicio de telefonía móvil celular tendrá una duración de hasta quince años y la renovación deberá negociarse en el año diez.”

Se refuerza el criterio acudiendo a la regla 18ª del artículo 7 del Código Civil que prevé “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” y al principio de irretroactividad de la Ley.

El Procurador General del Estado, fundamenta su absolución a la consulta planteada en que la única forma de adecuar los términos contractuales a la nueva normativa, es mediante un acto consensuado entre las partes, dejando de lado la naturaleza administrativa del contrato y llevando la relación contractual a un plano propio de los intereses puramente particulares, justifica su posición en: el artículo 249 de la Constitución vigente en ese tiempo, no obstante de que los contratos de concesión, celebrados con las operadoras de telefonía celular son anteriores a su vigencia; el principio de irretroactividad en general, y particularmente recurre a la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, aplicándola de manera absoluta, sin diferenciar el efecto ex tunc y ex nunc, o la falsa y real irretroactividad. Tampoco se realiza un contrapeso de los intereses en juego (general y particular), lo cual es básico en un contrato de este tipo que no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el interés general.¹²⁵

¹²⁵ Actualmente este principio de todo Estado de raíz Social de Derecho, se encuentra expresado a lo largo del texto constitucional y particularmente como responsabilidad de todos y cada uno de los ciudadanos en el número 7 del artículo 83 que establece: “Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.”

2.5.4.2 Mediante oficio No. 13894 de 4 de enero de 2005, en atención a la consulta realizada por el CONATEL (oficio No. 0564-CONATEL-2004 de 26 de octubre de 2004), referente a "*¿Cuál reglamento de interconexión es aplicable para el Acuerdo suscrito en abril del 2003 entre las operadoras OTECEL S.A. y CONECEL S.A.?*", el publicado en el R.O.-S 1008 del 10 de agosto de 1996, por cuanto los contratos ratificatorios, modificatorios y codificatorios de Concesión fueron suscritos con la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones en mayo 2 de 1997; o, el publicado en el R.O. 481 de 26 de diciembre del 2001 vigente desde ese momento hasta la presente fecha, es decir en plena vigencia en el momento en que OTECEL S.A. y CONECEL S.A. suscribieron su Acuerdo de Interconexión el 30 de abril del 2003- manifiesta:

*“El artículo 41, DEROGATORIA, del Reglamento de Interconexión expedido mediante Resolución No. 470-19-CONATEL-2001, publicado en el Registro Oficial No. 481 de 26 de diciembre de 2001, vigente a partir de esa fecha hasta la presente, **derogó** en forma expresa al Reglamento de Interconexión y Conexión entre Redes y Sistemas de Telecomunicaciones publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 1008 de 10 de agosto de 1996; por lo tanto el Acuerdo de Interconexión suscrito entre OTECEL S.A. y CONECEL S.A. el 30 de abril de 2003 debió regirse por las reglas establecidas en el Reglamento vigente a esa fecha, esto es el Reglamento que rige a partir del 26 de diciembre del 2001.*

Por otra parte, es conocida por todos la norma general del artículo 7, número 18 del Código Civil cuando dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; más en el presente caso es preciso resaltar lo estipulado por la Cláusula Vigésimo Primera: Contratos Modificatorios y Complementarios, de los Contratos de Concesión, otorgados por la Superintendencia de

Telecomunicaciones a favor de CONECEL S.A. y de OTECEL S.A. suscritos el 26 de agosto de 1993 y el 29 de noviembre 1993, respectivamente, que en el numeral 21.1 señalan: ‘Las partes convienen en que cualquier cambio futuro en la legislación, que modifique al régimen jurídico, técnico y económico del Ecuador vigente a la fecha de celebración de este Contrato y que afecten sus términos dará lugar a una ampliación, modificación o restricción del mismo a fin de que sus términos y condiciones se adapten a la nueva legislación, conservando en lo fundamental, los derechos y deberes de las partes contratantes’..., condición ésta que no ha sido modificada por los contratos celebrados con posterioridad a los de las indicadas fechas. Tal cláusula constituye ley para las partes por lo prescrito en el artículo 1588 del Código Civil. En consecuencia, el Reglamento de Interconexión aplicable para el Acuerdo suscrito en abril de 2003 entre las compañías OTECEL S.A. y CONECEL S.A. es el Reglamento de Interconexión publicado en el Registro Oficial No. 481 de 26 de diciembre del 2001 vigente desde esa fecha hasta la presente, es decir en plena vigencia en el momento en que OTECEL S.A. y CONECEL S.A. suscribieron su Acuerdo de Interconexión, esto es el 30 de abril del 2003.”

En este pronunciamiento el Procurador General del Estado, reconoce que los efectos que generan los términos y condiciones del contrato concesión, como en este caso sería el concretar la obligatoriedad de la interconexión, a través de la firma de los acuerdos correspondientes, se rigen por la normativa vigente. Resalto además que en los pronunciamientos, se recurre constantemente al derecho civil e incluso sostiene que el contrato administrativo es ley para las partes¹²⁶, asimilándolo al de naturaleza civil o comercial, sin considerar el interés general.

¹²⁶ ORTIZ CABALLERO, Jesús, *Algunas consideraciones fundamentales sobre los contratos administrativos, RÉGIMEN LEGAL DE LAS CONCESIONES PÚBLICAS: ASPECTOS JURÍDICOS, ECONÓMICOS Y TÉCNICOS*, Venezuela, Colección Textos Legislativos No. 21, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2000: Señala que la importancia de catalogar un contrato como administrativo radica en las consecuencias que implica dicha tipología, destacando como nota introductoria que no aplica el principio *lex contractus*, debido a que por tratarse de una delegación de actividad de responsabilidad del estado, el “ente público se mantiene durante la vigencia de dicho contrato en un plano de superioridad respecto al contratista”, pág.32

CAPÍTULO III

EFFECTOS DEL QUIEBRE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

- 3.1 La Ecuación Económico- Financiera del Contrato de Concesión de Servicios Públicos.
- 3.2 El Equilibrio Económico Contractual en la Legislación Ecuatoriana
- 3.3 Los riesgos contractuales
- 3.4 Las teorías de la Compensación: El Ius Variandi, El Hecho del Príncipe, la Teoría de la Imprevisión.
- 3.5 Análisis de un Caso

Como se ha señalado, a través de las concesiones el Estado busca satisfacer determinadas necesidades de la colectividad, que por su naturaleza y cualidades especiales han sido catalogadas como servicio al público, para lo cual firma contratos que debido a las altas inversiones y a que debe garantizarse su continuidad y acceso sobre todo, requieren de permanencia en el tiempo, por lo que los plazos otorgados son largos; pudiendo en este lapso de tiempo sus términos y condiciones verse afectados por decisiones de las autoridades competentes y cambios en la normativa vigente. En este caso, si se afectan los términos económicos que es el fin que mueve al contratista, se debe proceder a compensarlo, debido a que una desestabilización en la fórmula del contrato no solo incide en la inversión, sino que también pone en riesgo el fin que es el servicio público.

Inicio este capítulo con dos citas de Dromi, que sintonizan con la idea de que la administración pública al contar con facultades reguladoras, controladoras y sancionadoras, debe observar en sus actuaciones aquellos requerimientos jurídicos de claridad, certeza, estabilidad y publicidad, de tal manera que transmitan confianza y seguridad a los administrados.

“La Administración Pública es protagonista titular de la autoridad que impone los límites a las libertades, fija las vallas del orden, decide la suerte reglamentaria de las leyes, sanciona, reprime y reprocha con su policía administrativa y con su justicia administrativa. Es precisamente en la actuación de la administración pública, como ejercicio funcional concreto, donde debemos edificar los parámetros permanentes que les den identidad y continuidad a los valores de la certeza y la estabilidad en las relaciones administrativas, posibilitando las previsiones y reconocimientos que caracterizan a la

seguridad jurídica".¹²⁷

Concretamente en la contratación pública, la administración debe en nombre de la seguridad jurídica, celebrar contratos con términos y condiciones, claros y precisos. Es así como, dichos contratos se celebran por escrito y se elevan, generalmente, a escritura pública; se los publica en un registro abierto al que tiene acceso toda la colectividad; y, se incluyen cláusulas de estabilidad.

*“En el ámbito de la relación administrativa en general, y de los contratos públicos en particular –dice Dromi- adquiere particular trascendencia la fórmula de equivalencia prestacional que se manifiesta en las ecuaciones contractuales, y en la admisión y publicización de las instituciones civilistas de las cláusulas rebuc sic stantibus y la exceptio non adimpleti contractus”*¹²⁸

3.1 La Ecuación Económico- Financiera del Contrato de Concesión de Servicios Públicos

Siendo este tipo de contrato, oneroso y conmutativo, surge la necesidad de garantizar que los acontecimientos que puedan presentarse, no atenten contra la equivalencia pactada en cuanto a las prestaciones, provocando una alteración de la ecuación económico financiera del contrato; la cual debe ser reestructurada a fin de mantener la satisfacción del interés general que radica básicamente en recibir el servicio y de forma continua (principios de obligatoriedad y continuidad).

Esta alteración de la ecuación es posible que se presente por las características específicas del contrato de concesión en el que convergen intereses contrapuestos, por una parte se encuentra el concedente, que debe garantizar la realización de un determinado interés público, por lo que goza de una serie de potestades, el *Ius Variandi* especialmente,

¹²⁷DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Argentina, México y Madrid, Editorial Ciudad Argentina-Hispania Libros, Undécima Edición, 2006, pág. 229

¹²⁸ DROMI, Op. Cit. Pág. 231

que lo ponen en un plano de supremacía respecto del concesionario, cuya participación se debe a un interés eminentemente patrimonial, lo cual no obsta para que éste sea considerado como contratista-colaborador, ya que está contribuyendo a cambio de una ganancia a la realización del fin que persigue el servicio público, según Dromi el concesionario de un servicio público es más que colaborador, pues sustituye al titular del servicio público en la prestación, por lo que encuentra en ellos una tercera generación y nomina a este tipo de contratos como *de transformación*¹²⁹. Es necesario destacar adicionalmente, que este tipo de contratos tienen una larga duración (quince años), a lo cual hay que sumar el hecho de que los avances tecnológicos influyen sobremanera en este sector, dotándole de un dinamismo marcado, determinando que las condiciones en las que se celebró un contrato se modifiquen también con frecuencia.

Resulta entonces que frente al principio *pacta sunt servanda*, se levanta *el principio rebuc sic stantibus*, los cuales no están en contradicción, debido a que el primero es que lo pactado debe imponerse ante todo, lejos de que sea desplazado por el segundo, más bien se realiza a través de él, porque éste busca *el mantenimiento de la situación imperante al momento de contratar*¹³⁰. En materia de contratación administrativa queda pues, “*relativizada la idea de inmutabilidad del contrato, que prima en el contrato civil*”¹³¹, no obstante en caso de incidir de manera importante en la parte económica y financiera del contrato debe repararse esta situación, precisamente para no afectar la prestación. Roberto Dromi, sostiene que la “*conservación del contrato como derecho es un nuevo principio en la dogmática del derecho administrativo, que refiere a la autonomía publicista de los*

¹²⁹ DROMI, *Telecomunicaciones...*, Op.cit. pág.48.

¹³⁰ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Renegociación de Contratos Públicos*, Colección de Derecho Administrativo, Director: Julio R. Comadira, Buenos Aires-Argentina, LEXIS NEXIS Abeledo-Perrot, 2002, p.76.

¹³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, TOMO I, Civitas Ediciones S.L., Duodécima Edición, Madrid, 2004, pág 749.

*contratos públicos. Ellos no deben interpretarse pro rescisión, pro rescate o pro revocación, sino que deben entenderse pro vigencia, pro validez, pro continuidad*¹³².

Alejandro Pérez Huale al referirse al equilibrio, o la ecuación económico-financiera del contrato, cita el siguiente concepto de Gastón Jéze:

*“En todo contrato de concesión de equilibrio público, se halla una ecuación financiera, un equilibrio financiero. Es la esencia misma de todo contrato de concesión procurar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se otorgan al concesionario y las cargas que se le imponen. Las ventajas y las cargas deben contrapesarse, de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se le concede al empresario y lo que se le exige...”*¹³³

Esta conceptualización que se extiende en la doctrina, surge en la jurisprudencia francesa, con la sentencia del Comisario del Gobierno, León Blum, sobre el caso de la Compañía Francesa de Tranvías (*Compagnie Française des Tramways*), resuelto en 1910.

Por su parte, José Araujo Juárez¹³⁴, define el equilibrio económico, como: *“la relación establecida entre las partes, entre un conjunto de derechos y obligaciones considerados como equivalentes; de ahí el nombre de la ecuación (equivalencia-equilibrio); esta última no puede ser alterada (lo que equivale a una equivalencia honesta entre lo que se otorga y lo que se exige) y esto es esencial al contrato administrativo”*.

Señala este autor que este principio no opera automáticamente, sino que para sostener que se debe devolver el equilibrio económico y financiero del contrato, requiere que se cumplan *condiciones rigurosas*, lo cual debe quedar claramente establecido para no

¹³² DROMI, *Telecomunicaciones...*, Op.cit., pág. 43

¹³³ PÉREZ HUALDE *Ibíd.*

¹³⁴ ARAUJO JUÁREZ, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Caracas-Venezuela, Vadell hermanos editores, 2003, pág. 230.

caer en excesos que llevan a interpretarlo incluso como una *suerte de seguro del gestor*.

La doctrina, con sustento en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, ha desarrollado las condiciones que determinan la existencia de una alteración del equilibrio económico del contrato, recogidas a continuación:

- i. La presencia de un acontecimiento *perturbador*¹³⁵ durante la ejecución del contrato, que produce efectos que no fueron considerados en dicho contrato de concesión.
- ii. El acontecimiento debe afectar las condiciones económicas del contrato, pudiendo llegar a tornar excesivamente onerosa la prestación, esto quiere decir que no se trata de que el concesionario vea disminuida sus expectativas de ganancia, sino ésta debe ser profunda de tal forma que altere grandemente las condiciones del contrato, pero que no obstante, la prestación puede continuar, es decir que se hace **mucho** más onerosa pero no imposible.
- iii. El acontecimiento perturbador debe ser transitorio, diría más bien superable, caso contrario se trataría de un caso de fuerza mayor que no permitiría continuar con la prestación.
- iv. El concesionario no debe suspender por su cuenta la ejecución del contrato

3.2 El Equilibrio Económico Contractual en la Legislación Ecuatoriana

La legislación ecuatoriana señala como derecho patrimonial del concesionario, mientras esté en vigencia el contrato, el recibir una retribución económica y utilidad por sus inversiones, riesgo y trabajo (ingresos suficientes para satisfacer en valores reales sus costos, recuperar su inversión y obtener una rentabilidad razonable); y, aclara el esquema o ecuación económico - financiero contractualmente establecido deberá ser respetado por ambas partes durante el plazo de su vigencia y **no podrá ser alterado por los poderes**

¹³⁵Denominación tomada de SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de Servicios Públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

públicos en detrimento del concesionario de forma unilateral sin que la entidad concedente compense económicamente dicho perjuicio y sin que ello implique garantía de utilidad para el concesionario.¹³⁶ Alejandro Pérez Hualde, señala al respecto el daño *va más allá de la disminución – aún supresión – del lucro esperado.*¹³⁷

La legislación ecuatoriana a través de dicha norma, ampara al contrato de los actos de la administración, es decir lo protege del IUS VARIANDI y del Hecho del Príncipe, pero establece claramente que el perjuicio debe ser de una magnitud que vaya más allá del afán del concesionario de garantizar altas utilidades.

En el Reglamento de concesiones del sector vial (Decreto 872 R. O. 182, 2-X-2003) se define como equilibrio económico financiero, *“al mantenimiento de las condiciones económicas y financieras acordadas de conformidad a las bases y a la oferta presentada por el concesionario dentro del proceso licitatorio, plasmada en la ecuación económica financiera. Este equilibrio funciona tanto a favor del concedente como del concesionario, y por lo tanto cualquiera de las partes podrá solicitar que se restablezca el equilibrio económico financiero si se presentaren **cambios mayores** en las condiciones económicas del país o por causas imprevistas fuera del control de las partes, que no les fueren imputables”*.

Esta norma por su parte, se refiere claramente a la Teoría de la Imprevisión y ampara, en función del principio *Rebus Sic Stantibus*, a ambas partes contractuales, también se hace alusión a cambios mayores.

En los proyectos para el sector vial se exige que en las ofertas que se presenten se

¹³⁶ Art. 76 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Decreto 2328 (Suplemento del Registro Oficial 581, 2-XII-94) y varias reformas. El paréntesis corresponde al artículo 77 ejusdem,

¹³⁷ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Renegociación de Contratos Públicos*, Colección de Derecho Administrativo, Director: Julio R. Comadira, LEXIS NEXIS Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 2002, p.53.

establezca de manera clara y precisa la ecuación económica financiera, la misma que pasará a ser la base del equilibrio del contrato.

El Art. 79 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (Reglamento a la Ley de Modernización), reconoce que el concedente podrá modificar por razones de interés público, las características de la obra y servicios contratados.

Paradójicamente, hay un reconocimiento del IUS VARIANDI, en tanto que el 249 de la Constitución del 98, lo pone en entredicho, al establecer que *las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración*, lo cual es recogido en la Ley de Modernización. Por lo que, en realidad lo que el legislador no quiere que se altere es el fin de la concesión que está encaminado a satisfacer el **interés general y público**.

El Reglamento General a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, establece que los contratos de concesión en sus términos deben incluir los *principios a aplicarse ante eventuales cambios en la legislación, que afecten la ecuación económica del contrato*.¹³⁸

En el ámbito de las telecomunicaciones, en todos los contratos de concesión otorgados para la prestación del servicio de telefonía fija, se incluyó la siguiente cláusula de garantía de su equilibrio económico:

“CLÁUSULA ... : EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO. *Las partes tienen derecho a que se mantenga la ecuación económico financiera contractualmente pactada, en los términos establecidos en el Artículo setenta y seis del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del*

¹³⁸ Art. 47

Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número quinientos ochenta y uno (N° 581) de dos de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro”.

Los nuevos contratos otorgados a las empresas operadoras del Servicio Móvil Avanzado, no incluyen ninguna referencia al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, no obstante está vigente en el Reglamento a la Ley de Modernización. En todo caso, por más que se pretenda ignorar el mantenimiento de la ecuación económica del contrato, ésta es consustancial a toda delegación de prestación de servicios públicos, pues de lo contrario se estaría poniendo en riesgo dicha prestación. Adicionalmente la Constitución actual, no obstante haber eliminado la sentencia de inalterabilidad de los contratos de concesión, mediante la cesación del IUS VARIANDI, como se interpretó de manera generalizada, *reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas*¹³⁹, incluida la privada, debiendo cumplir su función social y ambiental, así como también proclama que promoverá las inversiones nacionales y extranjeras.¹⁴⁰ Lo que es necesario concienciar es que las protecciones establecidas en la Ley y Constitución, no son única y exclusivamente para salvaguardar las importantes inversiones del sector privado, sino para garantizar que un menoscabo en su patrimonio pueda poner en riesgo el servicio público, cuya peculiar característica es mantener la continuidad en la prestación.

La equivalencia honesta entre las cargas y los beneficios que tiene el contratista o entre lo que se le otorga y lo que se le exige, es lo que se conoce como equilibrio económico del contrato, y es lo que ha calado hondo en el ámbito de las concesiones que realiza un Estado a los particular a partir del fallo de 1910 referido antes. Se van tejiendo

¹³⁹ Art.321

¹⁴⁰ Art. 339

entonces las doctrinas de la compensación por los daños causados, señala así Cassagne “que casi paralelamente a dicha formulación, nacida para corregir el desequilibrio provocado por el ejercicio de la potestas variandi – que habilita a la administración para modificar unilateralmente el contrato-, el Consejo de Estado, frente al cambio de las circunstancias originalmente pactadas, aplicó la cláusula rebús sic stantibus, o teoría de la imprevisión...”¹⁴¹

3.3 Los riesgos contractuales

Araujo-Juárez hace referencia a existencia de riesgos o aleas que son propias de los contratos administrativos y de aquellas que van más allá del riesgo normal que asume un contratista, sosteniendo que “si hay un desequilibrio extraordinario de esos riesgos que asume como cualquier empresario, el Estado entra a participar de esos riesgos que ha asumido el concesionario, en función de garantizar la continuidad del servicio público de que se trate”¹⁴².

De esta manera se habla del *alea administrativa*, al ser la administración la titular de la gestión que puede ejercer actos de dirección y control (ius variandi y el hecho del príncipe), con lo cual podría incidir de manera extraordinaria en la ejecución del contrato, generando alteraciones a la ecuación económico-financiera del mismo, en cuyo caso la Administración asume el pago de compensaciones; así mismo, el contratista considera el *alea económica*, conformada por todos los elementos que rigen la actividad económica en general, que sin embargo cuando incide en la ejecución contractual la alteración de uno de estos elementos provocando una onerosidad excesiva (teoría de la imprevisión), también en función del concepto servicio público, debe la administración proporcionar una ayuda al concesionario que le permita continuar con la prestación, en virtud de que asume por su

¹⁴¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires-Argentina, 2005, pág.129

¹⁴² ARAUJO-JUÁREZ, op.cit. pág. 232

cuenta y riesgo, la prestación de servicio cuyo titular es el Estado, debido a la importancia para la colectividad.

3.4 Teorías de la Compensación

Al producirse una alteración de la ecuación económico financiera, provocada por modificaciones unilaterales a los términos y condiciones del contrato, o por causas externas al contrato, se debe devolver la estabilidad de dicha ecuación, a través de compensaciones, para ello en la doctrina encontramos las técnicas que devienen del ejercicio del *potestas variandi* o *ius variandi*, del hecho del príncipe y de la imprevisión.

3.4.1 Ejercicio del Ius Variandi

Es la modificación unilateral, **directa del contrato**, efectuada de manera legítima por la administración en ejercicio de sus potestades, lo cual no significa que la concesionaria pierda su derecho a recibir la compensación por las consecuencias económicas que se generen por tales actuaciones. La indemnización es integral.

3.4.2 El hecho del Príncipe

Es el acontecimiento que altera las condiciones del contrato, consistente en un **acto legítimo de carácter general que emana de una autoridad pública** que puede ser la misma contratante (teoría restringida adoptada por la jurisprudencia¹⁴³) o pertenecer a la misma jurisdicción, afectando el interés económico del concesionario. Algunos tratadistas consideran que todo acto general sin importar de que autoridad provenga, basta que provenga del alea administrativa configura el *factum principis* (*verbi gracia Cassagne*).

La denominación aunque no con la misma connotación surge en la Europa absolutista.

Para que pueda reclamar la indemnización el contratista, el acto perturbador (medida general) proveniente de la autoridad, debe reunir las siguientes características,

¹⁴³ Fallo Tribunal de Arbitramento citado p.56

según Cassagne:¹⁴⁴

- Ser de índole económica o financiera;
- Causar una excesiva onerosidad sobreviniente;
- Ser imprevista;
- Existencia de nexo causal entre ésta y la afectación a la ecuación económica del contrato; y,
- Existencia de un cierto y especial perjuicio, de tal manera que la afectación al contratista sea más intensa que la que experimentan el resto de aquellos a quienes les es imponible la medida, o más grave que una alteración propia o normal del contrato.

La indemnización puede ser integral, comprende el daño emergente y no necesariamente el lucro cesante.

3.4.3 La teoría de la Imprevisión

La teoría de la imprevisión, trae implícito un mecanismo de compensación por la excesiva onerosidad sobreviniente, en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, que ha sido provocada por un cambio imprevisto producido **en las circunstancias** que constituyeron la base del contrato.

Los orígenes de esta teoría se remonta a la edad media (escuela de los posglosadores) en la que se postula el respeto de la palabra empeñada mientras no se den alteraciones sustanciales en las condiciones pactadas, través de la cláusula **rebuc sic stantibus**.

En el siglo XX, la teoría de la imprevisión nace vinculada a los contratos de concesión de servicios públicos con la finalidad de no alterar el funcionamiento de los

¹⁴⁴ CASSAGNE, op.cit.pág.137

mismos; en el año 1910, en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, en el caso Compañía de Gas de Burdeos, reconoce que el aumento del precio del carbón, producida como efecto de la Primera Guerra Mundial, incidió de tal manera que si no se aprobaba una ayuda económica que le permitiese compensar sus pérdidas, peligraba la prestación de ese servicio público.

Para Marienhoff “*es el medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico-financiera en perjuicio del co-contratante, éste puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder cumplir o seguir cumpliendo sus prestaciones...*”¹⁴⁵.

El acontecimiento perturbador debe ser:

- *Extraordinario*, en cuanto excede sobremanera los cambios que puede considerarse como normales (producto de guerras, crisis económicas, etc.);
- *Sobreviniente*, se presenta luego de haberse celebrado el contrato;
- *Imprevisible*, en tanto resulta que no pudo de ninguna manera preverse que se iba a presentar, lo cual no es inaudito que ocurra cuando se trata de períodos largos de tiempo (en la concesión, generalmente 15 años);
- *Ajeno a la voluntad de las partes*, pues si el concesionario es el causante del acontecimiento, éste no tiene derecho a reclamar por las consecuencias generadas; por otra parte, si es provocado por actos de autoridad se aplica el “hecho del príncipe”, por lo que no obedece a conductas de la autoridad pública concedente;
- Provoca una alteración a la ecuación económica financiera; y,
- No existe suspensión del servicio por parte del contratista.

¹⁴⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. III , 1998, p. 501.

La indemnización consiste en una reparación parcial que excluye el lucro cesante, pudiendo reconocerse ayudas a favor del contratista. En la jurisprudencia, doctrina y en la legislación se reconoce el derecho del Estado para invocar esta teoría.

El Art. 79 del Reglamento a la Ley de Modernización, dispone que en el contrato de concesión, se establecerá la forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar al concedente la revisión del sistema tarifario y de un sistema de reajuste por causa sobreviniente ocasionada en un acto de autoridad. Si no hay acuerdo sobre las compensaciones, se resolverá por la vía del arbitraje. Esto último no puede ser impuesto por la Ley, sino debe ser acordado por las partes, por lo que la exigencia señalada en la Ley de Modernización fue declarada inconstitucional.

No es condición sine qua non que se incorpore en los contratos estos principios, inspiradores de la responsabilidad, para recurrir a ellos.

En estas teorías, se evita el pago de la indemnización con un reajuste de tarifas, aumento o disminución del plazo de la concesión, ayudas, renegociación, etc. La legislación ecuatoriana, señala que cuando se ha modificado los términos contractuales, se deberá revisar en consonancia las tarifas o compensar al concesionario **el daño emergente y el lucro cesante** (reparación integral prevista Art.79 Reglamento Ley de Modernización).

3.3 Análisis de un Caso

En el año 2003 surge un conflicto entre los organismos de regulación y control de las telecomunicaciones de Ecuador y la telefónica XX, por la forma de aplicación de una tarifa popular, el detalle y análisis del caso en mención consta en el Anexo No. 2.

CAPÍTULO IV

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA

4.1 La Confianza Legítima en el derecho comparado.

4.2 Concepto de Confianza Legítima.

4.3 Requisitos para su consolidación.

4.4 El Derecho Transitorio

4.5 La Retroactividad

4.5 La confianza legítima en el derecho nacional (Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva).

En este capítulo abordo el principio de protección de la confianza legítima, debido a que en virtud de la celebración de contratos de concesión entre el estado y los particulares, se generan una serie de relaciones entre estas partes, con la particularidad de que la una parte “la administración” está investida de las potestades de dirección y control, que se manifiestan en actuaciones que pueden ir desde las promesas, informes, hasta la emisión de actos administrativos de carácter general y particular. Otra de las razones radica en que este principio está incluido en normas secundarias como es el ERJAFE, sin embargo ha permanecido oculto, sin que se observe un desarrollo doctrinario, ni jurisprudencial en este país, no obstante estar reconocido expresamente en dicha norma y estar regidos por una Constitución garantista de derechos individuales, colectivos y ambientales, por lo que es necesario abordarlo e intentar un desarrollo, más aún al tratarse de un principio de difícil aplicación que ha generado controversias en la legislación comparada.

El tratamiento de este tema se sustentará en gran medida en el pensamiento de Pedro José Coviello, tratadista argentino, que ha catalogado a la protección de la confianza legítima, como la consecuencia de dos valores: El Estado de Derecho y uno de sus valores derivados, la seguridad jurídica.¹⁴⁶

Este principio nace vinculado al valor seguridad jurídica, siendo éstos (la seguridad jurídica y la confianza legítima) manifestaciones de un Estado que a más de someterse a la norma, se somete a los valores y principios generales del derecho, plasmados en el modelo conocido como Estado de Derecho o los productos de su evolución, - marcada precisamente por la búsqueda imparable de anteponer al hombre y su derecho a una vida digna, ante cualquier otra finalidad- como son el Estado Social de Derecho, el Estado

¹⁴⁶ COVIELLO, Pedro José Jorge, La protección de la Confianza del Administrador: derecho comparado y derecho argentino, Primera Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004. p.342

Social y Democrático de Derecho, o el novedoso Estado Constitucional de Derechos que se está estrenando en el Ecuador. Por mi parte, no considero que el Estado de Derecho sea un valor, sino que son los valores los que dan un determinado carácter, según sean los fines que persigue se incardinan en él.

Jesús González Pérez, cita a Castillo Blanco para sostener que *“este principio aparece dotado de un contenido tendente a sobreponer la seguridad jurídica frente a los cambios repentinos de legislación que no aseguren garantías suficientes de transitoriedad y previsibilidad”*¹⁴⁷.

Garantiza un comportamiento coherente de la Administración Pública, la que debe dar continuidad a sus actuaciones bajo circunstancias similares; y, frente a actuaciones de buena fe, siendo ésta la que *incorpora el valor ético de la confianza*.¹⁴⁸

La confianza legítima aparece muy ligada a instituciones o principios como el de Buena Fe, derechos adquiridos, enriquecimiento sin causa etc.; siendo en todo caso garantía de protección de los derechos del particular, por lo que una de las conclusiones a las que llega Coviello, es que este principio *“busca la protección de aquellas situaciones jurídicas en las que, por aplicación de la doctrina de los actos propios u otros institutos iusadministrativos o procesales, no podía alcanzarse la solución justa del caso”*¹⁴⁹.

Este principio tiene también opositores como el destacado tratadista español Eduardo García de Enterría que ve en él, una forma de atentado contra la movilidad del derecho, siendo ésta parte de su esencia; y la facultad legisladora del Estado; señala así pues que:

“El legislador puede innovar a su arbitrio, salvo los límites que le imponga la

¹⁴⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, Tercera Edición Ampliada, 1999, pág.51.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Op.cit., p.53

¹⁴⁹ COVIELLO, Op.cit., p.276

Constitución, y ésta no protege el sentido de la confianza que grupos de ciudadanos o individualmente éstos puedan haber tenido en el mantenimiento de anteriores Leyes”¹⁵⁰, rescata también las palabras de Thomas Jefferson, de que nada es inalterable, salvo los derechos inherentes e inalienables del hombre.¹⁵¹

El laudo arbitral emitido en la ciudad de Bogotá D.C., por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 17 de febrero de 2009 (COMCEL S.A. y LA NACIÓN --MINISTERIO DE COMUNICACIONES), declara al respecto:

“Por demás, se debe tener en cuenta que cuando hay cambio de reglamentaciones económicas, la aplicación de la Confianza Legítima debe ser interpretada en extremo restrictivamente, porque de lo contrario se generaría la imposibilidad de nuevas reglamentaciones que vayan acordes con los desarrollos tecnológicos.”

4.1 La Confianza Legítima en el derecho comparado

Alemania.- En 1956 se rompe en cierta forma la rigidez del principio de legalidad, para dar paso a la protección de la confianza (Vertrauensschutz), con la sentencia de un Tribunal Administrativo Superior de Berlín, y un año después la confirmación del Tribunal Administrativo Federal, que con efecto ex nunc y ex tunc conceden el derecho a la Viuda de Berlín sobre las pensiones de viudez, a pesar de que accedió a ellas, sin cumplir con todos los requisitos previstos para el efecto, debido a un error de la Administración que provocó su calificación como pensionista.

Con esta sentencia se determina que cuando el ciudadano adquiere un derecho, que considera que al ser otorgado por una autoridad pública goza del carácter de legítimo, ese

¹⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Op. cit. Tomo II, p. 415.

¹⁵¹ Idem.

derecho no puede posteriormente ser retirado por la autoridad, por errores imputables a su generador, sino bajo ciertas condiciones de previsibilidad y transitoriedad.

El Tribunal Constitucional Alemán, establece en sentencia (19.12.1961) que:

*“...los ciudadanos deben estar en condiciones de confiar que sus actos considerados válidos, de acuerdo con el ordenamiento vigente y del que se siguen ciertas consecuencias legales, permanecerán reconocidos como tales...”*¹⁵²

El Tribunal Administrativo Federal alemán, ha ligado este principio, al de seguridad jurídica en el que encuentran un valor que se desprende del Estado de Derecho y del que deriva la confianza legítima, sosteniendo incluso que la seguridad jurídica significa por sobre todo la protección de la confianza legítima.¹⁵³

El Tribunal Constitucional, aborda diferentes aspectos relacionados con la aplicación del principio de la protección de la confianza, como la retroactividad aparente de las normas, la ponderación del interés general perseguido por el legislador, versus el interés particular que protege la confianza legítima, la adopción de medidas de carácter transitorio, etc.; todo lo cual lleva a los estudiosos a concluir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no establece reglas o precedentes de corte general, salvo la que se puede deducir al analizar los casos y es que *cada situación concreta será el resultado del balance y contrapeso de los intereses en juego.*¹⁵⁴

Los remedios en función de la afectación de la confianza legítima se circunscriben a posibilidades que van *“desde superar el obstáculo que ocluye el ejercicio de un derecho, pasando por el otorgamiento de medidas transitorias para permitir que el cambio de situación jurídica no sea traumático, hasta concluir con la indemnización que es la típica*

¹⁵² COVIELLO, Op. cit., p.49

¹⁵³ COVIELLO, Op. cit., p 392

¹⁵⁴ COVIELLO. Op. cit.p.56.

manifestación de responsabilidad estatal”¹⁵⁵

España.- La confianza legítima en el derecho español, se va vislumbrando a partir de la invocación de la buena fe del administrado, para ingresar “*A través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, resaltándose que fue en la S. de 13 de julio de 1965...donde el Tribunal utilizó por primera vez el término ya existente en el Derecho alemán...*”¹⁵⁶, y manifestarse de manera oficial por la sentencia del Tribunal Supremo (1-2-1990), dentro del caso que por una subvención demanda un centro privado de educación al Ministerio respectivo, en la que en su voto uno de los magistrados expresa:

*“En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica, tiene primacía esta última, por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico (...) y que consiste en el ‘principio de protección de la confianza legítima’ que ha de ser aplicado **no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando sobre la base de signos externos producidos por la Administración, lo suficientemente concluyentes para que le induzca razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa.**”*¹⁵⁷

Estos signos externos incluyen desde actos normativos de carácter general, pasando por los de carácter particular, hasta las promesas, informes y prácticas administrativas. La aplicación de la protección de confianza jurídica en España, que generó no solo la limitación de los efectos retroactivos, sino también un sin número de

¹⁵⁵ COVIELLO, Op. cit. p. 78

¹⁵⁶ GONZÁLES PÉREZ, Op.cit. p.48

¹⁵⁷ COVIELLO, Op. cit. p. 192. Este texto lo reproduce también en la página 199, señalando que será repetido en múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo.

indemnizaciones, ha sido tan cuantiosa, que ha impulsado a tratadistas como García de Enterría a sostener que *“la confianza legítima no se puede invocar contra los cambios normativos (excepto la limitación de los efectos retroactivos), y cuando la modificación o cambio legislativo es general e impersonal no corresponde hacer lugar a ninguna indemnización”*.¹⁵⁸ Cabe resaltar que en Alemania se ha limitado la indemnización por actos legislativos.

Se lo incorpora en la Ley 4/1999, como un principio que deben respetar las Administraciones públicas, sin embargo opera también respecto de la actividad del Poder legislativo y Poder judicial, siendo respecto de las modificaciones legislativas, el ámbito donde más se ha aplicado.¹⁵⁹

En Francia no se ha aceptado este principio por considerar que ninguna norma constitucional lo garantiza.

En Argentina, mientras no se introducía el principio de la protección de la Confianza legítima se aplicó la doctrina de los actos propios, cuando podía haber sido más adecuado aquel¹⁶⁰; en efecto en el caso “Arrigoni” (Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, 2-5-1990) – citado por el autor¹⁶¹ - la administración pública efectúa una serie de actuaciones que demuestran una aceptación de la cesión de un crédito contra la provincia, que fue notificada, con la copia de la escritura pública; no obstante, al cancelar el valor de los certificados desconoce la calidad de cesionario por no haberse realizado en instrumento público, la jueza que resolvió este caso consideró que la cesión era válida y estaba aceptada tácitamente por la administración. El concepto de confianza legítima va delineándose, adicionalmente, a través de la aplicación de principios como el de buena fe,

¹⁵⁸ COVIELLO, Op. cit. p. 204

¹⁵⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Op. cit. p. 49

¹⁶⁰ COVIELLO, Op. cit. p. 223

¹⁶¹ COVIELLO, Op. cit. pág. 225-226

la equidad, el enriquecimiento sin causa, etc., y se lo empieza a mencionar en las sentencias ligándolo a la seguridad jurídica; así en el caso “Asociación de Cooperativas Argentinas” (4-6-2002), citado por COVIELLO,¹⁶² dicha Asociación invocó la confianza legítima, debido a que la Administración aduanera realiza una re liquidación de derechos aduaneros, luego de haber sido cancelados, y la sala IV de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., falló a favor del accionante señalando entre otros que “*Seguridad jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima*”.¹⁶³

A través de ella, se puede atenuar las consecuencias *ex tunc*, de los actos nulos y anulables, al ser revocados, cuando el particular o la administración ejecutaron el acto sin conocer la existencia del vicio, o su existencia no es imputable al perjudicado con dicha declaratoria.¹⁶⁴

Una de las consecuencias que genera la resolución que determina que se ha violado la confianza legítima, es el pago de las indemnizaciones, que sin duda se reconocen en los actos normativos de carácter particular, en tanto que en los de carácter general ha seguido una línea vacilante, hasta un fallo pronunciado en 1979, que reconoce la responsabilidad Estatal como “*lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad...*”¹⁶⁵.

También ha ingresado en los ordenamientos jurídicos como el Colombiano, para María José Viana Cleves¹⁶⁶, el principio de confianza legítima pese a que expresamente no se encuentra consagrado en la Constitución Colombiana, emana de ella y puede ser invocado por el particular y garantizado por la autoridad, en tanto y cuanto, su existencia

¹⁶² COVIELLO, Op. cit. p. 232

¹⁶³ COVIELLO, Op. cit. p. 233

¹⁶⁴ COVIELLO, Op. cit. p. 228

¹⁶⁵ COVIELLO, Op. cit. p. 241

¹⁶⁶ Aborda de manera profunda y profesional, el desarrollo de este principio en el ordenamiento jurídico Colombiano en un trabajo de tesis que consta en la siguiente nota.

obedece a la consagración constitucional de la Buena Fe (Art. 83) y a la cláusula del Estado de Derecho, que involucra a su vez al principio de seguridad jurídica¹⁶⁷, por esta razón lo cataloga como un principio constitucional implícito deducible¹⁶⁸. Encuentra esta autora que las manifestaciones jurisprudenciales en Colombia han sido diversas y hasta contradictorias,¹⁶⁹

Comunidad Andina.- El tribunal Andino de Justicia, en muchas de sus sentencias invoca el principio en análisis y el valor seguridad jurídica, para pronunciarse en casos en los que podría haberse vulnerado el principio de irretroactividad de la ley, al establecer:

“Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima, establecen de acuerdo con el principio de irretroactividad, la norma comunitaria sustantiva no surte efectos retroactivos. En consecuencia, las situaciones jurídicas concretas normadas en el ordenamiento jurídico andino se encuentran sometidas a la norma vigente en el tiempo de su constitución. Y si bien la norma comunitaria nueva no es aplicable a las situaciones jurídicas originadas con anterioridad a su entrada en vigencia, procede su aplicación inmediata tanto en algunos de los efectos futuros de la situación jurídica nacida bajo el imperio de la norma anterior, como en materia procedimental...”

La jurisprudencia andina con sustento en la confianza legítima, limita los efectos de la retroactividad de la norma.

4.2 Concepto de Confianza Legítima

Coviello, como corolario de su estudio sobre este principio esboza el siguiente concepto:

¹⁶⁷ VIANA CLEVES, María José, *El principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, septiembre de 2007, p. 107

¹⁶⁸ VIANA CLEVES, Op.cit., p. 158

¹⁶⁹ VIANA CLEVES, Op.cit., p. 160

“la protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones, o informes de autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; de tratarse de un acto o comportamiento válido, su continuidad o permanencia; y en los supuestos de modificación o revocación de actos válidos o de derogación de actos normativos (administrativos o legislativos), en la posibilidad del reconocimiento del derecho a una indemnización”¹⁷⁰

Es un concepto bastante amplio que incluye el origen y naturaleza de este principio, al atarlo a la seguridad jurídica, que es un valor que se encuentra consagrado en la totalidad de constituciones de los Estados de Derecho y cuenta por tanto con sustento constitucional. Dromi así lo considera¹⁷¹, en cambio el tratadista García Enterría para el caso Español, sostiene que las actuaciones legislativas, no puede invocarse este principio, por haberse *“formulado a propósito de la Administración y que el mismo no tiene rango constitucional*

¹⁷⁰ COVIELLO, Op. cit., p. 462.

¹⁷¹ DROMI, Op. cit., p. 1086.

*para imponerse al Legislador”.*¹⁷²

El sujeto de este principio es “*el particular que actúa de Buena Fe*”, habiendo al respecto consenso en la doctrina y jurisprudencia, pues no cualquier persona puede invocarlo, sino quien actúa de buena fe y quien además actúa de manera diligente, es decir una *actuación lógica y sensata, acorde con el grado de madurez y cultura de una persona*¹⁷³.

El objeto que ampara, pues cuando ha existido una cierta indeterminación en la doctrina y la jurisprudencia, respecto de la protección de derechos adquiridos, meras expectativas o expectativas legítimas o razonables, en este concepto el autor deja entrever que se debe proteger las expectativas razonables, pues la mera expectativa no es jurídicamente relevante y eficaz para configurar la confianza legítima. VIANA CLEVES, criterio que comparto, considera de manera expresa y frontal¹⁷⁴ que “*el principio de confianza legítima no es un medio para la protección de derechos adquiridos, pues todo derecho adquirido tiene su propia vía de protección*”¹⁷⁵ siendo únicamente las “*expectativas legítimas...el objeto de protección del principio de confianza legítima*”¹⁷⁶

Esta falta de determinación del objeto de la confianza legítima se aprecia en el laudo arbitral que resuelve la demanda realizada por la empresa operadora del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, al evacuar los argumentos de dicha empresa entre ellos la invocación a la confianza legítima señala que uno de los requisitos, para considerar que se ha violado la confianza legítima, consiste en que se atente contra **derechos adquiridos** y que en el caso sometido a arbitraje no se observa este particular.

¹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Op. cit., Tomo II, p.414

¹⁷³ VIANA CLEVES, Op. cit., 191

¹⁷⁴ Este devaneo tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, entre **expectativas razonables, incluso meras expectativas y derecho adquirido**, constituye un lugar común, que es analizado con mucha solvencia por Viana Cleves como quedo manifiesto.

¹⁷⁵ VIANA CLEVES, Op. cit., 208

¹⁷⁶ VIANA CLEVES, Op. cit., 209

*“En efecto, no se puede aceptar que la imposibilidad de que AVANTEL pudiera operar en el sistema de voz como TMC **hubiera sido un derecho adquirido** en el contrato o en la ley por la hoy demandante. No por el contrato, porque como se ha dicho hasta la saciedad, se preveía la posibilidad de que ingresaran competidores si la tecnología así lo permitiere. No por la normativa, precisamente porque la misma no se puede atar a las situaciones anteriores, como podría ocurrir en el derecho de la -Edad Media donde se aplicaba el *altes Recht bricht jüngerer Recth*, esto es, que el Derecho viejo rompe o invalida el Derecho nuevo. En un Estado democrático y moderno precisamente el principio es el contrario, **salvo que se pudiera invocar una situación de derecho adquirido** que las normas en ningún momento otorgaron en el caso concreto. Y es que se debe observar que, si el principio de la Confianza Legítima es de por sí excepcional en su aplicación, igual tiene que ocurrir cuando se invoca un supuesto derecho adquirido bajo el amparo de tal teoría. Esto es, se debe tratar de un **verdadero derecho adquirido y no de una mera expectativa.**” (he resaltado lo considerado relevante)¹⁷⁷*

En este análisis se descarta la mera expectativa y se exige la presencia de un derecho adquirido vulnerado para invocar este principio, se exige más que una legítima expectativa.

Continuando con el concepto de Coviello, finalmente, se esboza los efectos que

¹⁷⁷ La demandante COMCEL, afirma que desde el principio estaban previstas tres zonas que en cada una de ellas habría dos operadores de celular y un operador de PCS, y en razón de la normatividad, se tenía la **confianza legítima** de que no habría otros competidores, o, de haberlos, debía serlo cumpliendo con las disposiciones vigentes incluyendo un proceso licitatorio, y hasta que esto no sucediera no habría más competencia porque el servicio de trunking por su propia naturaleza, no era ni siquiera considerado como un servicio competidor, pero se modifica la normativa y se permite un esquema de interconexión directa, permitiéndose la prestación de un servicio, con las mismas o similares características esenciales de interconexión, numeración y señalización, que el servicio de telefonía móvil celular prestado por la demandante, lo cual le permite ingresar a un mercado, sin que este hecho haya estado previsto.

produce la aplicación de este principio, mismos que se resumen en:

- Medida correctiva permite al juez convalidar el derecho subjetivo violentado, limitando su anulación para el efecto ex tunc por ejemplo, es decir al futuro y convalidando en el efecto ex nunc.
- Medida compensatoria, cuando no es posible convalidar el derecho el juez establece una indemnización en función de la responsabilidad del Estado.
- Medida preventiva “*se puede exigir del legislador que la norma que dicte establezca un período razonable de transición, que permita a quienes se vean afectados por ella ajustarse a las nuevas regulaciones*”, o también mediante la adopción de medidas tales como las ayudas. Esta toma de acciones debe ser efectiva.¹⁷⁸

De éstos el que más polémica ha causado es el tema de la responsabilidad estatal, esto es, la obligación de indemnizar al particular afectado.

Para que proceda la aplicación del principio de confianza legítima, la doctrina recoge requisitos que deben presentarse, de tal manera que no cualquier cambio normativo sea considerado como atentatorio a dicho principio, pues tal como señala Dromi, “*Ello no viola el principio por el cual ningún particular puede alegar un derecho adquirido a que las leyes permanezcan inmutables en el tiempo, lo que conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico. Por lo cual no cualquier cambio en la legislación debe ser indemnizado*”.¹⁷⁹

4.2 Requisitos para la consolidación de la confianza legítima

Los requisitos que deben concurrir son los siguientes:

4.2.1 Naturaleza del acto generador.- Este acto de la Administración debe generar

¹⁷⁸ DROMI, Op. cit., p. 1087.

¹⁷⁹ DROMI, Op. cit., p. 1087.

“signos externos” que incluso sin necesidad de ser jurídicamente vinculantes, orienten al ciudadano a una determinada conducta. Viana Cleves hace alusión a la “palabra dada”, que debe sustentarse en criterios objetivos y racionales, y adicionalmente posteriores y armónicos, así como también con existencia cierta en el ordenamiento vigente, entre otros¹⁸⁰. Para ilustrar esto último, recurre a la Sentencia T-1224 de 2003, que negó la invocación a la confianza legítima por un desmovilizado de grupos armados por las promesas incumplidas por parte de la administración, respecto de conceder ayudas económicas a miembros de dichos grupos, la imprecisión de las promesas y el que tampoco se encuentren expresadas en una norma, ocasionaron el rechazo.¹⁸¹ La mencionada autora toma otro caso (sentencia del Consejo de Estado, 08.11.2001) para ilustrar la diligencia del sujeto, sin embargo, ejemplifica también esta situación, pues el contratista reclama que se ha violado la confianza legítima porque un funcionario le ofreció de manera verbal la realización de una obra pública, ante lo cual procedió a iniciar su ejecución y solicitar un pago que fue negado por la administración. En este caso el Consejo decidió proteger la confianza legítima, no obstante, en el ordenamiento jurídico no está contemplada de ninguna manera la oralidad en la contratación pública a más de que el actor, siendo contratista debía estar al tanto de este detalle y por tanto puede colegirse que no solo hubo falta de diligencia sino de buena fe, de parte del sujeto; ahora en cuanto a la administración se refiere, la causa debe ser idónea para provocar la confianza legítima del afectado, la cual no podrá generarse por mera negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la administración, en este caso hay negligencia del funcionario que realizó una promesa, sin tener sustento legal pues

¹⁸⁰ Op.cit.p.175

¹⁸¹ Op.cit.p.179

la contratación pública solo de manera excepcional recurre a la contratación directa y en ningún caso a la verbal.

Debe además el acto de la administración, para Viana Cleves palabra dada, reconocer o constituir una situación jurídica individualizada, en cuya perdurabilidad o *mantenimiento por cierto tiempo*¹⁸², se podía confiar, para ello no debe tener la actuación administrativa el carácter de temporal o provisional, sino más bien de indefinido.

Es muy importante también resaltar que un simple cambio en la configuración del derecho no hace nacer la responsabilidad estatal, sino su carácter repentino y la falta de transitoriedad.¹⁸³

4.2.2 **Presencia de legitimidad de la confianza.-** Este acto objetivo, contundente, comprobable, etc., debe provocar en el afectado uno de estos tres tipos de confianza: Que la administración actúa correctamente, que él mismo está actuando lícitamente y que sus **expectativas** como interesado son razonables.

El ciudadano debe actuar de buena fe y de manera diligente, prudente y cuidadosa, porque puede darse el caso de que se induzca a error a la administración. Viana Cleves, señala que debe darse una relación jurídica, es decir que surta efectos en el mundo jurídico.¹⁸⁴

“La confianza que se encuentra cimentada sobre criterios exclusivamente subjetivos y personales, esto es, aquella que está fundada en el simple deseo, en ideas erróneas, en creencias equivocadas, o la que se soporta en comportamientos dolosos o gravemente culposos que distorsionan la realidad...desde ningún punto

¹⁸² DROMI, Op. cit., p. 1087

¹⁸³ COVIELLO, Op. cit., p.202

¹⁸⁴ Op.cit.p.174

de vista puede o debe ser considerada como legítima ” ¹⁸⁵

En este sentido es necesario también que el interesado haya cumplido los deberes y obligaciones que le incumben en el caso.

4.2.3 Ruptura de la confianza y daño producido.- Luego de haber realizado actuaciones que se traducen en signos externos estables y claramente determinados, la administración realiza un acto de manera abrupta, sin tomar para tal efecto ninguna medida de transición, que implica una transgresión a lo establecido, a lo dicho, a lo acostumbrado, ocasionándole de esta manera un daño cierto y cuantificable, en este sentido señala Valbuena, luego del análisis de una jurisprudencia española, *“Como corolario de lo expuesto, no podrá darse protección de la confianza legítima, cuando la defraudación de esta misma sea contingente, es decir, cuando se trate de un desconocimiento meramente hipotético, por tratarse de una simple eventualidad que aún no se ha materializado y cuya concreción puede ser incierta”*¹⁸⁶

4.2.4 Considero además que en la tasación que realice la autoridad para resolver un tema de tal naturaleza, debe considerarse el interés general, por primar sobre el particular.

A continuación me referiré brevemente al Derecho transitorio y a la retroactividad para completar en el análisis de este principio.

4.3 El Derecho Transitorio

El derecho debe dar respuesta ágil a los requerimientos que se presentan en el accionar de la sociedad, que debido a los constantes avances científicos y tecnológicos,

¹⁸⁵ VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel, *La Defraudación de la Confianza Legítima: Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del estado*, Bogotá-Colombia, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, diciembre de 2008., p.165

¹⁸⁶ Op.cit. p.177

demandan de éste una ágil y constante adecuación a las necesidades de los nuevos tiempos; por lo que las autoridades competentes deben realizar frecuentes ajustes a la normativa vigente, sin perder de vista que al cobijo de dichas normas se generaron un sinnúmero de relaciones jurídicas que pueden verse afectadas, causándose daños ciertos a determinadas personas. Por lo señalado a la par que se ha ido reconociendo a la persona como sujeto de derechos y se ha profundizado en la tarea de garantizarlos, se ha hecho indispensable ahora más que nunca, la toma de medidas que permitan a quien se vea afectado por decisiones de los órganos de poder, adaptarse a la nueva circunstancia, ya que en caso de que no sea así, le corresponde al Estado asumir la responsabilidad por el perjuicio causado. Son disposiciones que se incluyen en la norma, para acondicionar la situación jurídica precedente a la nueva normativa, para respetar legítimas expectativas, no declarar la retroactividad absoluta de los preceptos innovadores y evitar perjuicios al administrado, y consecuentemente la responsabilidad de la administración.

Consisten en plazos para que las situaciones anteriores puedan adaptarse a las modificaciones; respetar los actos anteriores aún cuando sus efectos se produzcan luego de promulgada la norma más moderna, configura muchas de las veces la supervivencia del Derecho derogado, generalmente se fija el período de tiempo para tal efecto, dictaminar medidas alternativas, etc.

El Tribunal Constitucional Alemán, señala que *“el legislador debe adoptar las disposiciones transitorias para atenuar la colisión que puede producir el paso de la legislación anterior a la nueva, bien sea a través del mantenimiento por un período limitado de la normativa anterior o mediante el pasaje progresivo de la vieja a la nueva legislación, (...) principio que se aplica a las leyes que no son retro ni retrospectivas pero*

*que ponen fin prematuramente a una legislación dictada por un período determinado...*¹⁸⁷

Al tomar esta medida de incluir normas de carácter transitorio se evita una afectación a la confianza que tiene el particular en que una determinada situación permanezca en el tiempo, es decir se elimina la presencia de un cambio imprevisto y repentino.

4.4 La Retroactividad

La norma en cuanto a su entrada en vigencia puede generar las siguientes posibilidades:

La **aplicación inmediata** que corresponde a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigor y aquel en que es derogada o modificada; **aplicación ultra activa**, es aquella que se aplica a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego que termina su aplicación inmediata, se da a través de disposiciones de carácter transitorio; **aplicación retroactiva** de una norma, es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata; y, **aplicación diferida** de una norma es aquella que se hace cuando la norma expresamente ha señalado que deberá aplicarse en un momento futuro, que empieza a contarse después del momento en que entre en vigencia, aquí también se ve la presencia del derecho transitorio.

En cuanto a la aplicación retroactiva, es necesario distinguir como se presenta, pues la doctrina y jurisprudencia determinan dos formas, **la retroactividad real o verdadera** de la **aparente, falsa o cuasi retroactividad** (llamada también retrospectiva). La primera tiene lugar cuando se afecta a situaciones jurídicas ocurridas en el pasado y causa nulidad; la segunda hace alusión a hechos iniciados en el pasado, pero cuyo efecto continúa en el

¹⁸⁷ COVIELLO, Op.cit., P.55

presente y futuro.

Coviello¹⁸⁸ recoge los supuestos en los que el Tribunal Constitucional Alemán, determina que la retroactividad es válida:

- “a) si el administrado de acuerdo con las circunstancias estuvo en condiciones de prever que la nueva normativa se aplicaría retroactivamente
- b) si a las normas vigentes les faltaba claridad y eran confusas (como para generar confianza)
- c) si se reemplazan normas inválidas por normas retroactivas válidas
- d) si razones de bien común o interés público lo exige”

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en múltiples sentencias ha establecido: *“en principio, y con el fin de asegurar el respeto a las exigencias de seguridad jurídica y de confianza legítima, la norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos; por lo tanto, toda situación jurídica en que deba ser aplicada una norma comunitaria, será regulada por la que se encuentre vigente al momento de haber sido planteada dicha situación, bajo los parámetros por aquélla disciplinados. Sin embargo, no constituye aplicación retroactiva cuando la norma posterior debe ser aplicada inmediatamente para regular los plazos de vigencia y los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de una norma anterior.... En el caso de la norma comunitaria de carácter procesal, ésta se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, a los procedimientos por iniciarse o en curso.”*¹⁸⁹

El Tribunal Andino vemos pues que únicamente reconoce la retroactividad verdadera.

Es necesario al aplicar la protección a la confianza legítima conocer los límites que la

¹⁸⁸ COVIELLO, Op. cit., P. 52

¹⁸⁹ 31-III-2004, Proceso No. 140-IP-2003, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Aplicación del Ordenamiento Jurídico Comunitario en el tiempo.

doctrina, la jurisprudencia, con sustento en el ordenamiento jurídico de cada país, impone al principio de no retroactividad, así en el nuestro, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece principios tales como.

- Prohibición de retroactividad favorable.- No puede emitirse una disposición administrativa con el carácter de retroactiva si ésta establece “*la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.*”¹⁹⁰
- Irretroactividad.- La extinción o reforma de oficio por razones de oportunidad, tendrá lugar cuando exista una causa de orden público que lo justifique, el acto que efectúa tal declaratoria, no tendrá efectos retroactivos.¹⁹¹
- Retroactividad.- La extinción de oficio por razones de legitimidad, determina que cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas al ERJAFE, deberá ser extinguido cuando se encuentre que contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

Los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos con incidencia en las instituciones u órganos sujetos al ERJAFE, también deberán ser extinguidos cuando el acto contenga vicios no convalidables o subsanables.

El acto administrativo que declara la extinción por razones de legitimidad, **tiene efectos retroactivos.**¹⁹²

La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expide el acto o quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella.

¹⁹⁰ Art. 129

¹⁹¹ Art. 91

¹⁹² Art. 93

En este caso debe declararse previamente la lesividad (afección al interés público) cuando afecta derechos subjetivos, es decir se trata de actos declarativos de derechos¹⁹³.

4.5 La confianza legítima en el derecho nacional

(Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva).

“Art. 101.- (Sustituido por el Art. 1 del Decreto Ejecutivo 3389, R.O. 733, 27-XII-2002).- Principios generales.-

1. La Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho.

Igualmente, deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. (...).”

En el Ecuador el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que rige para la formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, en su artículo 101, modificado por el artículo 1 del Decreto Ejecutivo 3389, (R.O. 733, 27-XII-2002), establece entre los Principios Generales que debe observar en sus actuaciones el de **“confianza legítima”**.

Es necesario resaltar el texto del número 2 del artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador, *“sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.”*

No obstante de estar explícitamente incorporado este principio en nuestro

¹⁹³ Art. 97

ordenamiento jurídico no ha habido un desarrollo en la doctrina, y en la jurisprudencia es casi nula su invocación.

En algunos casos se hace alusión a la confianza sin una definición de principio de derecho, sino más bien como una manifestación del valor seguridad jurídica. Dicho análisis consta en el Anexo No. 3.

CONCLUSIONES:

- El derecho no es un conjunto de normas muertas y neutras, el derecho refleja los valores, intereses, conductas y necesidades que emanan del individuo que interactúa en un entorno social determinado, que buscan su eficacia a través de valores, fines, principios; por lo que la teoría tridimensional del derecho permite una comprensión y aplicación adecuada del derecho, debido a la visión integral, dinámica y dialéctica, con que lo aborda su carácter normativo, fáctico y axiológico.
- La Seguridad Jurídica es un valor fundamental, que tiene plena vigencia en la actualidad, en sus dos dimensiones, la clásica y formal / moderna y racional, no obstante ha superado la primera que es la parte formal de su manifestación, para arribar a una seguridad jurídica fundada además en la realización de los valores para cada hecho o caso en particular, la seguridad surge de la confianza en que me desenvuelvo en un ambiente de justicia, en el que todo el orden busca la realización del bien común, y que cuando hay una ruptura de este fin al que camina la sociedad y el Estado, sus autoridades serán lo suficientemente justas e idóneas para resolver de manera motivada el conflicto presentado.
- Los cambios deben realizarse en función del interés general, de tal manera que no se ponga en riesgo el servicio público, ni se atente contra el particular, para lo cual

se tomarán medidas en cuanto a la vigencia de la norma, como su aplicación diferida o políticas públicas, por ejemplo; y, en caso de que una modificación de la norma afecte intereses particulares, de tal forma que se rompa la ecuación económica, es decir la equivalencia honesta entre prestaciones, la autoridad competente, debe asumir el pago de compensaciones, para lo cual el afectado cuenta con una serie de mecanismos para reclamar la reposición del daño.

- Los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones incluyen cláusulas que desconocen el IUS VARIANDI, y los contratos para la prestación del servicio móvil avanzado, que incluye la prestación del servicio telefónico, suscrito el uno antes de la vigencia de la nueva constitución y el otro después, pese a ser de naturaleza administrativa, conservan cláusulas que restringen el ejercicio del potestas variandi, aún cuando ya no consta en la Carta Fundamental que sus términos y condiciones no podrán ser modificados por normas posteriores, negocian más allá de los términos económicos, para introducir conceptos que además fraccionan el ordenamiento jurídico.
- En cuanto al principio de confianza legítima, éste se encuentra implícitamente incorporado en la Constitución que es garantista de derechos y explícitamente incorporado en la norma que rige los actos de la administración pública, sin embargo, los actores en la aplicación de justicia y administrados prácticamente han ignorado su presencia, lo cual se debe a que consta de manera declarativa, sin que se haya hecho un desarrollo en la norma, de cómo y cuándo se lo invoca. En general este es un principio que está presente para reforzar el sistema de garantías que buscan dar protección al administrado ante el ejercicio de la potestad legislativa, del Ius Variandi o de la discrecionalidad de la administración, por lo

que debe ser valorado por ser de las manifestaciones del Estado moderno, en la que el hombre y sus derechos es su protagonista. No debe ser rechazado, por las legislaciones por el mero hecho de generar responsabilidades a la administración, la cual si en sus actuaciones, se ciñe al respeto de los derechos protegidos, no enfrentará demandas de naturaleza indemnizatoria.

- También es importante que quien hace uso de este tipo de principios los invoque adecuadamente pues muchas de las veces pierden prestigio y credibilidad por un abuso que los ubica en un plano de simples invocaciones acomodaticias, ante la falta de argumentos contundentes de reclamación, una definición detallada en la norma respecto de éste principio sería de gran ayuda también para este respecto.

5. BIBLIOGRAFIA Y FUENTES DE CONSULTA

- ARAUJO JUÁREZ, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Caracas-Venezuela, Vadell hermanos editores, 2003.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Colombia, 2003.
- BADELL MADRID, Rafael, et al, *Contratos Administrativos*, Cuadernos Jurídicos Badell&Grau, Número 5, Caracas, 1999
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, 26ava. Edición, Buenos Aires-Argentina, 1998.
- CASAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires-Argentina, 2005.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Bases para el Derecho Constitucional*, www.jurídicos.unam.mx.
- COVIELLO, Pedro José Jorge, *La Protección de la Confianza del Administrado*, Colección Derecho Administrativo, Director Julio R. Comadira, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- CHILLÓN MEDINA, José María, *Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información*, Medina, 1ra. Edición, Santo Domingo-República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004. 550 p.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan, “*Teoría de la Regulación y Derecho Público*”, Ponencia II Congreso de ASIER, Montevideo 2006.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La Recepción de la Filosofía de los Valores en la Filosofía del Derecho* [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

- UNAM, Primera Edición, 2005, [citado 10-05-2008], Formato PDF, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1638>, ISBN 970-32-2554-3.
- DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Argentina, México y Madrid, Editorial Ciudad Argentina- Hispania Libros, Undécima Edición, 2006.
- DROMI, Roberto, *Telecomunicaciones: interconexión y convergencia tecnológica*”, Buenos Aires, Madrid, Mexico, Primera Edición, Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, 2008.
- ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván, *Hacia un Nuevo Concepto de Seguridad Jurídica a la Luz de los Valores Consagrados por la Constitución Nacional de 1991*, Nueva Interpretación Constitucional, Medellín-Colombia, Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquía, Biblioteca Jurídica Diké 1997
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, TOMO I, Civitas Ediciones S.L., Duodécima Edición, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., Thomson Civitas. Primera Edición 1999, reimpresión 2000 y 2006.
- GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, Décima Quinta Edición, México 2005.
- GARCÍA SARMIENTO, Jorge, *Concesión de Servicios Públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho, la Teoría Trialística del Mundo Jurídico y sus Horizontes*”, Buenos Aires, Ediciones del Palma, Cuarta Edición, 1973. p.31
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Juan José, *Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo*, <http://noticias.juridicas.com> *Leggio, Contenidos y Aplicaciones Informáticas*, S.L., abril de 2005.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México 2004.
- HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel, *Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*, EDINO, Guayaquil-Ecuador, 2004.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. III A, 1998.
- MASCITI, Matías, *Aporte Trialista para la Integración de la Axiología Dikelógica y la Literatura*, www.centrodefilosofia.org.ar / Investigación y Docencia N° 38.
- ORTIZ CABALLERO, Jesús, *Algunas consideraciones fundamentales sobre los contratos administrativos*, *RÉGIMEN LEGAL DE LAS CONCESIONES PÚBLICAS: ASPECTOS JURÍDICOS, ECONÓMICOS Y TÉCNICOS*, Venezuela, Colección Textos Legislativos No. 21, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2000.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y DROMI, Roberto, *Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Renegociación de Contratos Públicos*, Colección de Derecho Administrativo, Director: Julio R. Comadira, Buenos Aires-Argentina, LEXIS NEXIS Abeledo-Perrot, 2002.

- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Tercera Edición, Editorial JUS, 1960.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Madrid, Buenos Aires, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, Cuarta Edición, 1974
- REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, Madrid, Editorial TECNOS S.A., 1997.
- RIOFRIO, Juan Carlos, *El contenido esencial del derecho fundamental a la Seguridad Jurídica*, Quito-Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- ROMERO, Francisco, et al, *Aristóteles. Obras Filosóficas. Metafísica-Ética-Política-Poética*, México, W.M.Jackson, Inc., Sexta edición, 1973.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, abril de 2007
- VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel, *La Defraudación de la Confianza Legítima: Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del estado*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, diciembre de 2008.
- VIANA CLEVES, María José, *El principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, septiembre de 2007.
- WILHELMI, Marco Aparicio, *Derechos: Enunciación y Principios de Aplicación, Desafíos constitucionales, La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, 2008.

ANEXO 1

Evolución en el Ecuador de la prestación de servicios finales de telecomunicaciones mediante delegación

2.4.1 Primera Etapa: Estatismo

Se inicia el 9 de julio de 1884, fecha en la que se transmitió por primera vez un mensaje telegráfico entre Quito y Guayaquil por vía alámbrica, como el punto de partida en su evolución histórica, en esta etapa el Estado asume el control, la regulación y operación de dicha prestación.

Esta etapa está regida por seis Constituciones¹⁹⁴ las cuales no incluyen el tema de servicios públicos. La Constitución de 1945, que tuvo un año de vigencia, se remite a las concesiones únicamente para lo que son recursos naturales. Desde la segunda Constitución Liberal de 1906 se consagra el secreto a las comunicaciones como derecho fundamental, refiriéndose a la no violación de la correspondencia telegráfica, en 1945 se incluye la telefónica, para luego abrir paso a cualquier forma de correspondencia.

La Constitución de 1967, dedica un título a asuntos económicos, se estimula la empresa privada e inversión extranjera, se pronuncia en contra de la competencia desleal, abuso de posición en el mercado y el monopolio¹⁹⁵. Sin definir servicios públicos señala que las obras y servicios públicos nacionales, provinciales y cantonales serán atendidos respectivamente por el Estado, por el Consejo Provincial y por el Concejo Municipal¹⁹⁶.

2.4.2 Segunda Etapa: Modernización y Privatización

Básicamente los avances tecnológicos determinan que la actividad de las telecomunicaciones sea competitiva, este particular se refleja en los cambios normativos que se imprimen en el sector que tiende hacia la privatización y apertura, rige para esta

¹⁹⁴ La décima primera Carta Política y primera liberal de 1897, la de 1906, 1929, 1945, 1946 y 1967.

¹⁹⁵ Artículos. 59, 89, 90 y 93

¹⁹⁶ Artículo 246.

etapa la Primera Codificación de la Constitución de 1979¹⁹⁷ - Ley No. 25, Registro Oficial 183- realizada el 5 de mayo de 93 que establece cuatro sectores básicos de la economía, en los que el sector público está compuesto por las empresas de propiedad exclusiva del Estado y en el que determina la existencia de áreas de explotación económica reservadas del Estado, entre las que se encuentran: los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y **telecomunicaciones**. En su Artículo 46 faculta al Estado a **delegar excepcionalmente** a la iniciativa privada el ejercicio actividades económicas reservadas como las telecomunicaciones, en los casos que la ley establezca.¹⁹⁸

En materia de telecomunicaciones, está vigente la Ley 184 -Registro Oficial 996, 10-VIII-1992- “Ley Especial de Telecomunicaciones”, desaparece IETEL y con él la concentración de funciones en un solo ente, al crearse la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (EMETEL), para explotar los servicios finales y portadores y un Organismo para la administración, control y regulación, la Superintendencia de Telecomunicaciones, su artículo 8 define cuales son los servicios de telecomunicaciones, servicios finales (telefonía) y portadores; y, en su artículo 9 “Autorizaciones” determina que: *“el Estado regulará, vigilará y contratará los servicios de telecomunicaciones en el País”*.

El 26 de agosto de 1993, el estado ecuatoriano a través de la Superintendencia de Telecomunicaciones, suscribe el primer contrato que **autoriza** a la empresa CONECEL

¹⁹⁷ Constitución codificada cuatro veces.

¹⁹⁸ Constitución 1979, R.O. 800 de 27 de marzo de 1979: “**Art. 46.-** La economía ecuatoriana funciona a través de cuatro sectores básicos: 1. el sector público, compuesto por las empresas de propiedad exclusiva del Estado.

*Son áreas de explotación económica reservadas al Estado: a) los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo y todos los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo; b) los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y **telecomunicaciones**; c) las empresas estratégicas definidas por la ley. El Estado ejerce sus actividades en las ramas empresariales o actividades económicas que, por su trascendencia o magnitud, puedan tener decisoria influencia económica o política y se haga necesario orientarlas hacia el interés social.*

El Estado, excepcionalmente, puede delegar a la iniciativa privada el ejercicio de cualesquiera de las actividades económicas antes mencionadas, en los casos que la ley establezca.”

S.A. la explotación de una actividad reservada - al Estado - como es la telefonía bajo la modalidad móvil celular, la que no estaba siendo prestada hasta ese entonces. Posteriormente, ese mismo año, se firma un nuevo contrato de este tipo con la empresa OTECEL S.A., el 29 de noviembre de 1993.

El proceso de trasladar las actividades económicas al sector privado continúa como una medida para superar la crisis económica, manifiesta desde inicios de la década de los ochenta, ocasionada por los procesos de ajuste que inciden en la economía de los ecuatorianos. A través de un mecanismo de privatización y concesión de servicios, emprende el denominado *proceso de modernización*, que tiene como fin *atenuar las cargas económicas que soporta el Presupuesto General del Estado y contar con recursos financieros que permitan atender las demandas de los sectores sociales más postergados*¹⁹⁹, para la regulación de este proceso se adopta Ley No. 50 - RO/ 349- el 31 de diciembre de 1993, “Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada” (o Ley de Modernización para abreviar) que establece: “*El proceso de modernización del Estado tiene por objeto incrementar los niveles de eficiencia, agilidad y productividad en la administración de las funciones que tiene a su cargo el Estado; así como promover, facilitar y fortalecer la participación del sector privado y de los sectores comunitarios o de autogestión en las áreas de explotación económica*”, es decir que el estado se repliega a las tareas propias de la administración pública que debe desempeñarse con racionalización y eficiencia y de manera descentralizada, la desconcentración y la simplificación; y, la empresa privada asume las actividades económicas que estaban en manos de éste, en libre competencia, al igual que aquellas que eventualmente reciba por delegación.

La prestación de servicios finales, telefonía fija, está a cargo del Estado, por lo que

¹⁹⁹ Considerando de la Ley de Modernización del Estado

con miras a la enajenación de esta infraestructura y la concesión de este servicio, se introduce una serie de reformas en la legislación, para lo cual entre otros se prevé que las actividades que de conformidad con la Constitución vigente son reservadas al Estado, puedan ser delegadas a la iniciativa privada²⁰⁰ por excepción, mediante el otorgamiento de *concesiones*²⁰¹, proclamando también una etapa de transición consistente en un período de exclusividad regulada²⁰².

La Ley de Modernización en su Art. 46 detalla las cláusulas que necesariamente deben contener los contratos de concesión: a) Las razones que han motivado su otorgamiento; la naturaleza del servicio que se contrate, con indicación de si se lo hará de manera exclusiva o complementaria a la que realiza el Estado; y, el ámbito geográfico: cantonal, provincial, regional o nacional en el cual se lo realizará; b) El tiempo durante el cual el contratista tendrá el derecho y obligación de prestar el servicio; c) El esquema de retribución del contratista; ch) Las obligaciones específicas de la contratista primordialmente la de ejecutar y mantener el servicio a su cargo, en forma regular, continua, eficiente e ininterrumpida, realizando las inversiones necesarias, velando permanentemente por el interés general. Para ello, la entidad contratante tendrá el derecho de solicitar cuando lo considere necesario un informe detallado de las labores del contratista; d) El derecho del Estado a calificar las tecnologías a utilizarse cuidando que no afecten el medio ambiente y a supervigilar el cumplimiento de las obligaciones de la contratista en todo momento; e) Las sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista; f) La garantía que deberá rendir el contratista a la firma del

²⁰⁰ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, R.O. No. 349 de 31 de diciembre de 1993, LEXIS S.A. - Silec, Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana, consulta 27 de Mayo de 2008. (Art. 42)

²⁰¹ Una de las modalidades previstas en el literal c) del Art. 43 de la ley citada: “*c) Concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo;...*”

²⁰² Idem (Art. 47)

contrato a satisfacción del Estado, para avalar el cumplimiento de sus obligaciones; g) La contratación de seguros para salvaguardar los bienes del Estado; h) El derecho del Estado a declarar terminado el contrato si el contratista hubiere incurrido en alguno de los casos mencionados en los literales a), b) o c) del artículo 6 de esta Ley²⁰³, así como si incumpliere, grave y reiteradamente sus obligaciones. Previa esta declaratoria el Estado notificará al contratista para que en un plazo no mayor a sesenta días, a partir de la fecha de notificación, cumpla con las obligaciones o desvanezca los cargos formulados; e, i) El procedimiento para establecer los pliegos tarifarios en los casos de servicios para la ciudadanía.

En el año de 1995 se producen reformas a la Ley Especial de Telecomunicaciones, permitiéndose la delegación de la explotación de los servicios de telecomunicaciones al sector privado mediante concesiones, preparando la transformación de EMETEL en una compañía anónima para su privatización y estableciendo claramente las competencias de los organismos de regulación, administración y control, Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL; Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, SENATEL y Superintendencia de Telecomunicaciones, SUPTEL respectivamente.

Por otra parte, se decidió²⁰⁴ escindir a EMETEL S.A. en dos sociedades anónimas, ANDINATEL S.A. Y PACIFICTEL S.A. y suscribir las correspondientes escrituras públicas, a fin de facilitar la subasta del 35% de sus acciones, la misma que fue declarada

²⁰³ Art. 6.- De acuerdo a lo establecido en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República, y sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, podrá delegarse a la iniciativa privada por excepción mediante concesión, el ejercicio de las siguientes actividades:

(...) 3) Los servicios de telecomunicaciones; y;

(...) Esta delegación podrá hacerse en los casos en que dichas actividades se encuentren en uno o más de las siguientes circunstancias: a) Cuando la administración de las citadas actividades económicas tengan un impacto negativo en el presupuesto del sector público; b) Cuando el ejercicio de dichas actividades económicas o servicios públicos acusen un retraso tecnológico tal que impida un acelerado desarrollo económico y social del país; c) Cuando el nivel de los gastos de inversión de las entidades que han asumido las citadas actividades económicas o la prestación de servicios esté por debajo del treinta por ciento de su presupuesto; ch) Cuando la posición financiera de dichas entidades determine la incapacidad de acometer de manera autosuficiente un proceso de inversiones necesarias para cumplir con sus objetivos.

²⁰⁴ Junta General de Accionistas reunida el 25 de septiembre de 1997.

desierta en dos ocasiones (1997-1998), por lo que estas empresas continuaron hasta el 2008 prestando estos servicios.

Los contratos otorgados a las operadoras del servicio de telefonía móvil celular, son revisados nuevamente con el propósito de cambiar la forma de pago periódica de los derechos de concesión, a un solo pago traído a valor presente²⁰⁵ a fines del 96 y comienzos del 97. Desde entonces se han celebrado una serie de adendas para ampliar cobertura, sin revisar sus términos y condiciones para adaptarlas a las numerosas normas que se emitieron a posteriori.

El Reglamento para la prestación de servicios de telefonía celular se modifica partiendo de la Constitución Política de la República adoptada el 10 de agosto de 1998;²⁰⁶ y, todo el paquete de reformas a la Ley Especial de Telecomunicaciones, la adopción de un nuevo Reglamento General y demás reglamentos que marcan la etapa de promoción del libre mercado.

Por otra parte, a fines de 1997 se suscriben los primeros contratos de concesión para la prestación de servicios de telefonía fija y portadores con las empresas ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A. en régimen de exclusividad regulada por el término de 5 años. Sus términos y condiciones son revisados en 11 de abril de 2001, para concluir la exclusividad regulada y ampliar el área de concesión. El 16 de octubre de 2003 se suscribe un Adenda con el objeto de adaptar la prestación del servicio de la empresa ANDINATEL S.A. a la normativa vigente, igual ocurre con PACIFICTEL S.A.. Es preciso señalar también que en el cantón Cuenca la operadora de servicios de telecomunicaciones

²⁰⁵ OTECEL, suscribe la escritura ratificatoria, modificatoria y codificatoria del 19 de diciembre de 1996. CONECEL suscribe igual documento el 2 de mayo de 1997.

²⁰⁶ El Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular expedido por el CONATEL, mediante Resolución 107-23-CONATEL-96, publicada en el Registro Oficial No. 44 de octubre 11 de 1996, es derogado por el Reglamento adoptado el 24 de agosto de 1998, mediante Resolución de Conatel No. 421-27. Este nuevo Reglamento que deroga al anterior paradójicamente nunca tuvo vigencia, debido a que es posterior a la firma de los Contratos de Concesión y al vencer el plazo de estos contratos, las nuevas concesiones son para SMA, servicio regulado por otro Reglamento.

es la empresa municipal ETAPA, que realiza la prestación del servicio bajo un régimen especial.²⁰⁷

La Constitución Política del Ecuador de 1998 consagra que la provisión de **servicios públicos** entre los que señala las telecomunicaciones son de responsabilidad del Estado, **pudiendo prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas**, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Señala además que las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones²⁰⁸.

Proclama esta Constitución una economía social de mercado - que se venía vislumbrando ya con la Constitución predecesora (1979), que proclama una economía de mercado con eficiencia y justicia social- promueve la libre competencia y la erradicación de los monopolios.

2.4.3 Tercera Etapa: El Libre Mercado

La legislación secundaria es revisada a través de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial número treinta y cuatro de trece de marzo de dos mil (13.03.00), que contiene un paquete de reformas.

En lo que a la Ley de Telecomunicaciones se refiere, las reformas introducen el régimen de Libre Competencia para todos los servicios de telecomunicaciones, en consecuencia dentro de este nuevo esquema entre lo más destacado: se crea el Fondo para el Desarrollo de las Telecomunicaciones (FODETEL), para promover el acceso de las áreas rurales y urbano-marginales y se emite la respectiva normativa; se adopta el

²⁰⁷ El Art. 38 de la LET, reconoce a favor de la I. Municipalidad del cantón Cuenca, provincia del Azuay, la titularidad del servicio público de telecomunicaciones, para operar en conexión con el resto del país y el extranjero, pudiendo prestar servicios en forma directa o a través de concesiones.

²⁰⁸ CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, R.O.1, DL 000, 11/AGO/1998

Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, mediante Decreto Ejecutivo 1790 de 23 de agosto del 2001, publicado en el Registro Oficial 404 de 4 de septiembre del 2001; y, el Reglamento para Otorgar Concesiones de los Servicios de Telecomunicaciones, expedido por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, mediante Resolución No. 469-19-CONATEL-2001 de 20 de noviembre del 2001, publicado en el Registro Oficial No. 480 de 24 de diciembre del 2001.

El Art. 6²⁰⁹ de la Ley de Modernización amplía la facultad de Delegación del Estado, se elimina los condicionamientos inicialmente planteados; asimismo el Art. 46 elimina el detalle de las cláusulas necesarias inicialmente incorporado y acorde con la Constitución Política del Estado, determina de manera general que los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los **intereses de los usuarios y la preservación del ambiente**. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. Las condiciones contractuales acordadas entre las partes – establece- no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración.

De esta manera se anula en los contratos de delegación otorgados por el estado, mediante proclama constitucional y por ende en la normativa secundaria, la potestad modificatoria no solo de la administración, sino también del legislador, característica típica

²⁰⁹ Ley de Modernización: “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 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.*”

de los contratos administrativos, reconocida en razón de su responsabilidad de garantizar el interés general. En el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (Reglamento a la Ley de Modernización), se incluye que el esquema o ecuación económico - financiero contractualmente establecido deberá ser respetado por ambas partes durante el plazo de su vigencia y no podrá ser alterado por los poderes públicos en detrimento del concesionario de forma unilateral sin que la entidad concedente compense económicamente dicho perjuicio y sin que ello implique garantía de utilidad para el concesionario. (Art.76)

El ingreso de nuevos operadores al sector se inicia a mediados del año 2002, a continuación un breve recuento del particular:

Las primeras empresas de capital privado en ingresar al mercado de telefonía fija son **SETEL S.A.** y **ECUADORTELECOM S.A.**, declaradas ganadoras del concurso realizado para tal efecto por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, mediante Resolución No. 402-19-CONATEL-2002 de 24 de Julio del 2002; en virtud de lo cual, en esa misma fecha se otorgan mediante Resolución No. 403-19-CONATEL-2002 las autorizaciones para la suscripción de los respectivos contratos de concesión, que para el caso de **SETEL S.A.** se efectúa el 26 de agosto de 2002; y, con **ECUADORTELECOM S.A.**, el 15 de octubre de 2002.

El Contrato de Concesión del Servicio Final de Telefonía Fija Local con **LINKOTEL S.A.**, se suscribe el 30 de diciembre de 2002, la autorización es emitida por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en la Resolución No. 561-35- CONATEL-2002 de 3 de diciembre de 2002.

Mediante Resolución No. 704-26-CONATEL-2003 de fecha 31 de octubre del

2003, se autoriza a la SENATEL, la suscripción del contrato de concesión con **ETAPATELECOM S.A.**, lo cual se realiza el 3 de noviembre de 2003.

La Resolución que autoriza el ingreso de IMPSATEL S.A., hoy **GLOBALCROSSING S.A.**, es la No. 152-05-CONATEL-2005 de primero de marzo de 2005; suscribiéndose el contrato de concesión respectivo el 14 de diciembre de 2006.

El contrato de concesión con el **GRUPO CORIPAR S.A.**, se suscribe el 25 de enero de 2007, previa autorización emitida por el Consejo, mediante Resolución No. 003-001-CONATEL-2007 de 4 de enero de 2007.

TELECSA S.A., con capital accionario de ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., obtiene la concesión conferida por el Estado Ecuatoriano mediante escritura pública celebrada el 3 de abril de 2003, para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, que surge frente a los avances tecnológicos que permiten mejores y más aplicaciones, productos y servicios.

2.4.4 Nuevo Escenario

En la Constitución adoptada mediante el referéndum realizado el 28 de septiembre de 2008, se cataloga a las Telecomunicaciones como un sector estratégico y como un servicio público de titularidad del Estado, que **puede ser delegado a la empresa privada únicamente de manera excepcional** y que será gestionado por empresas públicas o mixtas con capital accionario mayoritario del estado²¹⁰, es un régimen similar al proclamado para el sector en la Constitución de 1979.²¹¹

²¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 315 y 316.

²¹¹ IBIDEM. Art. 314.-El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

En el aspecto económico proclama una economía social y solidaria de mercado²¹², en el que se impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad.²¹³

Esta Constitución retoma la intervención del estado en las actividades económicas. En armonía con la naturaleza, buscar el bienestar del ser humano al que reconoce como sujeto y fin. No es posible vislumbrar el tema de la competencia, aunque en diferentes pasajes de la Constitución se declara que se evitará los monopolios y se garantiza una sana competencia, lo claro es que el libre mercado ya no es un fin en sí mismo.

Las sociedades anónimas ANDINATEL y PACIFICTEL, el 30 de octubre de 2008²¹⁴, se fusionan y dan vida a una nueva empresa la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S.A., la misma que se ha previsto se transforme posteriormente en una empresa pública.²¹⁵

²¹² IBIDEM. Art. 283.-El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el bien vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

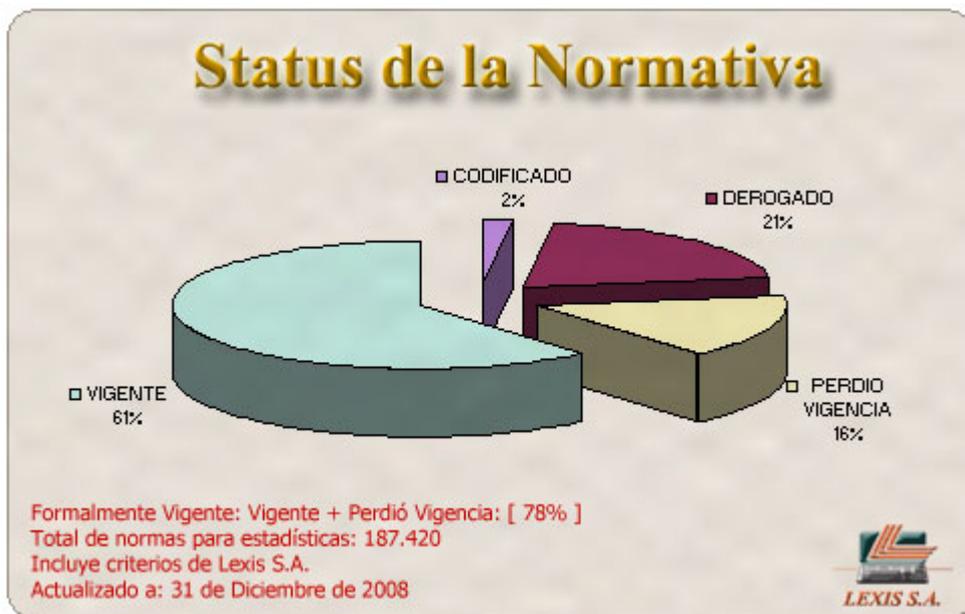
²¹³ IBIDEM. Art. 336.

²¹⁴ Fecha de inscripción en el Registro Mercantil.

²¹⁵ Se está discutiendo por parte del órgano legislativo la Ley de Empresas Públicas, una vez emitida la cual se producirá la transformación nuevamente de esta empresa.

ANEXO

ESTADÍSTICAS DE LA NORMATIVA EXPEDIDA ANUALMENTE



ANEXO 2

Análisis de un Caso

1. Antecedentes

- En el año 2003 surge un conflicto entre los organismos de regulación y control de las telecomunicaciones de Ecuador y la telefónica XX, por la forma de aplicación de una tarifa popular, que tiene sustento legal en el Art. 20 de la Ley Especial de Telecomunicaciones; y trata básicamente de categorizar a los abonados ubicados en ciertas zonas del país que tengan escalas de bajo consumo del servicio de telefonía fija, en un grupo beneficiario de un subsidio denominado Categoría “A”; y, de recategorizarlos de manera semestral, todo lo cual se reglamenta en la Resolución a la que denominaremos **001**.
- El organismo de control al no estar de acuerdo con el mecanismo de categorización y recategorización implementado por la empresa XX, emite varias resoluciones sancionatorias.
- El regulador por su parte emite las Resoluciones **002** y **003**, con el fin de aclarar lo establecido en la Resolución No. 001.
- La Resolución 002 incluye una palabra para aclarar la Res. 001 en cuanto a la categorización de abonados; y la Resolución 003 incluye un procedimiento de aplicación de la recategorización semestral.
- La telefónica XX propone una demanda arbitral en contra del Estado ecuatoriano representado por el Secretario Nacional de Telecomunicaciones, con quien suscribió el contrato de concesión otorgado.

2. Pretensiones de la Demanda

Se condene al Estado ecuatoriano representado por la Secretaría Nacional de

Telecomunicaciones, entre otros:

- *Al fiel cumplimiento del Contrato de Concesión vigente*
- *Al pago del daño emergente sufrido como efecto de la promulgación de las Res. 002 y 003*
- *Al pago del lucro cesante sufrido como efecto de la promulgación de las Res. 002 y 003*

3. Argumentos de las partes que trabaron la litis relevantes para este análisis

- **Argumentos de la demanda:**

Modificación unilateral del contrato de concesión.- XX afirma que durante la vigencia del Contrato de Concesión suscrito en diciembre de 1997, las condiciones para categorización y recategorización de abonados estaban contenidas en la Resolución 001 publicada en el R.O. antes de diciembre de 1997, misma que expresamente formó parte integrante de dicho Contrato de Concesión, más aún si, en la modificación del 2001 se incorpora a su texto, el artículo siete regla dieciocho del Código Civil que manda que todas las disposiciones legales, reglamentarias y más normas jurídicas vigentes a la fecha de celebración del contrato se entienden incorporadas a éste; por lo que añade la actora que las disposiciones legales y reglamentarias expedidas con posterioridad al Contrato, han alterado unilateralmente, en dos ocasiones dicho Contrato: La primera modificación unilateral del contrato, ocurrió con la expedición de la Resolución 002 que incorpora una palabra que altera la forma de categorizar, promulgada en el Registro Oficial de octubre de 2003; y, la segunda modificación unilateral de la concesión, se habría producido por la expedición de la Resolución 003 publicada en el Registro Oficial de diciembre de 2004 porque dicha Resolución introdujo fórmulas de cálculo para recategorizar a los abonados.

Prohibición constitucional y legal de modificaciones contractuales unilaterales.-

señala la demanda que el contrato es ley para las partes y no puede ser modificado, sino por consentimiento mutuo de conformidad con el Art. 1588 del Código Civil; que el Art. 46 de la Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, prohíbe la modificación unilateral de los contratos mediante leyes u otras disposiciones de carácter general; que el Art. 249 de la Constitución Política de la República, expresamente reconocido en el Contrato de Concesión señala que las condiciones contractuales de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

Existencia de daños y perjuicios.- Las modificaciones unilaterales del contrato de concesión por parte del Estado ecuatoriano le han provocado daños y perjuicios.

*** Excepciones del demandado.-** El demandado fundamentó su negativa (i) en el numeral 3 del Art. 10 de la Ley Especial de Telecomunicaciones que señala que es competencia del Regulador aprobar los pliegos tarifarios de los servicios de telecomunicaciones abiertos a la correspondencia pública, (ii) en el primer inciso del artículo 20 de la Ley Especial de Telecomunicaciones que dispone lo siguiente *“Tarifas populares.- En los pliegos tarifarios correspondientes se establecerán las tarifas especiales o diferenciadas para el servicio residencial popular, marginal y rural, orientales, de Galápagos y fronterizas, en función de escalas de bajo consumo”*; (iii) en el Art. 21 de la mencionada Ley Especial que ratifica que los pliegos tarifarios para cada uno de los servicios de telecomunicaciones serán establecidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones y que *“bajo ningún concepto el Estado garantizará la rentabilidad de las empresas, ni otorgará ninguna garantía especial, salvo las determinadas en la ley”*;

La empresa XX debe establecer “*cuánto le cuesta a esta empresa, generar cada minuto por el servicio de telefonía fija local, nacional e internacional y en fin cuanto le cuesta el contrato de concesión a efectos de determinar si las tarifas o precios que dicha empresa ha fijado, cubren estos costos y le generan utilidad.*”

4. Consideraciones del Tribunal de Arbitraje relevantes en este análisis

4.1 Define a la concesión del servicio público como un contrato en que el Estado o una entidad de éste otorga a una persona llamada concesionario el derecho y la obligación de prestar, operar, explotar, organizar y gestionar, total o parcialmente, y por su cuenta y riesgo, un servicio, una obra o un determinado bien destinado al uso o servicio público, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien de que se trate. Los elementos que corresponden a la esencia, a la naturaleza y aún los meramente accidentales contenidos en las cláusulas del Contrato Modificatorio, Ratificatorio y Codificadorio de la Concesión de Servicios Finales y Portadores de Telecomunicaciones celebrado el 11 de abril de 2001, caen dentro de esa definición y contienen los dos órdenes que integran el régimen de toda concesión, resumidos por el tratadista William René Parra Gutiérrez en su obra “Los Contratos Estatales” –Ediciones Librería del Profesional. Santa Fe de Bogotá, 4ª, ed., 1999, páginas 169, 170, 171- y que para efectos de esta decisión arbitral merecen ser destacados: **el primero, esencialmente contractual** referido al objeto del contrato, a sus condiciones, a los aspectos de orden económico y financiero, a la remuneración que la Administración reconoce al concesionario por la prestación del servicio; y, **el segundo el elemento reglamentario** que se refiere a las normas de efectos generales **impuestas** por el *imperium* del Estado y que en el orden jurídico ecuatoriano presenta a partir de la suscripción de un contrato de concesión o de cualquier otra forma de delegación de servicios públicos,

infranqueables limitaciones como se establece más adelante.

COMENTARIO.-

El Tribunal Arbitral reconoce la naturaleza administrativa del contrato de concesión y avizora que en cuanto al sometimiento a la potestad reguladora del Estado existen serias limitaciones, las mismas que vienen dadas por el artículo 249 de la Constitución vigente a la época de sustanciación de éste proceso.

3.3.4.2 Considera que el contrato se somete al artículo siete, regla dieciocho del Código Civil, por el que se entienden incorporadas a éste todas las disposiciones legales, reglamentarias y más normas jurídicas vigentes a la fecha de su celebración resultando evidente para este Tribunal que la Resolución 001 quedó incorporado a éste imponiendo un conjunto de derechos y obligaciones al Estado concedente y a la sociedad concesionaria.

COMENTARIO.-

Si bien el derecho civil ha sentado las bases de muchas instituciones del derecho en general, hay algunas que no pueden trasladarse al derecho administrativo como en este caso la regla 18 del Art. 7, que según análisis del Tribunal Constitucional en sentencia dictada, “*existen diferencias entre los contratos administrativos y los contratos civiles, no solo porque en los primeros uno de los sujetos participantes es la Administración, sino – esencialmente- porque esta actúa en beneficio del interés general, lo que permite el ejercicio de potestades extraordinarias que emanan del ordenamiento jurídico y que no tienen equivalente en el Derecho Privado, toda vez que la Administración se coloca en una situación de privilegio frente al administrado, que la habilita a ejercitar prerrogativas que, entre iguales y tratándose de un contrato celebrado a la luz del derecho civil, no tendrían*

*cabida. Y es precisamente esta posición de privilegio la que le permite a la Administración, como contraparte en un contrato administrativo, ejercer su potestad de modificación o reforma del convenio, pues, si bien es cierto, por un lado existe el principio de que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes (pacta sun servanda), éste tiende a fracturarse ante el surgimiento de causas que alteran sustancialmente aquellas que formaban parte de la realidad o estado de cosas sobre las que se fundamentó la celebración del contrato”.*²¹⁶

3.3.4.3 Otra consideración que hace el Tribunal, es la relacionada con el concepto de “equilibrio económico o financiero del contrato”, que según el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié, en su libro “La Contratación de las Entidades Estatales” (Pág. 350) “... va ligado a que el contratista reciba, en todos los eventos en que por alguna circunstancia ajena a su voluntad se resquebraje la contraprestación económica que le llevó a obligarse con la Entidad, una compensación o indemnización que **le restablezca sus intereses**”. El mismo autor cita un fallo del Concejo del Estado Colombiano, en los siguientes términos “Ahora bien, ese equilibrio financiero puede resultar afectado por variadas causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos o extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya incurrancia se habla de la teoría de la imprevisión”. Es necesario destacar en este análisis que uno de los aspectos sustanciales de todo contrato administrativo es el relativo al mantenimiento del equilibrio

²¹⁶ 22-VIII-2006 (Resolución Nros. 0008-06-TC y 0010-06-TC, El Pleno del Tribunal Constitucional, R.O. 350-S, 6-IX-2006)

económico financiero, es decir, al derecho del contratista a percibir la remuneración que prevé el contrato, a soportar como cargas única y exclusivamente las que le incumben de conformidad con el clausulado del contrato de que se trate, y a ser indemnizado en todos aquellos casos en que ocurra una injusta disminución de su remuneración o un incremento de obligaciones que no hubieren sido previamente convenidas. No solamente en el derecho comparado sino en la legislación ecuatoriana se reconoce la existencia de un equilibrio económico financiero para los contratos de concesión. El equilibrio económico financiero, más que la ecuación o una fórmula específica, es, ante todo, un principio de la contratación pública que tiende a favorecer a las partes contratantes, con el propósito de dotar al negocio concesionado de previsibilidad jurídica y económica para facilitar la debida ejecución del contrato y beneficiar así a los usuarios del servicio. La legislación ecuatoriana no ha permanecido ajena a este principio de justicia de la relación contractual (cita el Art. 76 del Reglamento General a la Ley de Modernización Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada), que consta a su vez en el texto del contrato en cuestión. El Tribunal señala, no ha encontrado ni en la letra del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, ni en la cláusula Treinta y Siete del Contrato de Concesión del Servicio de Telecomunicaciones que las partes hubieren establecido, como elemento condicional de la aplicación del principio del equilibrio económico financiero, la previa existencia de una fórmula que la exprese. Por su parte, la doctrina de los administrativistas tampoco ha establecido, ni aludido el *sui generis* aserto de que el equilibrio económico financiero deba necesaria y obligadamente constar en una fórmula para habilitar al contratista la invocación del derecho a que ese equilibrio se respete, ni ha concluido que de la inexistencia de la fórmula ese contratista pierda tal derecho.

COMENTARIO: Comparto las consideraciones que realiza el Tribunal respecto a la obligación que tiene el Estado de reponer el equilibrio económico del contrato, en caso de que haya sido alterado, por un acto de la autoridad que incide en el contrato. Sin embargo, no existe claridad en lo que se debe entender como resquebrajamiento de la ecuación económica, pues la legislación ecuatoriana es clara en establecer que la garantía de mantener el equilibrio económico del contrato, no significa que sea una garantía de utilidad, como se ha señalado también en la doctrina. En el proceso se establece con peritajes que existe una cantidad de dinero que el concesionario no recibirá debido a las modificaciones contractuales, pero no se especifica cuando y como ésta afectación altera el equilibrio económico del contrato.

3.3.4.4 Por otro lado, en la legislación ecuatoriana hay prohibición expresa al ejercicio de una potestad normativa cuando de ella pudiere derivar alteración o modificación de las condiciones contractualmente convenidas. El ordenamiento jurídico de la República del Ecuador ha establecido una infranqueable limitación que prohíbe el ejercicio de la potestad normativa del Estado cuando comporte modificación de las condiciones contractuales que hubieren sido previamente acordadas, y no solamente las de carácter económico sino aquellas otras que sin tener dicho carácter fueren parte del clausulado contractual. Por otro lado, esta interdicción que el Derecho Público ecuatoriano ha impuesto al denominado *ius variandi* tiende a eliminar toda actuación administrativa o *factum principis* que altere un contrato administrativo y procura precautelar de mejor manera un genuino interés público que no puede ser otro que el de favorecer la seguridad de toda inversión para estimular a ésta que emprenda decididamente en la prestación de servicios de interés general. El Art. 249 de la

Constitución Política de la República establece que: “*las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones*”. Se trata de una limitación no solamente a la potestad legislativa del Estado como tal, sino a todo género de actuación administrativa de la que puedan derivarse “*otras disposiciones*” de alcance particular o de alcance general que pudieren modificar las condiciones convenidas por las partes, cuando de un contrato de provisión de servicios públicos se trata.

COMENTARIO: El Tribunal fundamenta su análisis en la interdicción impuesta al *ius variandi*, sin revisar su verdadero significado. El legislador al referirse a las condiciones contractuales se refieren acaso a todos sus términos o a aquellos que cambien o alteren gravemente su esencia: fin de la concesión encaminado a satisfacer el interés general, el equilibrio económico del contrato, para lo cual hay que demostrar que concurren una serie de presupuestos como la imprevisión, la excesiva onerosidad, etc.; y, el plazo, básicamente. Caso contrario se pretendería que la concesión es el fin de la realización del servicio público, no el medio; o, que lo que busca el legislador es garantizar y proteger el medio, antes que el fin. Esta idea, la expresa con claridad García de Enterría cuando afirma que: “*en el ámbito de la contratación administrativa, la inmutabilidad del contrato no es una inmutabilidad del contenido, sino del fin, que prima en todo caso sobre aquel. Con todo la esencia contractual no padece por ello, en la medida en que... la equivalencia económica de las prestaciones en que el contrato consiste se mantiene inalterada en todo caso*”.

217

²¹⁷ GARCÍA ENTERRÍA, Op.Cit. p.749

3.3.4.5 Una vez que se determina la existencia de modificaciones contractuales; el segundo requisito de procedibilidad de una reclamación indemnizatoria al Estado por violación contractual, es que las actuaciones contrarias a Derecho, es decir, violatorias del contrato, le sean imputables al Estado. Se afirma que el Estado ecuatoriano, que es la parte concedente (249 de la Constitución, 41 Ley de Modernización del Estado...) ha expedido por intermedio del organismo de regulación, las Resoluciones 002 y 003, que el Tribunal las ha encontrado violatorias del régimen convenido en la concesión otorgada a XX. Por otro lado, y en lo atinente al tercer requisito de procedibilidad de la reclamación de daños por violación o incumplimiento contractual, el Tribunal destaca que la concesionaria XX, **no estaba en la obligación jurídica de soportar cargas y gravámenes no previstos en el régimen de la concesión aún cuando éstas provengan de disposiciones emanadas del poder público.**

3.3.4 Determinación de daños y perjuicios.- Del análisis jurídico precedente concluye, el Tribunal que las resoluciones 002 y 003 comportaron incumplimiento contractual, por lo que la concesionaria XX no está en la obligación jurídica de hacer devoluciones que se originen o se llegaren a originar en la violación del contrato de concesión, en aplicación de las dichas Resoluciones que se encuentran en plena vigencia y es de esperar que de manera inmediata cesen todas aquellas eventuales actuaciones de las que podrían derivar mayores afectaciones económicas por las que el Estado ecuatoriano podría responder. Adicionalmente fija la suma que el estado debe a la demandante por este concepto.

3.3.5 Resolución.- Sobre la base de los considerandos y fundamentos jurídicos expuestos, el Tribunal de Arbitraje resuelve aceptar parcialmente la demanda propuesta por XX y disponer que el Estado ecuatoriano cumpla con el Contrato NN y adicionalmente, que pague a la actora el valor de xxxx por concepto de daños y perjuicios ocasionados...

3.3.6 Voto Salvado.- Llega a conclusiones similares pues reconoce que hay una modificación unilateral de los términos y condiciones del Contrato; por lo que también resuelve que el estado ecuatoriano cumpla con el Contrato; no obstante por no haber prueba procesal que determine los daños y perjuicios, esto es el daño emergente, que es la pérdida o menoscabo real y efectivo sufrido por el patrimonio del actor por el incumplimiento y modificación unilateral y el lucro cesante, es decir, la utilidad, ganancia o beneficio, que ha dejado de percibir la parte demandante por el incumplimiento de la obligación, que se habrían derivado de la expedición de la Resolución 003, no procede ordenar el pago de los supuestos daños.

COMENTARIO GENERAL DEL LAUDO ARBITRAL.- Existe la certeza de que se ha producido la modificación contractual causándose disminución en los ingresos de la empresa, pero no se analiza, si esa disminución altera la ecuación económica del contrato, adicionalmente no se considera dos condiciones de particular importancia para el caso, como el hecho de que: la categoría subsidiada, tiene un techo que aún no se ha alcanzado y que una forma de evitar el perjuicio puede darse mediante el aumento de las tarifas que si prevé el contrato; y que, la operadora recibe una compensación a través del aporte de las concesionarias que se interconectan a su red. En general este proceso es un precedente importante, pues las autoridades públicas deben ser responsables en el manejo de las potestades de las que goza.

ANEXO 3

JURISPRUDENCIA CONFIANZA LEGÍTIMA

Me refiero a los siguientes casos a fin de buscar un acercamiento a este principio de la Confianza Legítima:

PRIVACIÓN DEL DERECHO DE JUBILACIÓN.- 25-XI-2003 (Resolución No. 694-2002-RA, R.O. 230, 11-XII-2003)

El accionante impugna dos Acuerdos, emitidos el primero por la Comisión de Prestaciones del IESS y el segundo por la Comisión Nacional de Apelaciones del mismo Instituto, por medio de los cuales se le priva del derecho de jubilación que había estado percibiendo, por estar prestando sus servicios en otra entidad al momento de solicitar la jubilación.

El hecho es que el accionante solicita la jubilación en octubre de 1983 y dicho trámite culminó en marzo de 1984; entonces señala el Tribunal,

“si el mencionado trámite concluyó favorablemente para el accionante,... la aplicación que se ha hecho en la presente causa de la Resolución del ex Directorio del ex Instituto de Previsión como si se tratara con certeza de una pensión indebidamente cobrada por culpa exclusiva del accionante, no es correcta a criterio de este Tribunal...

*Que, se considera que, por todo lo analizado, el acto de despojar al accionante de las pensiones jubilares que había cobrado teniendo **la certeza de que su derecho se encontraba reconocido en legal y debida forma**, es un acto ilegítimo, por cuanto el supuesto cobro indebido de las pensiones no es un acto imputable al accionante quien como afiliado acudió de **buena fe** a obtener su jubilación la cual le fue concedida, sino a la **actuación errada** de los funcionarios del IESS de aquella*

época que no tuvieron cuidado en la verificación de uno de los requisitos para otorgar dicha jubilación; por otra parte, la aplicación de la resolución de 22 de octubre de 1953, en los momentos actuales en que la Constitución consagra derechos especiales y específicos para los jubilados como grupo vulnerable de la población, es atentatoria contra dichos derechos...

Que, es evidente que con la resolución impugnada, se le ocasiona al accionante grave e inminente daño pues, al obligarle a devolver las pensiones cobradas con la confianza en que su derecho había sido legítimamente reconocido al punto que inicia un trámite para mejorar su jubilación, lo que puede producir un daño patrimonial significativo sobre todo si consideramos que, en la actualidad, ya no ejerce ninguna actividad laboral pues su situación es cesante, y tiene la edad de 75 años.”

En el presente caso se observa claramente los elementos que configuran la pertinencia de proteger la confianza legítima, debido a que el accionante actuó de Buena fe, y tenía la certeza de que su derecho estaba legítimamente reconocido, siendo ajeno al error cometido por la administración, adicionalmente va más allá del principio de legalidad para aplicar derechos protegidos constitucionalmente, por lo que falla a favor del accionante. Se observa además, que se incluyen pronunciamientos como los resaltados que caracterizan este principio y que se hace valer la legítima expectativa del jubilado.

En el caso signado con el No. 0143-05-RA

2-I-2007 (Resolución No. 0143-05-RA, Pleno del Tribunal Constitucional, R.O. 4-S, 17-I-2007)

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La accionante señala que:

“Se estaba planificando ascender a los funcionarios de nivel 4 al nivel 6, evento que se dio con todos los funcionarios excepto con ella, y solamente se le otorgó un nombramiento en el que se le concedió el nivel 5, conforme consta en la Acción de Personal número 385 del 22 de mayo del 2001, circunstancia que produjo del Gerente de Normativa Tributaria Aduanera, la promesa de otorgarle a la accionante el nivel 6, grado que corresponde a todos los funcionarios de esa Unidad Administrativa que cumplen la función de Analistas, función que también era desempeñada por ella.

*Que **tal promesa jamás** se cumplió, por lo que se mantuvo en el nivel 5 por más de un año, ejecutando las mismas funciones de aquellos que tenían nivel 6, situación que se mantuvo hasta que viajó con licencia sin sueldo a realizar, con sus propios medios, una maestría en comercio exterior en España, de donde regresó a continuar trabajando en el área de Normativa Tributaria con el mismo nivel 5, hasta que recién el 15 de julio del 2004 mediante Acción de Personal número 0580, fue ascendida de nivel 5 a nivel 7.*

Que el 28 de octubre del 2004 fue notificada con la Acción de Personal número 0692 mediante la cual arbitrariamente se ‘dejaba sin efecto’ la Acción de Personal número 0580 del 15 de julio del 2004, por la cual se la ascendió de nivel 5 a nivel 7, volviendo por tanto a situarse en el nivel 5. Que el mismo día fue notificada, además, con la Acción de Personal número 0797 mediante la cual se la ascendió del nivel 5 al nivel 6, a pesar de que continuó ocupando y ejerciendo la misma función, esto es, Jefa del Departamento de Valoración.

Que el acto impugnado es ilegítimo porque vulnera su derecho a la estabilidad contemplado en el artículo 124 de la Constitución Política del Ecuador, y su

derecho a la **seguridad jurídica**, previsto en el número 26 del artículo 23 ibídem.

Que se vulnera su derecho a la seguridad jurídica, toda vez que de conformidad con lo preceptuado en los artículos 66 y 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, los actos administrativos gozan de vigencia, legitimidad y ejecutoriedad, y tal es el caso de la Acción de Personal número 0580.”

El Tribunal establece que:

“Es indudable que la acción de personal que determinó el ascenso de la señora XX **creó derechos subjetivos**, los cuales han sido desconocidos por el demandado al decidir dejar sin efecto el referido ascenso, sin que para el caso haya observado el procedimiento de declaración de lesividad del acto, de conformidad a lo previsto en el artículo 23, d) y 24 b) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, en consideración a que la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público no faculta a la autoridad nominadora para anular los actos contrarios a la Ley, por lo que deviene arbitraria e ilegítima la forma en que se ha dejado sin efecto el ascenso de la actora.

(...)

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 de la Ley Orgánica del Control Constitucional la acción de amparo ‘tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause

o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable...’; que del análisis efectuado en la presente resolución se desprende que los derechos subjetivos constitucionales de la accionante han sido conculcados, sin embargo, esto no implica reconocimiento económico alguno de sueldos que deban devengarse, pues tal reconocimiento debe plantearse en la vía ordinaria.”

En este caso, no cabría una invocación al principio de confianza legítima, en tanto el planteamiento de la actora si bien reúne requisitos propios de dicho principio, como las promesas y actuaciones de la administración, al emitirse el acto administrativo legítimo, sale de la esfera de las expectativas legítimas a la consolidación de un derecho subjetivo, por lo que cabe más bien, la invocación del valor seguridad jurídica, pudiéndose encontrar que éste es más amplio, en cuanto al amparo que brinda que el de la confianza legítima.

El tribunal, considera que se han conculcado derechos subjetivos que están amparados en la Constitución Política, pero no hace mención de la seguridad jurídica.

En el caso signado con el No. 0414-06-RA (10-I-2007, Resolución No. 0414-06-RA, Primera Sala, R.O. 8-S, 25-I-2007)

“ (...) La doctora xxx comparece ante el Juez de lo Civil de El Oro y deduce acción de amparo constitucional en contra de la Ministra Fiscal General del Estado Subrogante, en la cual impugna el acto administrativo contenido en la Acción de Personal de 14 de diciembre del 2005. Manifiesta en lo principal lo siguiente que fue calificada por el Tribunal de Méritos y Oposición, organismo que se reunió el 15 de noviembre del 2005, con un puntaje de 45 puntos sobre 50, compartiendo el segundo más alto puntaje entre todos los participantes, alcanzando un total de 94.50 puntos sobre 100, el más alto puntaje entre todos los postulantes, como consta del Acta Final del Concurso de Merecimientos y Oposición No. 009 de

octubre del 2005. Que en esta etapa quedaron seleccionados 20 postulantes, los que debían mantener una entrevista con la Ministra Fiscal Subrogante, la que no se llegó a dar. Que en el Ministerio Público se le informó que la Fiscal tenía la facultad discrecional de elegir de entre los 20 elegibles.

(...)

Que ante su insistencia al Ministerio Fiscal, se le informó que el ganador del concurso era el doctor xxx, quien de acuerdo al Acta Final del Concurso de Merecimientos y Oposición No. 009 octubre del 2005, ocupa el décimo sexto lugar, entre veinte aspirantes, con un puntaje de 77.50...”

El Tribunal Constitucional establece:

“DÉCIMA.- La acción de amparo es una acción tutelar protectora de derechos de orden subjetivo, que en el presente caso, se demuestran efectivamente vulnerados, causando un daño grave a la concursante, lo cual se materializa en la expedición de un nombramiento a favor de una persona que participando en el concurso ha obtenido una nota inferior. Son los derechos constitucionales a la seguridad jurídica, a la debida motivación de las resoluciones de toda autoridad pública y desde luego el derecho al trabajo con sujeción a la Ley, lo que en su contenido propio resultan vulnerados con la expedición de un nombramiento a una persona distinta de la ganadora de un concurso.

DÉCIMA PRIMERA.-Así el asunto, como lo ha reiterado esta Magistratura en casos similares, la decisión adoptada por la Ministra Fiscal General Subrogante vulnera sin mayor esfuerzo los derechos subjetivos de la proponente de la acción de amparo y la obligación de como autoridad nominadora competente para realizar la respectiva designación del cargo de amanuense para el Distrito de El

Oro autoridad y extender el nombramiento a su favor, ha ocurrido una omisión ilegítima que conculca sus derechos, la cual debe ser reparada. La decisión adoptada transgrede el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso constitucionalmente protegidos, de conformidad con lo que establecen los Arts 23 numerales 26 y 27, 24 numerales 13 y 17 de la Carta Fundamental, bajo cuya observancia las personas deben tener la certeza y confianza que será respetada la normativa vigente y los procedimientos adoptados. El fallo de esta Sala, no implica pronunciamiento alguno sobre derechos adquiridos por cualquier tercero interesado.

En este caso también se observa una afectación grave a la confianza legítima, debido a que la aspirante puso en juego todas sus habilidades, destrezas y conocimientos; y, participó en un concurso con la certeza de que si alcanzaba el primer lugar obtendría el cargo al que postulaba, al recaer el nombramiento en quien se ubica en el puesto décimo sexto, la confianza puesta en la administración de quien se espera una actuación justa y legal, se rompe. En los considerandos que sustentan la sentencia hay referencia a la seguridad jurídica y a las dimensiones de la certeza y confianza que ella realiza.