



■ Los entes reguladores en la legislación salvadoreña. Segunda Parte.

La característica distintiva más importante y singular de los entes reguladores es su capacidad para emitir la normativa aplicable al sector cuya vigilancia y supervisión le han sido encomendadas, la cual es obligatoria para los administrados que caen en los supuestos comprendidos dentro de la misma.

Las facultades normativas de los entes reguladores

La característica distintiva más importante y singular de los entes reguladores es su capacidad para emitir la normativa aplicable al sector cuya vigilancia y supervisión le han sido encomendadas, la cual es obligatoria para los administrados que caen en los supuestos comprendidos dentro de la misma. En el presente trabajo tratamos exclusivamente este aspecto.

Tanto el derecho comparado, como la doctrina y la jurisprudencia aceptan facultades del ente regulador para reglamentar el servicio público, incluso modificando las condiciones para su prestación, con el fin de adecuarlo a las cambiantes circunstancias fácticas y tecnológicas, según las necesidades sociales y económicas del momento, todo dentro del marco de la ley orgánica de la entidad respectiva.

El objetivo de la nueva regulación, se señala, no es sólo establecer las reglas para la prestación del servicio, sino atraer

inversión para atender la demanda, mejorar la eficiencia del sector de que se trata, reasignar y separar los roles y funciones del estado y mitigar la interferencia política en materias que deben ser consideradas primordialmente desde un punto de vista técnico. De ahí es que se señalan como fundamentos de la nueva regulación: a) el establecimiento de un régimen de libre competencia en la prestación del servicio; b) la desintegración vertical de las distintas actividades que conforman el servicio, como la generación, la transmisión y la distribución de la energía eléctrica; c) el libre acceso de terceros a los medios y redes de transmisión y distribución. Una serie de principios, como los de participación, transparencia y previsibilidad, se atribuyen a la actividad legislativa de los entes reguladores.

Todo esto, que tiende a buscar la cooperación de los particulares como inversionistas y prestadores de servicios, debe entenderse siempre recordando el principio tradicional de protección de los intereses de los administrados, frente al poder económico de las prestadoras de servicios, que debe ejercer el estado. El

¿Cuál es el fundamento jurídico último de la regulación? ¿Cuáles son sus límites y alcance?

Según Agustín Gordillo, la entidad reguladora tiene la facultad de emitir normas de carácter general, abstractas, impersonales y de obligatorio cumplimiento para todo el que cae dentro de los supuestos normativos, en ausencia de norma legislativa. Es decir, puede regular todo aquello que la ley no contempla.

En el caso de nuestro país, debemos de señalar que existen dos posiciones jurídicas muy sólidas que fundamentan las facultades normativas de los entes reguladores.

ente regulador está investido de facultades regulatorias para el cumplimiento de esta primordial función estatal, y en la mayoría de las legislaciones, e inclusive en las contratas de concesión, le son concedidas extensas facultades para modificar las condiciones de prestación del servicio, pues los usuarios no deben sufrir consecuencias indebidas de la concesión del mismo y la administración no puede quedar atada en el cumplimiento de sus funciones de protección de las mayorías por un contrato suscrito con un solo particular.

¿Cuál es el fundamento jurídico último de la regulación? ¿Cuáles son sus límites y alcance? Según Agustín Gordillo, la entidad reguladora tiene la facultad de emitir normas de carácter general, abstractas, impersonales y de obligatorio cumplimiento para todo el que cae dentro de los supuestos normativos, en ausencia de norma legislativa. Es decir, puede regular todo aquello que la ley no contempla. Según él, existe una delegación implícita de facultades legislativas en el ente administrativo para que pueda regular todo aspecto sobre la prestación del servicio no normado expresamente por el poder legislativo.

En el caso de nuestro país, debemos de señalar que existen dos posiciones jurídicas muy sólidas que fundamentan las facultades normativas de los entes reguladores. Una de ellas, se inclina porque las facultades reguladoras de dichos entes únicamente pueden provenir de leyes secundarias o un reglamento del órgano ejecutivo, correspondiendo esta posición a una interpretación conservadora de la Constitución. La otra posición aboga porque los entes reguladores si poseen facultades normativas para regular su sector dentro de una interpretación finalista o teleológica de la Constitución. Estas posiciones son el

resultado de la inserción de una figura típica del derecho anglosajón en un sistema clásico continental, lo cual presenta grandes desafíos en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Los entes reguladores en El Salvador

En El Salvador se ha dado, en la última década, el proceso de transformación económica y de cambio en la participación del estado en la economía a que nos hemos referido en la primera parte de este estudio. Este proceso tenía que conducir a la privatización de los servicios públicos esenciales y a la modificación del régimen legal y administrativo que los regula. Los primeros entes creados con las características señaladas para el modelo internacional de los entes reguladores han comenzado a aparecer, aunque constituidos como instituciones oficiales autónomas.

La institución que puede ser señalada como paradigma es la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET)¹. Según su ley de creación, su autonomía comprende exclusivamente los aspectos administrativo y financiero (Art. 1); se la declara entidad competente para aplicar las normas contenidas en tratados internacionales sobre electricidad y telecomunicaciones vigentes en El Salvador, en las leyes nacionales que rigen dichos sectores y en sus reglamentos y para conocer del incumplimiento de las mismas (Art. 4). Las facultades regulatorias de la entidad aparecen comprendidas en la letra “c” del Art. 5, que establece como atribución de SIGET: “Dictar normas y

¹ Creada por D.L. N° 808, de 12 de septiembre de 1996, publicado en el D.O. N° 189, Tomo 333, de 9 de octubre de 1999 (Ley de creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones).



Analogando un principio constitucional, ninguna norma de carácter general puede ser considerada obligatoria si no es dada a conocer al público por el medio señalado por la ley para ello, en nuestro caso, el Diario Oficial.

estándares técnicos aplicables a los sectores de electricidad y de telecomunicaciones”; las actividades eléctricas y de telecomunicaciones son referidas como “los sectores bajo su regulación”, varias veces en el texto de la ley². Aquí se da una circunstancia que resulta inusual, puesto que otorgan a la entidad facultades para regular para otro, pero no puede regularse a sí misma; la letra “n” del último artículo citado establece que deberá formular el proyecto de reglamento de su ley de creación y someterlo a consideración del Presidente de la República para su aprobación; más adelante señala que puede dictar las normas administrativas aplicables a la institución, pero éstas deben entenderse dentro del marco que señalan los cuerpos legales antes dichos, en lo que no es distinta a las demás oficinas públicas. La Ley General de Electricidad y la Ley de Telecomunicaciones también tienen reglamentos aprobados por el Presidente de la República.

La legislación cuya aplicación le corresponde expande las facultades regulatorias de SIGET. En la Ley General de Electricidad, el Art. 8 inc. 2° la facultad para establecer normas con las que deberán cumplir los sistemas contables de las operadoras que desarrollen actividades de transmisión y distribución; el Art. 17 la facultad para dictar las normas aplicables al proceso de licitación para el otorgamiento de concesiones; el Art. 67-bis, para establecer normas de calidad de los servicios de los sistemas de distribución; el Art. 84 la facultad para establecer “normas

² La aprobación de tarifas de electricidad y telecomunicaciones es señalada en la ley atribuyéndola tanto a la entidad, lo que significa que lo hará la Junta de Directores (Art. 5 letra c), como al Superintendente (Art. 13 letra a), tales aprobaciones son considerados actos individuales y concretos. Los cargos por el uso de las redes de transmisión y distribución de energía eléctrica, que deben ser aprobados por SIGET, (Art. 9 Ley General de Electricidad), deben igualmente considerarse precios.

técnicas” que regulen la compensación por daños económicos a equipos, artefactos o instalaciones; el Art. 87 la facultad para adoptar normas técnicas internacionales de la industria eléctrica, que “deberán ser tomadas en cuenta” por los peritos nombrados por la institución para dictaminar sobre conflictos surgidos entre operadores, entre éstos y usuarios finales³. La Ley de Telecomunicaciones es más rica en disposiciones de carácter sustancial y no prevé facultades regulatorias distintas a las contempladas en la ley de creación de SIGET.

Analogando un principio constitucional, ninguna norma de carácter general puede ser considerada obligatoria si no es dada a conocer al público por el medio señalado por la ley para ello, en nuestro caso, el Diario Oficial. Ninguna disposición legal o reglamentaria expresa obliga a SIGET a publicar las normas que emite en el periódico oficial, aunque podría considerarse que le es aplicable el Art. 6 del Código Civil, la única disposición legal en nuestro sistema que se refiere a la publicación de los reglamentos; sin embargo, SIGET es el único de los entes reguladores salvadoreños que publica sistemáticamente la normativa que emite en el Diario Oficial y gracias a ello, y a diferencia de la de los demás, la conocemos muy bien. La institución comenzó a hacer uso de sus facultades reguladoras casi

³ No se pueden considerar como facultades regulatorias las contempladas en el Art. 33 de la Ley General de Electricidad, que facultan a SIGET a aprobar los reglamentos de operación de las unidades de transacciones (UT). Aunque del acto resultan normas generales aplicables a dichas entidades, desde el punto de vista de la institución, es un acto particular y concreto aplicable a un solo sujeto. La situación es análoga a la aprobación de reglamentos de trabajo de las empresas por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Tampoco pueden considerarse como tales, sino como mero desarrollo de la ley, las facultades de ajustar anualmente los montos de las multas establecidas en el Capítulo IX, de conformidad al índice de precios al consumidor, aún cuando dichos ajustes se publiquen en un instrumento con la redacción formal de un reglamento.



desde sus inicios y ha aprobado gran cantidad de normas. La más importante, indudablemente la constituye, el reciente cuerpo legal denominado “Normas de calidad de servicio de los sistemas de distribución”⁴; otros reglamentos emitidos por la institución tratan de temas como atención y resolución de reclamos de usuarios, procedimiento para el cambio de suministrante de energía eléctrica por un usuario final, materiales y equipos utilizados en la construcción de líneas de distribución de energía eléctrica.

La Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero⁵ convierte a la entidad que crea en un verdadero legislador del sector financiero del país. El Art. 3 de la ley señala, entre las atribuciones de la entidad, “dictar las normas, dentro de las facultades que expresamente le confieren las leyes para el funcionamiento de las instituciones bajo su control”. El Art. 10 de la ley señala de qué normas se trata: las necesarias para coordinar las labores de fiscalización de la institución con las de auditoría que realizan los auditores externos e internos de las entidades que integran el sistema financiero; las necesarias para la elaboración y presentación de estados financieros y otra información suplementaria de los entes fiscalizados, para determinarles principios contables y criterios de valoración de activos, pasivos y constitución de provisiones por riesgo; sobre la información que las entidades financieras deben proporcionar al público; y las relativas a las reservas técnicas y matemáticas, inversiones y reaseguros de las instituciones de seguros. La Superintendencia ha hecho extenso uso de sus facultades regulatorias para normar las

materias indicadas y otras más, no comprendidas en la enumeración indicada, como las relaciones de las instituciones financieras con el público. La Ley de Bancos confiere a la Superintendencia gran cantidad de atribuciones con respecto a las instituciones del sistema financiero y aunque las disposiciones correspondientes están redactadas como facultades que deben ejercerse individualmente ante cada ente fiscalizado, la institución ha regulado en forma general sobre ellos para todas las instituciones. Las normas emitidas por la Superintendencia nunca se publican en el Diario Oficial, sino que son dadas a conocer a las instituciones fiscalizadas a través de comunicaciones privadas.

La Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores⁶ es menos clara en cuanto a las facultades normativas del organismo, pero también las concede. El Art. 4 la faculta para establecer la forma en que deberán llevar contabilidad los entes fiscalizados y los criterios para la consolidación de las operaciones y estados financieros de los mismos; asimismo, para establecer criterios técnicos para determinar los actos y operaciones que se consideren contrarios a los usos bursátiles o sanas prácticas del mercado. El Art. 5 la faculta para establecer la forma en que los entes fiscalizados por ellas deberán ofrecer información al público. Otras atribuciones contempladas en el mismo artículo, como establecer mecanismos y sistemas de actualización, divulgación y capacitación en materia de mercado de valores o adoptar medidas orientadas a facilitar el desarrollo de un mercado de valores de largo plazo, se prestan a la emisión de normas de carácter general que los desarrollen. Tampoco las normas emitidas por la Superintendencia de Valores se publican en Diario Oficial.

⁴ A. N° 192-E-2004, de 30 de diciembre de 2004, publicado en D.O. N° 13, Tomo 366, 19 de enero de 2005.

⁵ D.L. N° 628, de 22 de noviembre de 1990; D.O. N° 278, Tomo 309, de 10 de diciembre de 1990.

⁶ D.L. N° 806, 11 de septiembre de 1996; D.O. N° 186, Tomo 333, de 4 de octubre de 1996.



La Superintendencia de Pensiones no tiene claras facultades normativas, según el texto de su ley orgánica⁷, en contraste con las dos instituciones anteriores, pues ninguna de sus disposiciones contiene las expresiones “normar” o “regular”. Sin embargo en el Art. 5 de la ley, se encuentran una serie de disposiciones que implican una habilitación para emitir normas de carácter general aplicables tanto a las instituciones administradoras de fondos de pensiones como a los afiliados a las mismas. Tales disposiciones son: 1) “Impartir las instrucciones técnicas para la elaboración y presentación al público de los Estados Financieros e información suplementaria de los entes fiscalizados; determinar los principios conforme a los cuales deberán llevar su contabilidad y establecer criterios para la valoración de activos, pasivos y constitución de provisiones” (letra c); 2) “Determinar los requisitos mínimos de los contratos de seguros relacionados al Sistema de Ahorro para Pensiones, así como los mecanismos de contratación” (letra f); 3) “Establecer las cláusulas del contrato de afiliación entre las Instituciones Administradoras y sus afiliados” (letra g); 4) “Establecer criterios para homogenizar la información que las Instituciones Administradoras brinden a sus afiliados y al público en general, relacionadas con la situación patrimonial, los servicios, la administración del Fondo de Pensiones y los fines y funcionamiento del Sistema de Ahorro de Pensiones” (letra o); y 5) “Dictar las normas técnicas que faciliten la aplicación y ejecución de la Ley y sus respectivos reglamentos, dentro de las facultades que expresamente le confieren las leyes, para el funcionamiento de las entidades bajo su control”⁸ (letra u). Por otra parte, las disposiciones de la ley son

⁷ D.L. N° 926, 19 de diciembre de 1996; publicado en el D.O. N° 243, Tomo 333, de 23 de diciembre de 1996.

desarrolladas por treinta reglamentos aprobados por el Presidente de la República, que en su mayor parte regulan materias que son de competencia legislativa y no reglamentaria, como, forma de recaudación de cotizaciones, prestaciones y beneficios, gestión de las administradoras de fondos de pensiones, depósito y custodia de valores, inversiones, etc.

La Ley Orgánica de Aviación Civil⁹ crea la Autoridad de Aviación Civil (AAC), una institución autónoma con funciones de “regulación, fiscalización y control de todas las actividades de la aviación civil” (Art. 6). El Art. 7 establece entre sus atribuciones: 1) “Regular los aspectos técnicos y operacionales de las actividades relacionadas con la aviación civil” (N° 2); 2) “Dictar y elaborar Órdenes, Regulaciones, Disposiciones Administrativas, Directrices, Manuales de Procedimientos, Publicaciones de Información Aeronáutica y Asesoramiento, y demás normas técnicas y de operación complementarias de las regulaciones aeronáuticas de El Salvador” (N° 4); 3) “Establecer reglas y procedimientos técnicos alternos, para garantizar la seguridad aeronáutica, cuando sea impracticable cumplir algún requerimiento técnico sobre la materia” (N° 5); 4) “Regular y aprobar normas, procedimientos y métodos aplicables a los servicios de protección al vuelo” (N° 6); 5) “Adoptar todas las medidas o acciones necesarias para garantizar que las actividades aeronáuticas sean realizadas de manera segura” (N° 7); 6) “Regular servicios de

⁸ Esta norma indica que la Superintendencia debe emitir reglamentos para la aplicación de otros reglamentos, disposición única en todo el ordenamiento jurídico salvadoreño. En realidad es indicativa de que los reglamentos de esta ley tienen más bien el contenido de leyes que deberían ser aprobadas por la Asamblea Legislativa.

⁹ D.L. N° 582, de 18 de octubre de 2001; publicado en el D.O. N° 198, Tomo 353, de 19 de octubre de 2001.



transporte aéreo que posean características monopólicas o de posición dominante, incluyendo situaciones de competencia desleal” (N° 13); y 7) “Regular todas las actividades relacionadas con las empresas operadoras de transporte aéreo, escuelas relacionadas con la aviación civil, centros de mantenimiento, aeronaves, y todo lo relacionado con los aspectos técnicos y económicos de la aeronáutica civil, como de los servicios de navegación aérea” (N° 19). Al Director Ejecutivo del Consejo Directivo de la institución se lo faculta para “fijar los estándares de seguridad, operación y servicios en el sector de la aviación civil en el país, conforme las normas internacionales al respecto” (Art. 14 N° 6). En el texto de la ley no aparece obligación de publicación de las normas que emita la entidad en el Diario Oficial. No obstante esto, la normativa que desarrolla la ley no ha sido emitida por la Autoridad ni por su Director Ejecutivo, sino que se encuentra en trece reglamentos aprobados por el Presidente de la República y debidamente publicados en el periódico oficial¹⁰.

La Ley General Marítimo Portuaria¹¹ es la única ley salvadoreña que usa el término “ente regulador” para referirse a la institución autónoma que crea, la Autoridad Marítima Portuaria (AMP) (Art. 6). Entre las atribuciones normativas que le señala el Art. 7 de la ley están: 1) “Establecer reglas y procedimientos técnicos alternos, para garantizar la seguridad de la navegación de los buques y de todo tipo de artefacto naval, cuando no sea práctico cumplir con algún requerimiento técnico sobre la materia” (N° 3); 2) “...regular en lo técnico y en lo económico a las Autoridades Portuarias Locales, sean éstas agencias estatales propietarias de la infraestructura y superestructura portuaria de propiedad del Estado, o en su defecto

a los operadores portuarios designados por éstas” (N° 5); 3) “Establecer las normas que regulen la construcción, remodelación, rehabilitación, mantenimiento y conservación de obras marítimas, inclusive el dragado de puertos y de canales de acceso, con observancia de las normas aplicables en medio ambiente y las normas técnicas que rigen sobre la materia” (N° 6); 4) “Normar la seguridad operacional marítima portuaria en situaciones de riesgos para la seguridad operacional de las instalaciones portuarias” (N° 23); 5) “Establecer las regulaciones técnicas relacionadas con la recepción y zarpe de los buques que utilicen los puertos del país, así como los que navegan en nuestras aguas

¹⁰ Reglamento del Aire (D.E. N° 14, de 29 de enero de 2002; publicado en D.O. N° 23, Tomo 354, de 4 de febrero de 2002), Reglamento de Talleres Aeronáuticos (D.E. N° 15, de 29 de enero de 2002; publicado en el D.O. N° 23, Tomo 354, de 4 de febrero de 2002), Reglamento sobre el Mantenimiento, Reparación y Modificación de Aeronaves (D.E. N° 16, 29 de enero de 2002; publicado en D.O. N° 177, Tomo 354, de 4 de febrero de 2002), Reglamento sobre Directivas de Aeronavegabilidad (D.E. N° 19, 29 de enero de 2002; publicado en D.O. N° 23, Tomo 354, de 4 de febrero de 2002), Reglamento para la Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación (D.E. N° 20, de 29 de enero de 2002; publicado en D.O. N° 23, Tomo 354, 4 de febrero de 2002), Reglamento para el Transporte sin Riesgo de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea (D.E. N° 21, de 29 de enero de 2002; publicado en D.O. N° 23, Tomo 354, 4 de febrero de 2002), Reglamento sobre Matrícula e Identificación de Aeronaves (D.E. N° 22, de 29 de enero de 2002; publicado en D.O. N° 23, Tomo 354, de 4 de febrero de 2002), Reglamento de Licencias al Personal Técnico Aeronáutico (D.E. N° 23, de 29 de enero de 2002; publicado en D.O. N° 23, Tomo 354, de 4 de febrero de 2002), Reglamento sobre Procedimientos de Aceptación de Certificados de Productos Aeronáuticos (D.E. N° 17, de 29 de enero de 2002; publicado en el D.O. N° 32, Tomo 354, 15 de febrero de 2002), Reglamento de Certificados de Operador Aéreo, Certificados Operativos y Autorizaciones de Operación (D.E. N° 32, Tomo 354, 15 de febrero de 2002), Reglamento de Escuelas de Instrucción Aeronáutica (D.E. N° 18, de 29 de enero de 2002; publicado en D.O. N° 24, de 29 de enero de 2002; publicado en D.O. N° 32, Tomo 354, de 15 de febrero de 2002), Reglamento del Registro de Aviación Civil Salvadoreño (D.E. N° 80, de 23 de septiembre de 2002; publicado en D.O. N° 186, Tomo 357, de 7 de octubre de 2002) y Reglamento de Aeródromos (D.E. N° 59, de 24 de julio de 2003; publicado en D.O. N° 149, Tomo 360, de 15 de agosto de 2003).

¹¹ D.L. N° 994, de 19 de septiembre de 2002; publicada en D.O. N° 182, Tomo 357, de 1° de octubre de 2002.



territoriales con derecho de paso inocente (N° 24); 6) “Establecer la normativa técnica que corresponda a cada una de las áreas funcionales de la Administración Marítima” (N° 25); y 7) “Establecer las normas que regulen la construcción, mantenimiento, conservación y funcionamiento de las fábricas ensambladoras de buques y todo tipo de artefacto naval, motores o partes de éstas”. Como en los casos anteriores, no hay obligación expresa en la ley de publicar la normativa emitida por la entidad en el periódico oficial, pero no tenemos noticia que la misma se haya aprobado. Tampoco han aparecido reglamentos de la ley aprobados por el Presidente de la República.

Dichas instituciones son típicos entes reguladores, encargados de actividades que corresponden a tal tipo de entidades en derecho comparado, pero es importante señalar que no son las únicas con facultades regulatorias en el país. Durante las últimas dos décadas se ha dado el fenómeno de la emisión de leyes por medio de las cuales se confieren facultades legislativas a organismos administrativos; algunas de estas instituciones son centralizadas y sus funciones no son las que típicamente relacionamos con los entes reguladores.

De hecho, la primera oficina pública que quedó convertida en un verdadero ente regulador, en virtud de las facultades que le otorgaba la ley, fue el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. De conformidad a diecinueve artículos del Código de Salud, el Ministerio queda facultado para emitir normas para: el funcionamiento de instituciones destinadas a la atención o enseñanza de niños de edad pre-escolar (Art. 50); la calidad del agua para consumo humano (Art. 63); las medidas de protección contra animales que pudieren transmitir enfermedades (Art.

79); la determinación de las condiciones esenciales que deben tener los alimentos y bebidas destinadas al consumo público y las de los locales y lugares en que se produzcan, fabriquen, envasen, alienen, distribuyan o expendan dichos artículos, así como su transporte (Art. 83); la determinación de los requisitos mínimos que deben ser satisfechos por los productos alimentarios (Art. 95); la fabricación, instalación y mantenimiento de artefactos sanitarios (Art. 106); la clasificación de las enfermedades profesionales e industriales que deben ser notificadas a las autoridades competentes (Art. 109); la fijación de las condiciones para la importación, exportación, almacenamiento, transporte, distribución, uso, destrucción y cualquier otra forma de operación de materias o desechos que constituyan o puedan llegar a constituir un peligro para la salud (Art. 109); el manejo y almacenamiento de materias nocivas y peligrosas, con miras a la protección del vecindario (Art. 117); adicionar enfermedades de declaración obligatoria (Art. 131); establecer un sistema de notificación de dichas enfermedades (Art. 134); regular empresas dedicadas a la desinfección, desinfectación y desratización de locales (Art. 138); el traslado de enfermos contagiosos (Art. 140); controlar la tuberculosis (Art. 149); establecer diagnósticos y tratamientos obligatorios (Art. 152); prevenir enfermedades venéreas (Art. 153); proteger a la población contra zoonosis transmisibles (Art. 162); exigir requisitos de salud a viajeros internacionales (Art. 164); combatir el alcoholismo y la drogodependencia (Art. 186); coordinar y unificar los procedimientos que han de seguir los establecimientos públicos de asistencia médica para evitar duplicidad y dispersión de esfuerzos (Art. 195); y determinar la ubicación, construcción e instalación de establecimientos privados de asistencia



médica (Art. 197). Estas disposiciones se adicionan a la multitud que en el mismo Código ordenan la emisión de reglamentos especiales, entendiéndose que debe hacerlo el Presidente de la República, aunque hasta la fecha sólo ha sido aprobado uno.

A pesar del largo período en que ha estado vigente el Código de Salud, el Ministerio no ha hecho uso de las facultades reglamentarias que en el mismo se le conceden sino hasta fecha muy reciente¹². Desde el año pasado, el Ministerio ha aprobado por medio de acuerdo ejecutivo una serie de reglamentos, denominándolos “normas”, que han sido publicados en el Diario Oficial.

La Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología¹³ establece como atribución del Departamento de Normalización, Metrología y Certificación de la Calidad del CONACYT proponer a la Junta Directiva de la institución “las normas técnicas nacionales, para su aprobación por el Ejecutivo por medio del Ministerio de Economía” (Art. 28 letra “b”), que son clasificadas en normas obligatorias y recomendadas. Es en base a esta disposición que millares de normas técnicas han sido aprobadas; no hay objeciones legales que hacer a las que sólo son recomendadas, pero las obligatorias comprenden reglas para todo tipo de proceso de producción, características de productos alimenticios y de uso industrial, funcionamiento de laboratorios, etc. Todas estas normas han sido publicadas en el Diario Oficial.

Una situación que merece atención en la misma ley es que, sin derogar expresamente la ley que estableció la obligatoriedad del sistema métrico decimal en el país¹⁴, declara legal y obligatorio, sin describir sus componentes, el Sistema Internacional de Unidades (SIU) adoptado por la

Conferencia General de Pesas y Medidas, un organismo intergubernamental que se reúne periódicamente en base a un tratado internacional del que El Salvador no es parte¹⁵; esto significa que para conocer el sistema de pesas y medidas vigente en el país hay que consultar una biblioteca técnica

¹² En 1995, el Ministerio de Salud emitió un “Reglamento especial de protección y seguridad radiológica, ultrasonido y radiaciones no ionizantes” (A.E. N° 3558, 8 de noviembre de 1995; D.O. N° 237, Tomo 329, 21 de diciembre de 1995). Fue sustituido en 2002 por el “Reglamento especial de protección y seguridad radiológica” (D.E. N° 41, 15 de marzo de 2002; D.O. N° 53, Tomo 354, 18 de marzo de 2002), aprobado por el Presidente de la República. En el D.O. N° 125, Tomo 364, de 4 de julio de 2004 aparece el primer cuerpo legal aprobado por el mismo, “Normas técnicas sanitarias para la autorización y control de establecimientos alimenticios” (A.E. N° 216, de 28 de mayo de 2004); en el D.O. N° 197, Tomo 365, de 22 de octubre de 2004, aparece “Norma de atención a personas con conductas adictivas a sustancias psicoactivas (A.E. N° 303, 12 de octubre de 2004); en el D.O. N° 204, Tomo 365, de 3 de noviembre de 2004 aparece “Norma técnica sanitaria para la instalación, uso y mantenimiento de letrinas secas sin arrastre de agua” (A.E. N° 310, 20 de octubre de 2004); en el D.O. N° 208, Tomo 365, de 9 de noviembre de 2004, aparece “Norma técnica sanitaria para la autorización de instalación y funcionamiento de industrias confeccionadoras de ropa”; en el D.O. N° 209, Tomo 365, de 10 de noviembre de 2004, aparece “Normas técnicas para radiología diagnóstica, intervencionista y odontológica” (A.E. N° 333, 27 de octubre de 2004); en el mismo periódico aparece “Normas técnicas de procedimientos de control de calidad para equipos de rayos - X de uso en diagnóstico médico y dental” (A.E. N° 334, 27 de octubre de 2004); y en el D.O. N° 212, Tomo 365, de 15 de noviembre de 2004, aparece “Norma técnica sanitaria para la autorización de instalación y funcionamiento de granjas porcinas” (A.E. N° 314, 25 de octubre de 2004). En el D.O. N° 5, Tomo 366, de 7 de enero de 2005, aparecen los siguientes reglamentos: “Norma técnica uso de fuentes radiactivas no selladas en Medicina Nuclear” (A.E. N° 420, 2 de diciembre de 2004), “Norma técnica para el uso de fuentes radiactivas en Braquiterapia” (A.E. N° 421, 2 de diciembre de 2004) y “Norma técnica de operación de equipos de Teleterapia” (A.E. N° 422, 2 de diciembre de 2004). Finalmente, en el D.O. N° 52, Tomo 366, de 15 de marzo de 2005, aparecen “Norma para operación de gammagrafía industrial” (A.E. N° 78, 23 de febrero de 2005) y “Norma para la operación de equipos de radiografía industrial con rayos X” (A.E. N° 79, 23 de febrero de 2005).

¹³ D.L. N° 287, 17 de diciembre de 1992; publicada en D.O. N° 144, Tomo 316, de 10 de agosto de 1992.

¹⁴ Decreto-Ley de 26 de agosto de 1885; publicado en el D.O. N° 197, Tomo 19, de 28 de agosto de 1885.

¹⁵ Implica que la Asamblea Legislativa admite que un organismo internacional del que El Salvador no es parte legisle para nosotros.



o una página extranjera de Internet. El Art. 42 establece que: “Las definiciones de las unidades, sus nombres y símbolos y las reglas para la formación de sus múltiplos y submúltiplos, así como el vocabulario petrológico, son los contenidos en las Normas Salvadoreñas Obligatorias (NSO) publicadas por el Consejo para tal efecto”. En vez de dictarse las normas obligatorias previstas en dicho artículo, el Presidente de la República ha emitido un Reglamento de Metrología¹⁶, que únicamente regula las actividades del Departamento referido en el párrafo anterior.

La Ley Reguladora del Ejercicio de la Contaduría¹⁷ ha creado una nueva entidad con facultades reguladoras que ha provocado una situación irregular similar a la descrita en el párrafo anterior. La ley confiere al Consejo de Vigilancia de la Contaduría Pública y Auditoría, un organismo adscrito al Ministerio de Economía, aunque “autónomo en lo administrativo” (Art. 24)¹⁸, la facultad de regular los aspectos éticos y técnicos de la profesión contable (Art. 26). Aunque el Consejo debe elaborar los proyectos de leyes y reglamentos que sean necesarios para el ejercicio de la profesión, de conformidad al Art. 36 de la ley, tiene facultades para normar directamente: 1) “...los requerimientos mínimos de auditoría que deben cumplir los auditores respecto de las auditorías que realicen; 2) “Fijar las normas generales para la elaboración de los estados financieros e información suplementaria de los entes fiscalizados”; 3) “Determinar los principios conforme a los cuales deberán los comerciantes llevar su contabilidad y establecer criterios de

valoración de activos, pasivos y constitución de provisiones y reservas”; 4) “Aprobar los principios de contabilidad y las normas de auditoría, internacionalmente aceptados, inclusive financieros, cuando la ley no haya dispuesto de manera expresa sobre ellas”¹⁹; 5) “Emitir o autorizar las normas de ética profesional y cualquier otra disposición de carácter técnico o ético que deban cumplirse en el ejercicio de la profesión”. El organismo tiene amplísimas facultades para regular la conducta tanto de contadores como de comerciantes; paradójicamente, no tiene facultades de autorregularse, pues su reglamento interno debe ser aprobado por el Presidente de la República, previa aprobación del Ministerio de Economía.

Las primeras normas de carácter técnico emitidas por el Consejo aparecen en un “comunicado”²⁰, de fecha 5 de diciembre de 2003, publicado en el D.O. N° 2, de 6 de enero de 2004, que declara obligatorio, a partir del ejercicio contable 2004, un plan escalonado para la implementación de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC). El Acuerdo N° 1, de 22 de diciembre de 2004, publicado en el D.O. N° 13, de 18 de enero de 2005, mantiene vigente el plan escalonado referido y establece un listado de normativas contables que debe ser tenido como “marco de referencia”. Tales cuerpos normativos nunca han sido publicados en el Diario Oficial ni en ningún instrumento aprobado por el Consejo o por ninguna otra autoridad salvadoreña.

Las NIC no tienen su origen en un organismo gubernamental extranjero ni en

¹⁶ D.E. N° 106, de 25 de octubre de 1996; publicado en el D.O. N° 205, Tomo 333, de 31 de octubre de 1996.

¹⁷ D.L. N° 828, 26 de enero de 2000; publicada en el D.O. N° 42, Tomo 346, de 29 de febrero de 2000.

¹⁸ No es claro el alcance de esta declaración legal.

¹⁹ Esta clara delegación de facultades legislativas equivale también a una derogación tácita de las facultades conferidas por leyes anteriores a la Superintendencia del Sistema Financiero y a la Superintendencia de Pensiones. La primera de ellas también ha declarado obligatorias las NIC para las instituciones financieras.

²⁰ Es el único caso en que un instrumento denominado de tal manera contiene una norma jurídica salvadoreña de carácter general.



Es necesario señalar, antes de proseguir, el principio general de legalidad, que recogen los Arts. 8 y 86 de nuestra Constitución. De acuerdo a una interpretación tradicional, las disposiciones citadas implican que en El Salvador, el monopolio de la emisión de normas de carácter general corresponde, en principio, a la Asamblea Legislativa.

un organismo internacional, sino que son normas de adoptadas y recomendadas por empresas privadas de auditoría que se reúnen periódicamente en Londres para determinar estándares profesionales convenientes y armónicos. Ahora, con base en las disposiciones del Consejo, las decisiones de estas oficinas profesionales privadas se han hecho obligatorias para El Salvador y los particulares pueden ser sancionados por su incumplimiento, sin que hayan sido promulgadas en debida forma ni exista modo de conocerlas de forma oficial²¹.

De conformidad a la Ley General de Ordenación y Promoción de Pesca y Acuicultura²², CENDEPESCA, que es una dependencia centralizada del Ministerio de Agricultura y Ganadería, tiene facultades para regular las actividades de pesca y acuicultura en sus diversas fases (Art. 10). En base a esta ley, el Ministerio sólo ha emitido medidas temporales de veda, que no constituyen actos legislativos propiamente.

Consideraciones sobre los entes reguladores en El Salvador

En El Salvador y en otros países latinoamericanos, los cuerpos legales

emitidos por los entes reguladores, por lo general, son denominados “normas” o “normas técnicas”.

¿Y qué son “normas”?

Las “normas” emitidas por los entes reguladores son reglamentos y por tanto, se rigen por las prescripciones constitucionales aplicables a tal tipo de normativa.

Es necesario señalar, antes de proseguir, el principio general de legalidad, que recogen los Arts. 8 y 86 de nuestra Constitución. De acuerdo a una interpretación tradicional, las disposiciones citadas implican que en El Salvador, el monopolio de la emisión de normas de carácter general corresponde, en principio, a la Asamblea Legislativa. Esta tiene facultades para legislar, con exclusividad, sobre cualquier materia (Art. 131 Cn.). Para que otros órganos tengan la facultad de emitir normas de carácter general, abstracto e impersonal, tales potestades deben estar establecidas en la Constitución, y esto se da con el Consejo de Ministros (Art. 167 N° 1), el Presidente de la República (Art. 168 N° 14), la Corte de Cuentas de la República (Art. 195 N° 6) y las municipalidades (Art. 204 N° 1 y 5).

Tal es la concreción en nuestro sistema jurídico del principio de separación de poderes y de la existencia de frenos y contrapesos entre los mismos, para evitar los abusos del poder. En principio, significa que cada poder u órgano del estado debe tener a su cargo una sola función, sea esta emitir normas de carácter general, aplicar dichas normas a casos concretos o resolver controversias entre partes. Es imprescindible que el poder sea ejercido por órganos diferenciados, cuantos más mejor, para que el poder contenga al poder.

²¹ Una situación similar se encuentra en el Art. 85 de la “Ley de marcas y de otros signos distintivos”, que establece que para efectos de clasificación de los productos y servicios para los cuales se registrarán las marcas, se adopta la clasificación internacional de productos y servicios establecida en el Acuerdo de Niza de 1957, con sus revisiones y actualizaciones vigentes, “el cual se entenderá incorporado en esta ley”.

El Salvador nunca ha ratificado el Acuerdo de Niza, que es un tratado administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ni su texto ha aparecido en el Diario Oficial, por lo que la clasificación que recoge no puede ser obligatoria en El Salvador, pero el Centro Nacional de Registros exige que en las solicitudes de registro de marcas y nombres comerciales se incluya el distintivo a registrar dentro de una de tales clasificaciones, de otra manera, deniega el registro.

²² D.L. N° 637, de 6 de diciembre de 2001; publicada en el D.O. N° 240, Tomo 353, de 19 de diciembre de 2001.

Así como para garantizar la independencia de los poderes legislativo y judicial es necesario dotar a éstos de facultades para aplicar normas a casos concretos como el nombramiento de su personal, por ejemplo, igualmente es necesario dotar al poder ejecutivo de ciertas facultades legislativas, y el producto de las mismas es denominado “reglamento”.

En la realidad, sin embargo, no se da esta situación con absoluta pureza. Así como para garantizar la independencia de los poderes legislativo y judicial es necesario dotar a éstos de facultades para aplicar normas a casos concretos como el nombramiento de su personal, por ejemplo, igualmente es necesario dotar al poder ejecutivo de ciertas facultades legislativas, y el producto de las mismas es denominado “reglamento”.

Podemos definir reglamento como una norma jurídica de carácter general emitida por un organismo con facultades administrativas, que ordinariamente no tiene la capacidad de legislar, y que desarrolla las disposiciones contenidas en otras normas jurídicas de superior jerarquía²³.

Esta definición nos señala los elementos esenciales de este tipo de cuerpos normativos, que deben ser examinados por separado y con detenimiento.

En primer lugar, son normas de carácter general, es decir, leyes en sentido material, con las características de abstracción e impersonalidad que corresponden a tal tipo de normas. Son aplicables, no a un sujeto

²³ Esta definición sigue la tendencia clásica de definir los reglamentos como “normas de carácter general emitidas por el poder ejecutivo” y la mayoría de los existentes lo son, pero debe señalarse que en virtud del principio de independencia de poderes, las normas administrativas aplicables a otros órganos del estado, como el Órgano Judicial, pueden ser reglamentadas, y por extensión, a los cuerpos legales que los desarrollan, emitidas por el mismo organismo, se les denomina también “reglamentos”. El principal contralor de la legalidad constitucional del país, la Corte Suprema de Justicia, ha reconocido tácitamente esta situación, emitiendo reglamentos de la Ley Orgánica Judicial, de la Ley de la Carrera Judicial y de la Ley de Notariado desde hace muchos años, a pesar de que no hay disposición constitucional que le confiera estas facultades; por razones análogas a las que nos hacen admitir esta situación, tenemos que reconocer dicha facultad al Tribunal Supremo Electoral y a los organismos integrantes del Ministerio Público.

referido en la norma, sino a todos los que pueden caer en el supuesto que contienen.

En segundo lugar, salvo aquellos reglamentos emitidos en materia que la Constitución reserva para su regulación por el Órgano Ejecutivo (reglamentos autónomos)²⁴, constituyen un desarrollo de los principios y disposiciones contenidas en otras normas de superior jerarquía; su objeto es facilitar y hacer viable la aplicación de esas normas amplias, estableciendo otras que indican la manera como esto se hará. Esto implica que la norma reglamentaria está subordinada jerárquicamente a la norma que desarrolla, por lo que no puede contradecirla, ampliarla, restringirla o llenar sus vacíos, sino simplemente limitarse a establecer los preceptos que permitan a los aplicadores de la misma realizar lo que dicha norma ordena. Este principio aparece constitucionalizado en el Art. 168 N° 14 Cn., que establece como facultad del Presidente de la República: “Decretar los reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde”. Debemos hacer notar en esta norma la expresión “facilitar y asegurar”; esto nos indica que las normas reglamentarias son procedimentales, fundamentalmente dirigidas a la administración pública.

Con respecto a la emisión de los reglamentos, salvo las competencias específicamente señaladas en la Constitución a las diversas oficinas administrativas a las que confiere tal atribución, de conformidad al Art. 186 N° 14 Cn., las facultades reglamentarias corresponden exclusivamente al Presidente de la República. En los artículos equivalentes de las Constituciones de 1950

²⁴ La Constitución los reserva para el Consejo de Ministros.



Según esta opinión, para el funcionamiento de los entes reguladores en El Salvador existe un serio problema constitucional. Indican que las leyes que confieren facultades legislativas a diversas oficinas administrativas, a que nos hemos referido anteriormente, son inconstitucionales, lo mismo que la múltiple normativa que ha sido emitida con base en las mismas.

y 1962, se señalaba que tal atribución correspondía al Poder Ejecutivo, lo que implicaba cierta flexibilidad en cuanto al agente emisor en concreto; la constitución vigente, en cambio, es específica y restrictiva. La Ley del Seguro Social, emitida en 1953, por ejemplo, establecía que los reglamentos de aplicación de la misma serían aprobados por el Consejo de Ministros; al haber el cambio constitucional, aún antes de la reforma legislativa correspondiente, el Presidente de la República pasó a aprobar las reformas a los reglamentos de la ley, y nadie jamás ha objetado esto.

Perspectivas

A continuación se exponen dos posturas opuestas sobre las facultades normativas de que gozan los entes reguladores en El Salvador.

A) Opinión relativa a la inconstitucionalidad de las facultades normativas de los entes reguladores

Según esta opinión, para el funcionamiento de los entes reguladores en El Salvador existe un serio problema constitucional. Indican que las leyes que confieren facultades legislativas a diversas oficinas administrativas, a que nos hemos referido anteriormente, son inconstitucionales, lo mismo que la múltiple normativa que ha sido emitida con base en las mismas. No obstante lo anterior, también se reconoce que los entes reguladores independientes, con sus facultades normativas y potestades específicas son la mejor solución posible al problema que se quiere resolver con los mismos, como es el ejercicio de las facultades estatales de vigilancia y regulación de sectores de la economía de interés vital, servidos por los particulares.

Tal como se mencionó anteriormente, se pretende insertar en nuestro país una institución moderna de derecho anglosajón en un sistema constitucional clásico de derecho escrito donde la misma no tiene cabida. La posibilidad efectiva de entes reguladores en El Salvador, para estas personas, requeriría reforma constitucional. Sostienen que la legislación que se ha dado a tales entes debe ser modificada, o en caso contrario, podría ser declarada inconstitucional por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Este es un debate que se está dando no sólo en nuestro país, sino en otros países latinoamericanos, como México, por ejemplo.

Los defensores de esta posición jurídica sostienen que mientras no sea modificada la Constitución, los entes reguladores deben cumplir con la misma, abstenerse de continuar legislando para los particulares y dejar que sus reglamentos de ejecución sean aprobados por el Presidente de la República. El contenido de dichos reglamentos debe limitarse a lo establecido en el Art. 168 Cn. y servir meramente para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes secundarias²⁵; deben dejar de imponer obligaciones a los particulares que no estén contenidas en las normas aprobadas por la Asamblea Legislativa.

²⁵ La Sala de lo Constitucional ha señalado que las limitaciones que tiene el Órgano Ejecutivo para emitir normas que no desarrollen únicamente principios contenidos en las leyes secundarias e impongan obligaciones a particulares y ha declarado inconstitucionales reglamentos emitidos por el Ministerio del Interior, ahora Gobernación, que pretendían crear, sin autorización legislativa, un registro de personas jurídicas extranjeras que trabajan en el país. Sentencias 28-H-95, 66-H-99, 148-C-99, 155-M-99 y 137-R-2000 (Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial), 38-E-99 (Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta), 40-E-99 (Reglamento para la aplicación de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo), 36-O-2000, 51-I-2000 y 170-C-2000 (Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección General de la Renta de Aduanas).

Para esta posición jurídica, es importante iniciar un debate sobre una eventual reforma de la Constitución para la adopción de las facultades normativas de los entes reguladores en nuestro sistema y disipar cualquier cuestionamiento que puede hacerse a los mismos.

De acuerdo a esta segunda opinión jurídica, las materias a normar por los entes reguladores exceden las capacidades de los parlamentos, tanto por su carácter técnico, como por su cantidad y la celeridad con que muchas veces deben ser aprobadas. Se habla, inclusive, de una “crisis del derecho legislado”.

Asimismo mencionan que el problema de las limitadas facultades de los entes reguladores podría atribuirse a la visión liberalizadora imperante en el momento en que las leyes de las superintendencias fueron creadas, que aconsejaba una intervención estatal bastante atenuada, restringiendo las facultades fiscalizadoras. Señalan que tal situación no se resuelve concediendo facultades legislativas a los entes reguladores, sino reformando sus leyes, en el sentido de suprimir las normas que limitan sus facultades supervisoras y estableciendo para aquéllos potestades que les permitan el pleno cumplimiento de su función. A los entes existentes debe concedérseles por vía legislativa amplias facultades administrativas para cumplir con su función (discrecionalidad reglada, parámetros para actuaciones, fortalecimiento de su capacidad investigadora, posibilidad de obligar a terceros a determinadas conductas, clara y severa determinación de la responsabilidad de los supervisados); lo que no tiene nada que ver con las facultades regulatorias, que no solucionarían el problema que se da con la falta de autoridad de los entes. Sus decisiones, tanto técnicas como jurídicas, no pueden sino ser aplicadas a cada caso en particular. Las instituciones no pueden emitir decisiones que contengan normas de carácter general, abstracto e impersonal. El abuso de los recursos judiciales también puede enfrentarse por la vía legal, aunque de esta manera se corre el riesgo de crear otro problema de índole constitucional; se requiere de la vigilancia de la actuación de los tribunales y de la voluntad de actuar contra ellos, de conformidad a la ley, cuando su actuación es indebida.

Para esta posición jurídica, es importante iniciar un debate sobre una eventual reforma de la Constitución para la adopción de las

facultades normativas de los entes reguladores en nuestro sistema y disipar cualquier cuestionamiento que puede hacerse a los mismos. Esto debe ampliarse a la discusión de la pertinencia de todas las facultades reglamentarias que aparecen excesivamente constreñidas en la ley primaria, al limitarlas de manera tan categórica al Presidente de la República.

B) Opinión a favor de las facultades normativas de los entes reguladores

De acuerdo a esta segunda opinión jurídica, las materias a normar por los entes reguladores exceden las capacidades de los parlamentos, tanto por su carácter técnico, como por su cantidad y la celeridad con que muchas veces deben ser aprobadas. Se habla, inclusive, de una “crisis del derecho legislado”. Por ejemplo, se señala qué pasaría si toda la materia sobre la que ha regulado la Superintendencia del Sistema Financiero tuviera que pasar por la Asamblea Legislativa; no sólo su emisión habría dilatado un término considerable, sino que con toda probabilidad los proyectos elaborados con criterios técnicos habrían sido modificados con criterios políticos. Esta situación es así en todos los países y los entes reguladores han resultado ser una adecuada respuesta para solucionar el problema. Por tanto, es indudable que la adopción del sistema de entes reguladores es una fuerte tendencia del derecho administrativo contemporáneo en el ámbito internacional.

Lo ideal es que los entes reguladores sean independientes, despolitizados y que la legislación secundaria no tenga atados de manos a sus titulares, sin permitirles cumplir con su función. Quien resulta perjudicado con esta situación es el público consumidor de los servicios.

Esta opinión jurídica sostiene que bajo una interpretación teleológica de la Constitución, debe existir cierta flexibilidad para que los entes reguladores puedan emitir normas técnicas y disposiciones para aplicar las normas secundarias, con fundamento en la ley, que le faciliten cumplir su cometido eficazmente.

“... la potestad reglamentaria es parte integrante de la función administrativa, por lo que lógicamente está subordinada al principio de legalidad; por ello, el ejercicio de dicha potestad implica la existencia de una norma, al menos de rango legal, que la autorice expresa o implícitamente.”. Por lo anterior, la Sala afirma “... que la potestad reglamentaria sobre la materia que se administra no sólo está conferida a los órganos, entes públicos o sujetos que la literalidad de las normas constitucionales ofrece, sino que también está implícita en el órgano al que compete la ejecución o aplicación de la ley ...”.

Esta opinión jurídica sostiene que bajo una interpretación teleológica de la Constitución, debe existir cierta flexibilidad para que los entes reguladores puedan emitir normas técnicas y disposiciones para aplicar las normas secundarias, con fundamento en la ley, que le faciliten cumplir su cometido eficazmente. Señalan que no debe hacerse una interpretación literal de las normas constitucionales, pues la misma debe irse adecuando a la realidad y no debe olvidarse que la Constitución es un instrumento político que debe adaptarse a los tiempos y sus desafíos.

Quienes sostienen esta opinión afirman que acudir a la figura del reglamento aprobado por el Órgano Ejecutivo cada vez que sea necesaria una regulación o pedir que todo esté expresamente detallado en la ley, volvería inoperante la labor de los entes reguladores, que frente a una realidad muy particular que son las materias que cada uno supervisa debe de emitir normas en su gran mayoría de orden técnico que le apoye para hacer operativas sus labores de supervisión.

Otro argumento a favor de esta posición es que se debe permitir la facultad normativa en base al tema de la discrecionalidad reglada que tiene el Órgano Ejecutivo, en donde debe aplicar la ley e interpretarla basándose en los postulados de la sana crítica, en cuyo caso cuando la norma sienta los parámetros para interpretar la ley y aplicarla, no debe entenderse que existe una delegación de poder y que tampoco debe pensarse que se está legislando.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre esta temática en varias sentencias; sin embargo, es a través de la Sala de lo Constitucional²⁶ donde se ha manifestado a favor de las potestades

normativas de algunos entes administrativos descentralizados, por medio de la sentencia emanada del proceso de inconstitucionalidad referencia 22-97, emitida el día veintisiete de marzo de dos mil uno, que enuncia los siguientes puntos sobre la potestad reglamentaria:

1. Es una potestad atribuida por la Constitución.
2. Es una potestad normativa.
3. Es una potestad pública.
4. Está subordinada a las normas legales.

“...la potestad reglamentaria es parte integrante de la función administrativa, por lo que lógicamente está subordinada al principio de legalidad; por ello, el ejercicio de dicha potestad implica la existencia de una norma, al menos de rango legal, que la autorice expresa o implícitamente.”. Por lo anterior, la Sala afirma “...que la potestad reglamentaria sobre la materia que se administra no sólo está conferida a los órganos, entes públicos o sujetos que la literalidad de las normas constitucionales ofrece, sino que también está implícita en el órgano al que compete la ejecución o aplicación de la ley ...”.

Por otra parte señala: “Así, la concepción tradicional que reserva la potestad reglamentaria solo a aquellos entes u órganos que la tienen según la letra de los Arts. 131 ord. 1° - Asamblea Legislativa-, 167 ord. 1° -Consejo de Ministros-, 168 N° 14-Presidente de la República-, 195 atribución 6ª- Corte de Cuentas de la República-, y 204 ord. 5°- Municipios o Concejos Municipales-, todos de la Constitución, debe ser

²⁶ Sentencias 28-U-2001, 70-E-2002, 279-C-2002 de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Estas sentencias aceptan las facultades reguladoras de la institución por estar establecidas en la ley; en ningún momento cuestionan su constitucionalidad. La Sala usa con frecuencia el término “entes reguladores”.

Los fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo han reconocido las facultades normativas de los entes reguladores de una manera acrítica, es decir, aceptándolas sin cuestionar las mismas y resolviendo en base a la reglamentación emitida por un ente regulador. La Sala de lo Constitucional, en cambio, se ha pronunciado en forma contradictoria en diversas sentencias, inclinándose en varias de ellas por la primera posición expuesta en este artículo, y por la segunda posición, por lo menos en la sentencia 22-97.

matizada atendiendo a razones particulares tales como situaciones de emergencia, *especialización, tecnicismo*, movilidad de normas y amplitud del espectro atribuido al legislador; lo cual se logra con el principio de los “poderes propios”, el cual es aceptado sin mayores sobresaltos hoy día como tesis que fundamenta la potestad ahora en comento, puesto que, como se afirmó, el ejercicio de ella supone el de potestades de la Administración que derivan directamente de la Constitución”.

Continúa la sentencia de la Corte señalando: “ Es así como la normativa creada con esta potestad se ha desarrollado en todas las partes, en volumen, en complejidad, en fugacidad, y ha pasado a ser, por un lado, la parte más significativa del ordenamiento jurídico-administrativo, -medio indispensable para el cumplimiento de sus fines-, cuya producción es habitual, rápida y continua, en contraste con la de naturaleza legislativa; y, por otro, el complemento necesario de la ley secundaria, pues ella misma no puede gobernar sino recurriendo a la colaboración, -cada vez más estrecha y generalizada- de los reglamentos”.

Además de que la sentencia define a quién corresponde la titularidad de la potestad reglamentaria, la Sala también se pronunció sobre el tema de la delegación de facultades, para ello la sentencia citada argumenta que la potestad reglamentaria: “... puede ser conferida de forma expresa o implícita, esto es, mediante el otorgamiento a un ente u órgano de un status jurídico general, que presupone necesariamente la tenencia de una cierta potestad normativa; en este último caso, la norma que reconozca tal status –v. gr., la constitucional- debe ser inexcusablemente precisada en el ámbito

inferior por otra –v. gr., la ley- que especifique cuando menos, el ámbito de ejercicio de dicha potestad reglamentaria. En conclusión, el otorgamiento de la potestad reglamentaria no puede ser conferido en ningún caso mediante otra norma reglamentaria”.

El otro tema desarrollado en la sentencia es el relacionado con la limitación de los derechos fundamentales y el cuerpo normativo al cual corresponde, invocando, para ello, el texto del Art. 246 de la Constitución, el cual hace referencia a principios y derechos y obligaciones.

Un reglamento, como fuente, debe regular aquello que la ley secundaria explícitamente le haya conferido (no puede traspasar los límites de su cobertura formal). “...la simple regulación es la dotación de contenido material de los derechos fundamentales, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan su titularidad, sus manifestaciones y alcances, así como las condiciones de ejercicio y sus garantías.”

La frase anterior sirve para concluir que un derecho fundamental puede ser regulado por las disposiciones infraconstitucionales, como un reglamento proveniente de los órganos o entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello, siempre que se respete el núcleo esencial que le otorga la Ley Fundamental; es decir, que el titular de la potestad reglamentaria debe mantenerse vinculado directamente a la razón de ser del derecho fundamental dentro de la Constitución.

De esa forma, afirma la Sala: “es más adecuado interpretar el art. 246 inc. 1º Cn., en el sentido de que no existe una reserva a favor de la Constitución para el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales, y que una ley



...lo que verdaderamente se necesita para que exista certeza jurídica, es que la Sala de lo Constitucional se pronuncie sobre el fondo de un modo general y obligatorio y su interpretación se incline por una u otra de las posiciones jurídicas aquí relacionadas.

puede imponer límites a los mismos, aunque no se encuentre expresamente facultado para ello, pues dicho artículo habilita a interpretar que, siempre y cuando no se anule o altere el núcleo esencial de tales derechos, la ley puede regular su ejercicio, aunque esto conlleve, eventualmente, una limitación o restricción.”

La Sala sostiene que se pueden limitar derechos fundamentales, no sólo por la norma constitucional, sino por leyes en sentido formal, ya que su órgano de creación está regido por un estatuto que comprende principios orientadores e informadores, los cuales legitiman la creación normativa por la Asamblea Legislativa. La simple regulación de los derechos fundamentales puede hacerse por cualquier disposición general, impersonal y abstracta.

Comentarios y reflexiones finales

Al exponerse ambas posiciones jurídicas antagónicas en cuanto al tema quedan al descubierto las controversias que se dan en derredor de los entes reguladores, resultado de la inserción de una figura perteneciente a un sistema jurídico diferente al nuestro.

Los fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo han reconocido las facultades normativas de los entes reguladores de una manera acrítica, es decir, aceptándolas sin cuestionar las mismas y resolviendo en base a la reglamentación emitida por un ente regulador. La Sala de lo Constitucional, en cambio, se ha pronunciado en forma contradictoria en diversas sentencias, inclinándose en varias de ellas por la primera posición expuesta en este artículo, y por la segunda posición, por lo menos en la sentencia 22-97.

Ello demuestra que inclusive en el seno de la Corte Suprema de Justicia no existe un criterio uniforme sobre el tema, lo que contribuye al surgimiento de múltiples y diversas interpretaciones por juristas nacionales que generan interesantes discusiones académicas. Esto es importante para incentivar al debate nacional sobre la cuestión, pero lo que verdaderamente se necesita para que exista certeza jurídica, es que la Sala de lo Constitucional se pronuncie sobre el fondo de un modo general y obligatorio y su interpretación se incline por una u otra de las posiciones jurídicas aquí relacionadas.



Fundación Salvadoreña
para el Desarrollo
Económico y Social

Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2278.3366, 2278.3382, Fax: (503) 2278.3366 ext. 391

Consultas al correo electrónico:
e.legal@fusades.com.sv

www.fusades.com.sv

