PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

SEÑOR JUEZ SUSTANCIADOR, DR. AGUSTÍN GRIJALVA JIMÉNEZ, CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:

Dr. Marco Proaño Durán, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, de conformidad con los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y de su respectivo Reglamento Orgánico Funcional, dentro de la **Acción Pública de Inconstitucionalidad caso No. 4-21-IN**, acumulado al caso No. 97-20-IN, presentada por el señor Andrés David Arauz Galarza en contra de los art. 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 1094, emitido el 10 de julio de 2020 por el Presidente de la República y publicado en el Registro Oficial No. 244, el 13 de julio de 2020, ante usted comparezco y manifiesto:

1. Sobre la Acción Pública de Inconstitucionalidad

No cabe duda de que la acción pública de inconstitucionalidad tiene por fin que la Corte Constitucional, en adelante la Corte, revise, verifique y compruebe que las normas del sistema jurídico estén en armonía con los preceptos constitucionales, tanto en el fondo como en la forma, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC. De allí que la finalidad del control abstracto de constitucionalidad es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico: "*…a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.*"[1]

La Corte ha reiterado de manera enfática que: *(…) el control de constitucionalidad permite garantizar la supremacía formal y material de la Constitución, puesto que su objeto es evitar la existencia de incompatibilidades normativas entre la Constitución y el resto de disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico. Por ende, el ejercicio del control de constitucionalidad delimita la tarea de la Corte Constitucional a contrastar los enunciados normativos con la Norma Suprema, a efectos de determinar si guardan conformidad o no con el texto constitucional."*[2]

En tal virtud, corresponde analizar si los artículos impugnados contrarían por el fondo o por la forma la norma constitucional.

Sobre la Acción Pública de Inconstitucionalidad por la forma

En la demanda se ha alegado que sólo al Estado central le corresponde autorizar la delegación a la iniciativa privada de gestión de los sectores estratégicos, que esta

[1] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Caso No. 26-18-IN/20
[2] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 27-12-IN/20

delegación debe ser excepcional y únicamente si las empresas públicas no pueden gestionar estos sectores. Por tanto, afirma el accionante, que la delegación sólo puede realizarse mediante leyes específicas de cada sector estratégico. Y que, al emitir el decreto impugnado, no existían normas legales específicas que establezcan los casos de excepción que habiliten la delegación de la gestión de la refinación de hidrocarburos a la iniciativa privada, por tanto a su criterio, el Presidente ha sobrepasado sus atribuciones, contraviniendo lo señalado en el artículo 226 de la Constitución de la Republica del Ecuador, CRE.

Respecto del control constitucional por la forma, este tiene relación con la observancia de los requisitos constitucionales para la formación y emisión de una disposición jurídica[3]. En relación con la inconstitucionalidad por la forma del Decreto Ejecutivo No. No. 1094, en adelante el decreto, es imprescindible analizar si el Presidente de la Republica tiene competencia – constitucional y/o legal – para emitir el acto normativo impugnado.

La Corte ha resaltado que: "*33. En cuanto al principio de legalidad, la Constitución, en el artículo 226, establece que "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución". Este principio exige un comportamiento restrictivo por parte de quienes ejercen potestades públicas: i) actuar con competencia y con las facultades otorgadas por la Constitución o la ley, ii) coordinar con otras entidades y órganos de la administración pública para lograr sus fines, y iii) lograr el efectivo goce y ejercicio de los derechos*."[4]

Debe considerarse que, en nuestro sistema el Ejecutivo tiene facultades legislativas[5], en tal virtud, el constituyente ha previsto que puede emitir normas como las previstas en el art. 147 numerales 3 y 13 de la CRE. Por lo que, con relación al argumento de que el Ejecutivo se abroga una competencia no reconocida en la Constitución se debe indicar que está en su art. 226 de la establece que: "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley*."

[3] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 9-20-IA/20
[4] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 17-14-IN/20
[5] Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 4-20-RC/20

De manera adicional, el art. 313 de la norma constitucional, prevé que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, en concordancia con el art. 316 de la CRE, que dispone que el Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

Es con este antecedente que el segundo aspecto que se ha citado en la demanda, es que existe una supuesta inobservancia del principio de reserva legal, sobre ello es importante recordar que si bien la Constitución establece una reserva de ley para la regulación de ciertos temas, también se admite que normas inferiores a la ley puedan hacerlo siempre que exista delegación expresa del legislador y sujeción a las disposiciones constitucionales y legales.

En este caso, la potestad para emitir el decreto relativo a la figura de delegación está determinada de manera específica en los arts. 96 y 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; arts. 3 y 6 de la Ley de Hidrocarburos y art. 74 del Código Orgánico Administrativo; estos en armonía con el artículo 147 de la Constitución establece: "*Art.147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley (...)".*

Esto quiere decir que, además de las atribuciones que la norma constitucional contempla para el Presidente, la ley puede determinar otras, como se puede observar en el caso concreto. En efecto, las normas infra constitucionales citadas, permiten que el Presidente de la República, mediante el decreto en análisis, pueda emitir una delegación de manera excepcional, de conformidad con la constitución y la ley, como efectivamente ha sucedido.

Por todas las consideraciones expuestas, el Decreto no contraviene el principio de reserva de ley ni de legalidad, menos aun de jerarquía normativa, en la medida en la que el Ejecutivo ha ejercido sus competencias conforme la norma constitucional y la ley.

Sobre la Acción Pública de Inconstitucionalidad por el fondo

Es necesario considerar que, corresponde a la Corte examinar si efectivamente el decreto impugnado resulta incompatible con la norma constitucional, a fin de conciliar los principios *indubio pro legislatore*[6] y de permanencia[7] de los preceptos en el

[6] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 61-12-IN/21

ordenamiento jurídico, de manera que sólo cuando sea insalvable la incompatibilidad, proceda la declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso.[8]

El control abstracto de constitucionalidad conlleva de manera implícita el principio de presunción de constitucionalidad y por tanto corresponde al accionante argumentar de manera clara y fundamentada las inconstitucionalidades en las que se habría incurrido el decreto impugnado,[9] ya que sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando se verifique de manera clara e inequívoca la colisión de esta con la norma constitucional,[10] para lo cual corresponde a la Corte revisar minuciosamente el principio de jerarquía normativa, de reserva de ley y las facultades otorgadas por el constituyente al Estado central relativas al manejo de los sectores estratégicos.

Sobre los sectores estratégicos

En la demanda, se alega que la norma impugnada vulnera los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución e indica que solo al Estado central le corresponde autorizar la delegación a la iniciativa privada de gestión de los sectores estratégicos. Agrega que esta delegación debe ser excepcional y únicamente si las empresas públicas no pueden gestionar estos sectores.

Al respecto, no cabe duda que la potestad exclusiva del Estado central respecto de los sectores estratégicos no debe ser soslayada dentro del conocimiento de la presente causa. Es así que el art. 313 de la CRE considera a los sectores estratégicos bajo el control exclusivo del Estado, a quien se le ha reservado el derecho de administrar, regular, controlar y gestionarlos de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Y dentro de la enumeración de los sectores estratégicos están los recursos naturales no renovables que pertenecen al patrimonio inembargable e imprescriptible del Estado,[11] así también, el art. 408 de la CRE establece que son de propiedad inalienable,

---

[7] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0020-10-IN
[8] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0025-10-IN
[9] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0045-09-IN
[10] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0048-11-IN
[11] Este tratamiento relativo a los sectores estratégicos analizado por la Corte Constitucional, la que inclusive ha aceptado que se declare el Estado de Excepción sobre aquellos, como el de la Sentencia No. 0004-09- SEE-CC, caso No. 0005-09-EE, que en su parte pertinente señala: *Declarar la Constitucionalidad del Estado de Excepción establecida en el Decreto No. 69, bajo las consideraciones y términos establecidos en la parte motiva de esta Sentencia*.
De manera similar, la Corte emitió sentencia favorable en Sentencia 015-10-SEE-CC/Caso No. 0011-10-EE, relativa al Decreto Ejecutivo No. 389.

imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y en general los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos. Estas potestades no pueden ser interpretadas de manera aislada, deben entenderse de manera interdependiente, en este sentido la Corte Constitucional ha interpretado que:

"(...) del texto contemplado en el art. 408, es claro que todos los recursos previstos en el mismo, esto es, recursos naturales no renovables y en general productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso las que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y de las zonas marítimas; así como, la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radio eléctrico, son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado.

(...) Lo dicho se reafirma a partir del uso de un criterio de interpretación sistemática de la Constitución, en relación con el inciso tercero del art. 313 de la Constitución de la República, que expresamente señala: (...) Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de los hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley." [12]

La Corte ha reconocido la importancia de los sectores estratégicos y los recursos naturales vinculada a la potestad del Estado central de ejercer la rectoría sobre los mismos.[13] Inclusive, la Corte, en el contexto de la delegación excepcional respecto a sectores estratégicos, expresamente ha señalado:

"Es preciso entender que los casos de excepcionalidad se deberían establecer para cada sector estratégico y/o para cada servicio público, pues son ámbitos conceptuales muy amplios que podrían ameritar distinciones o particularidades específicas para cada sector, y si algunas leyes especiales de un sector no establecieren estos casos de excepcionalidad, en la actualidad, por ser cuerpos normativos anteriores a la Constitución de la República del 2008, podría ser viable una reforma legal, o, en todo caso, se estará a las leyes que regulen y manden en cada sector, en donde se determinen los casos de excepción y los requisitos correspondientes. No obstante, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en su Libro V, Título I, regula el fomento y promoción de los sectores estratégicos, y en cuyo artículo 96 dice: "El Estado podrá delegar excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, las inversiones en los sectores estratégicos en los casos que se

[12] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0012-08-IC
[13] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Casos Nos. 0008-09-IN y 0011-09-IN acumulados.

establezcan en las leyes de cada sector y, subsidiariamente, en el presente Código"; y la delegación de la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria se la hace de forma excepcional, en los casos previstos en el artículo 100 de este cuerpo normativo, el mismo que, en lo pertinente, dispone: "Art. 100.-Excepcionalidad.- En forma excepcional, debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros ... "; bien podría entonces aplicarse esta disposición legal, hasta que la ley de la materia o del sector correspondiente determine los casos de excepcionalidad de delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria en cada materia o sector."[14]

En la referida sentencia, la Corte establece dos supuestos respecto de la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos, al resaltar que le corresponde prioritariamente al Estado; *a) "autorizar" a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos b) "delegar" a otras empresas que no fueren las empresas públicas, la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios público*s. [15]

Sobre la delegación excepcional de sectores estratégicos – minería – la Corte también ha señalado: "*No obstante, esta Corte deja en claro que el Estado debe racionalizar la participación privada en la actividad minera y velar por el respeto a los preceptos normativos reconocidos en el artículo 316 de la Constitución de la República, esto es, la excepcionalidad de la delegación a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, del ejercicio de estas actividades."*[16]

Por tanto, no existe óbice para la delegación excepcional que el Ejecutivo, en uso de sus facultades, pueda realizar. Sin embargo, es importante considerar que no existe en la normativa infra constitucional un procedimiento específico para delegación por excepcionalidad a la iniciativa privada en la fase de refinación cuando se encuentra en ejecución, por lo que son aplicables las disposiciones legales previstas en tanto en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y Código Orgánico

[14] Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 001-12-SIC-CC, Caso No. 0008-10-IC
[15] Ibídem
[16] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Casos Nos. 0008-09-IN y 0011-09-IN acumulados

Administrativo como en la Ley de Hidrocarburos, en concordancia con la capacidad de delegación excepcional establecida en la norma constitucional.

Esta potestad reglamentaria que tiene el Ejecutivo, no genera un desmedro en las potestades constitucionalmente reconocidas para cada función del Estado en el proceso de creación de leyes o menos aun en el de participación que tienen los ciudadanos – participación democrática –. Pues se trata de una delegación excepcional con sustento en informes técnicos y económicos del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP Petroecuador y del Ministerio de Economía y Finanzas, en el que consta claramente que EP Petroecuador, no estaría en condiciones de asumir el proyecto.[17]

Petición:

Por los argumentos expuestos, se desprende que los arts. 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 1094, emitido el 10 de julio de 2020 por el Presidente de la República se adecuan y están debidamente armonizado a la Constitución de la República, en tal virtud, solicito se ratifique la constitucionalidad del mismo.

Notificaciones que correspondan las recibiré en la casilla constitucional No. 018 y en las siguientes direcciones electrónicas marco.proanio@pge.gob.ec, alexandra.mogrovejo@pge.gob.ec y jsamaniego@pge.gob.ec.

Acompaño copia certificada de la acción de personal que acredita mi comparecencia.

MARCO ANTONIO PROAÑO DURÁN
Firmado digitalmente por MARCO ANTONIO PROAÑO DURÁN
Fecha: 2021.04.08 14:07:22 -05'00'

Dr. Marco Proaño Durán
DIRECTOR NACIONAL DE PATROCINIO
DELEGADO DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO
Foro de Abogados 17-1998-87

Elaborado por: Dra. Karola Samaniego / Gabriela 08-Abril-2020
Revisado por: Dra. Alexandra Mogrovejo T.

[17] Oficios MEF-VGF-2020-0334-O; MERNNR-MERNNR-2020-0518-OF y MERNNR-MERNNR-2020-0571-OF incorporados al presente expediente por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables.

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador