

**SEÑOR JUEZ CONSTITUCIONAL- CORTE CONSTITUCIONAL DEL
ECUADOR**

Caso No. 65-22-IN

Juez ponente: Richard Ortiz Ortiz

Señor juez, dentro del término legal que corresponde y conforme lo ordenado por su competente autoridad, y en referencia a su disposición procedo a completar la correspondiente ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR EL FONDO, en contra del Decreto Ejecutivo No. 238 emitido el 26 de octubre de 2021, con el que se expidió las políticas del sector eléctrico para el desarrollo público de energía eléctrica, servicio de alumbrado público general, servicio de carga de vehículos eléctricos y el almacenamiento de energía, de conformidad con lo que establece el artículo 79 numerales 4 y 5 letras a y b de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en los siguientes términos:

**1. IDENTIFICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS COMO
INCONSTITUCIONALES.**

La norma impugnada es el Decreto Ejecutivo nro. 238 emitido el 26 de octubre de 2021, en los siguientes términos:

Artículo 1.- Expedir las Políticas del Sector Eléctrico para el desarrollo del servicio público de energía eléctrica, servicio de alumbrado público

general, servicio de carga de vehículos eléctricos y el almacenamiento de energía.

Artículo 2.- El Estado impulsará la implementación del marco institucional y normativo necesarios, para garantizar el incremento sostenido de la capacidad instalada de generación de energía eléctrica, con el fin de satisfacer la demanda prevista en el Plan Maestro de Electricidad para los próximos diez años.

Artículo 3.- El sector eléctrico será eficiente, competitivo, sostenible, ambientalmente responsable, basado en la innovación, garantizando la seguridad jurídica y potenciando la inversión privada.

Artículo 4.- En el plazo de tres (3) meses contados a partir de la expedición del presente Decreto Ejecutivo se ejecutarán las siguientes acciones inmediatas:

a) Formular y proponer las políticas públicas e institucionales, y reformar el marco legal y regulatorio, en lo pertinente, para generar condiciones óptimas de carácter técnico, económico, ambiental y social, que permitan incentivar la inversión privada en las distintas áreas del servicio público de energía eléctrica, servicio de alumbrado público general, servicio de carga de vehículos eléctricos y el almacenamiento de energía;

b) Reformular el modelo de desarrollo del sector eléctrico para viabilizar la participación de las empresas públicas, de capital mixto y privado en todas las etapas de la provisión del servicio público de energía eléctrica, servicio de alumbrado público general, servicio de carga de vehículos eléctricos y el almacenamiento de energía, bajo estándares de calidad y eficiencia, a través de procesos de participación universales y competitivos. El modelo deberá promover la integración energética regional;

c) Promover esquemas eficientes y competitivos para la participación de inversión privada en las etapas de generación, transmisión, distribución, comercialización y almacenamiento de energía, en el servicio de alumbrado público general y en el servicio de carga de vehículos eléctricos; a través de diferentes modelos de gestión, tales como: asociaciones público-privadas, alianzas estratégicas y similares. Los procesos competitivos cumplirán con la normativa nacional y adoptar las mejores prácticas y estándares de éxito a nivel mundial;

d) Implementar las regulaciones necesarias que contemplen tarifas de incentivo y condiciones preferentes, en el marco de lo previsto en el artículo 26 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, para promover la entrada en operación de los proyectos de generación y autogeneración requeridos para satisfacer la demanda de energía eléctrica proyectada en el Plan Maestro Eléctrico;

- e) Identificar segmentos y proyectos en el ámbito de la generación, transmisión, distribución, comercialización y almacenamiento de energía eléctrica, alumbrado público general y carga de vehículos eléctricos, para delegar a la participación privada a través de los diferentes modelos de gestión;

- f) Conducir la elaboración de nueva normativa o reforma a la existente para que las empresas públicas puedan captar recursos del sector privado en la inversión y operación de las distintas actividades para la prestación del servicio público de energía eléctrica, servicio de alumbrado público general, servicio de carga de vehículos eléctricos y almacenamiento de energía;

- g) Formular las políticas y proponer normativa para procurar una mayor eficiencia en el aprovechamiento de las fuentes de energía y en el uso de la energía eléctrica por parte de los consumidores, así como por las empresas eléctricas de propiedad del Estado;

- h) Proponer un plan que defina los parámetros de esquemas de precios y condiciones preferentes, incluido tarifas de incentivo, al sector privado con motivo de incrementar en al menos 250 MW, hasta el 2025, la participación de autogeneradores en el mercado eléctrico ecuatoriano a través del aprovechamiento de fuentes de energía renovable;

- i) Proponer un plan de reestructuración del sector eléctrico para el fortalecimiento de las instituciones y de su talento humano, mediante el análisis y reformulación de las estructuras organizacionales que permitan innovar y optimizar procesos, tomando como referencia las buenas prácticas nacionales e internacionales de administración y transparencia;

- j) Incrementar la capacidad de gestión de las instituciones y empresas públicas del sector eléctrico, nombrando a sus autoridades y representantes, a través de procesos de selección que consideren perfiles profesionales y experiencia acorde con las necesidades empresariales y los procedimientos establecidos para el efecto;

- k) El Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, la Agencia de Regulación y Control de la Energía y Recursos Naturales no Renovables y el Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica cooperarán para evitar la duplicidad de trámites en los procesos de licenciamiento ambiental y las autorizaciones de uso y aprovechamiento de agua;

- l) Revisar y reportar a la Presidencia de la República, el estado integral de las solicitudes de proyectos de generación y autogeneración de energía eléctrica que no se encuentren dentro del Plan Maestro de Electricidad y presentará un plan de acción para que dichos proyectos se incorporen al Sistema Nacional Interconectado;

m) Revisar y reportar a la Presidencia de la República el estado integral en el ámbito de gestión técnica, administrativa, financiera y legal de todas las empresas públicas de generación y transmisión de energía eléctrica, así como el estado de los trámites para las concesiones de los proyectos de generación eléctrica. El reporte incluirá propuestas que permitan adoptar medidas para alcanzar indicadores eficientes en la gestión técnica y administrativa;

n) Revisar y reportar a la Presidencia de la República el estado integral en el ámbito de gestión técnica, administrativa, financiera y legal de todas las empresas eléctricas de distribución, tanto CNEL-EP como las sociedades y compañías anónimas. El reporte incluirá propuestas que permitan adoptar medidas para alcanzar indicadores eficientes en la gestión técnica y administrativa.

o) Convocar a los procesos públicos de selección para la concesión del Bloque de 500 MW de energía renovable, Ciclo Combinado Termo Gas Machala, Sistema de Transmisión Nororiental, Bloque de Ciclo Combinado de Gas Natural de 400 MW y la gestión delegada de la Central Sopladora.

p) Elaborar un informe actualizado de la capacidad fotovoltaica instalada en el país, para a partir de ello, establecer las políticas y estructurar el marco normativo e institucional necesario para incentivar la

adopción de fuentes renovables de provisión de energía, tanto a nivel residencial, como industrial y comercial.

q) Establecer la metodología de cálculo para los costos variables de producción de las centrales hidroeléctricas.

r) CELEC-EP, CNEL-EP y las empresas eléctricas de distribución remitirán al Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables toda la información de sus costos de operación, mantenimiento y expansión, que le permita al Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables ejecutar un estudio para la expedición del Pliego Tarifario del año 2022 que contenga la estructura tarifaria real a aplicarse a los consumidores o usuarios finales, y los valores que le corresponde a dicha estructura, para el servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público general.

Artículo 5.- Propuestas regulatorias: En el plazo de un (1) mes contado a partir de la expedición de este Decreto Ejecutivo, se presentarán a la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República las siguientes propuestas de reforma regulatoria:

a) El Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, presentarán una propuesta de decreto ejecutivo que adapte las disposiciones del

Decreto Ejecutivo No. 1190 del 17 de noviembre de 2020, a las particularidades de planificación y proyectos del sector eléctrico.

b) El Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables presentará un plan para la incorporación del sector camaronero, agroindustrial y petrolero al sector eléctrico.

Disposiciones transitorias

Primera. - El Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, en su calidad de rector de la política energética, coordinará con las carteras de Estado que sean pertinentes. La atención de todos los asuntos que sean necesarios para la ejecución e implementación de lo aquí dispuesto, para lo cual los ministros de Estado brindarán la atención y soporte respectivo.

Segunda. - En el plazo de dos (2) meses contados a partir de la expedición del presente Decreto Ejecutivo, el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica revisará los procesos ambientales del sector eléctrico, público y privado, que se encuentren pendientes de ser atendidos. Estableciendo un plan de acción inmediata a través de un cronograma de ejecución que no podrá ser superior a un plazo de tres (3) meses. El Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables velará por el cumplimiento de esta disposición, informando a la Secretaría

General Jurídica de la Presidencia de la República en caso de existir incumplimientos, para que se tomen los correctivos pertinentes.

2. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS.

Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre:

11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.

Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos, la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

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.

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo.

Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

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.

Art. 317.- Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.

3. FUNDAMENTACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DEL DECRETO EJECUTIVO NRO. 238, DE 26 DE OCTUBRE 2021.

a) SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Según el tratadista colombiano Fernando Alonso Tovar¹, el fenómeno de sustitución constitucional, lo podemos definir como la supresión total o parcial de ciertos elementos que definen la identidad de la Constitución, por parte de un órgano de reforma que excede su competencia, la cual se circunscribe única y exclusivamente a la potestad de enmendar la Carta Magna pero no sustituirla.

Añade el mismo autor², que este fenómeno se presenta cuando el órgano de reforma bien sea el legislador o el pueblo mediante referendo deroga principios esenciales de la Constitución, con el pretexto de reformarla, siendo que la potestad de derogar esos principios esenciales y definatorios de la Carta solo recae en el constituyente primario, condición que ostenta el pueblo en caso de que su voluntad sea sellar un nuevo pacto social.

La definición otorgada por Alonso Tovar tiene su origen en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana en 1992, pero que se desarrolla de forma clara en la sentencia C- 551/2003, la misma que plantea una reconceptualización a los límites del Poder Constituyente Reformatorio.

La doctrina constitucional tradicional desarrolló las limitaciones del Poder Constituyente Derivado en base al respeto a los procedimientos que la misma norma fundamental establece para su reforma, por ejemplo, normas pétreas, procedimientos legislativos calificados o mecanismos de democracia directa con aprobaciones del mandante calificadas; sin embargo, fue sigilosa al momento de prever restricciones a quienes ejercen facultades de reforma

¹ <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3642/2211>

² Ibid.

constitucional (Ejecutivo, Legislativo o Iniciativa Popular) bajo el argumento de la representación popular (en el caso del legislativo) y del ejercicio de la soberanía (en el caso de Referéndum popular). Estas omisiones doctrinarias dieron como consecuencia que procesos de modificación a la Norma Suprema, siendo procedimentalmente viables, legalmente desarrolladas, afecten principios fundamentales o esenciales de la Constitución que solo podrían variar por el ejercicio del Poder Constituyente Originario.

Estas extralimitaciones del poder constituyente derivado, según la Corte Constitucional colombiana, pueden provenir de vicios procedimentales de competencia por parte de aquel que ejerce la iniciativa, no necesariamente por inobservancia de la norma que regula el procedimiento, sino porque siendo competente el órgano emisor o bien hubiere adelantado un proceso inobservando sus etapas o bien siendo competente con la reforma hubiere alterado el núcleo esencial de la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana, en su fallo C- 551/2003, menciona que:

“[la] reforma a la Constitución por medio de un referendo es un procedimiento que comprende diversas etapas. Por ende, conforme al artículo 241 ord 2, la Corte ejerce el control automático definitivo sobre la ley que somete a decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 379 superior”; determinando que “[la] Corte ejerce un control automático sobre todos los eventuales vicios de procedimiento en la formación de la ley que convoca a referendo (CP art. 241 ord. 2). Esta sentencia de control automático

hace tránsito a cosa juzgada, y por ende es definitiva en lo que concierne al acto objeto de control por la Corte, razón por la cual, obliga a todas las autoridades del Estado.” (Corte Constitucional, C- 551/2003).

Añade la Corte en la misma sentencia:

La reforma proviene de una decisión [que] (...) puede contradecir normas constitucionales preexistentes. Incluso, puede llegar a tratarse de una contradicción radical que directamente derogue mandatos o principios constitucionales fundamentales y que suponga la transformación dramática de algunas instituciones constitucionales o que contradiga la tradición constitucional. Todo esto es normal en procesos de reforma constitucional (...) Lo que no puede ocurrir, es que una tal modificación suponga la sustitución del modelo constitucional vigente, es decir, la sustitución de la opción política fundamental consagrada en la fórmula política de la Constitución. Todo lo demás, por grave, importante, definitivo que resulte, puede ser objeto de reforma constitucional sin que la Corte pueda oponer límite competencial alguno. (Corte Constitucional, C- 303 de 2010).

De este modo, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana incorpora al análisis de constitucionalidad de las reformas constitucionales un elemento importante como los vicios de procedimiento para la determinación de sustitución de la norma constitucional, lo que acarrearía la inconstitucionalidad en caso de verificarse.

En el caso sub judice, la Constitución de 2008, estableció normas claras para el manejo de los sectores estratégicos, para que sea el Estado quien ejerza el control exclusivo y administre los recursos naturales no renovables, lo que se conoce como soberanía energética.

El régimen Constitucional añade que la provisión del servicio público de energía eléctrica le corresponde, en primer lugar, al Estado, a través de sus empresas públicas, según lo previsto en el numeral 3 del artículo 225 de la Carta Magna, luego a empresas mixtas donde el Estado tenga participación mayoritaria, y **posterior y excepcionalmente**, al sector privado vía delegación de conformidad con el artículo 316 ibidem.

En lo relativo a la prestación de servicios públicos, el artículo 314 de la Constitución es claro al señalar que el Estado es responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y señala que el Estado será quien fije los precios y tarifas de dichos servicios públicos, y establecerá el control y regulación de estos.

Queda claro que la provisión del servicio público de energía eléctrica constituye una obligación constitucionalmente restringida al Estado ecuatoriano. La participación de actores privados es la excepcionalidad a la regla, es decir, bajo condiciones estrictamente delimitadas, el Estado puede delegar a la iniciativa privada la provisión del servicio de energía eléctrica. Además, constituye una contradicción conceptual el pretender liberalizar el mercado del sector eléctrico

cuando los precios y tarifas de este, según el artículo 314 de la Constitución, son establecidos por el Estado. En otras palabras, no se podría tener una libre competencia en dicho sector debido a que existen disposiciones de carácter constitucional que obligan al Estado a fijar precios y tarifas que no reflejarían la realidad de los costos de generación y comercialización de la electricidad.

En este contexto, las normas constitucionales, al respecto, rezan:

“Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos, la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.
(Énfasis añadido)

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. (Énfasis añadido)

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

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. (Énfasis añadido)

Ahora bien, con la finalidad de esclarecer que la provisión de los servicios públicos es una tarea exclusiva del Estado a través de sus órganos e instituciones, es necesario revisar la sentencia número 001-12-SIC-CC emitida

por la Corte Constitucional ecuatoriana el 5 de enero de 2012, la cual, en su parte pertinente establece:

“Este derecho prioritario del Estado comprende la gestión de los sectores estratégicos, que evidentemente implica la operación de los mismos, lo cual concuerda con el artículo 315 de la Norma Fundamental, que delimita la creación de empresas públicas tanto para gestión de sectores estratégicos como para la prestación de servicios públicos (...). En consecuencia, las empresas públicas prestarán servicios públicos, en uso del derecho prioritario señalado en la Constitución de la República, pero siempre bajo los términos y condiciones que los órganos competentes del Estado determinen. (...) No obstante, el artículo 316 de la Carta Magna establece los casos de delegación para la gestión de los sectores estratégicos y/o para la prestación de los servicios públicos. El primer caso es para las empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria. Estas empresas mixtas podrían ser constituidas por empresas públicas, conforme lo prevé el inciso final del artículo 315 de la Constitución, o por otras entidades del Estado. El segundo caso es para la iniciativa privada – no se incluyen las empresas mixtas antes detalladas -, o para la economía popular y solidaria; pero este proceso de delegación es de carácter excepcional y siempre en los casos que establezca la ley, con los requisitos que ahí se determinen.”

En tal virtud, queda claro que el Estado, a través de sus entidades y organismos, en uso del derecho prioritario establecido en la Constitución de la República, es

quien tiene la obligación de prestar los servicios públicos, y únicamente, de forma excepcional, lo pueden realizar entes de naturaleza privada.

A fin de comprender el concepto de “excepcionalidad” en la prestación de servicios públicos por parte de entes privados, la misma sentencia constitucional antes citada señala lo siguiente:

“(…) se considera necesaria la interpretación constitucional en el sentido de que la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos corresponde prioritariamente al Estado; dicha prioridad incluye la potestad o prerrogativa que tiene el Estado para:

a) “autorizar” a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos – se habla de “autorización” para los casos de empresas públicas cuyo objeto o fin, de acuerdo al instrumento legal de su constitución (...) sea la gestión o actividades relacionadas a la gestión del respectivo sector estratégico, puesto que el derecho preexistente que nace de la Constitución de la República lo podrán ejercer únicamente para dicho sector estratégico específico y/o la prestación del servicio público correspondiente (...) b) o para “delegar” a otras empresas que no fueren las empresas públicas, la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos. (...) Por ende, el Estado autoriza en unos casos, o delega en otros. (...)

Para el caso específico de la delegación por excepción (segundo caso de delegación aquí analizado), es importante determinar que los casos de excepcionalidad estarán regulados por la ley de la materia o del sector estratégico pertinente”.

Queda claro que la delegación a la empresa privada para la provisión de servicios públicos constituye una excepcionalidad, es decir, deben cumplirse determinados requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para que opere dicha delegación. En palabras más sencillas, la participación de los actores privados en la provisión de servicios públicos es una excepción a la regla general en la cual el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación de los servicios públicos.

En concordancia con esto, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), en su artículo 100, establece:

“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.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelaré que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal. (...) (Énfasis añadido)

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y las disposiciones establecidas en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones son claras. Los servicios públicos deben ser provistos por el Estado ecuatoriano, y de manera excepcional, estos podrán ser delegados a iniciativas privadas que cumplan con determinados requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico nacional.

Dicha delegación, entre otras cosas, opera cuando el Estado carezca de los recursos suficientes o la capacidad técnica para cubrir la demanda de los servicios públicos. En este caso específico, refiriéndonos a la provisión del servicio de energía eléctrica, actualmente el Estado cuenta con la capacidad técnica y los recursos necesarios para proveer dicho servicio dentro de todo el territorio nacional. En el Decreto Ejecutivo nro. 238 de 26 de octubre de 2021, no se realiza ninguna justificación objetiva o referencia a informe técnico alguno que demuestre la falta de capacidad técnica del Estado o la falta de recursos de este para cubrir la demanda de energía eléctrica. El decreto se limita a disponer, de manera general y obligatoria, la liberalización del sector eléctrico sin

establecer las justificaciones pertinentes según lo establecido en la Constitución y en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Por otro lado, en el supuesto de realizarse una liberalización del mercado, no se podría verificar que los precios y las tarifas establecidos sean equitativos en función de la realidad social y económica del país, ya que al implementar la libre competencia en la cadena de generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica, los precios y tarifas serían establecidos por factores y elementos propios del libre mercado, los cuales a su vez son el resultado de la interacción de los actores económicos. Por lo tanto, la liberalización generalizada del sector eléctrico, más allá de ser contraria a la excepcionalidad constitucional antes mencionada, adolece también de una contradicción conceptual respecto de la fijación de precios y tarifas “equitativos”.

Los servicios públicos revisten gran importancia para el desarrollo económico del país y el pleno ejercicio de los derechos constitucionales de las personas, y debido a esta característica, la Constitución ha establecido que dichos servicios deben ser garantizados y prestados por el Estado a fin de garantizar su pleno acceso, obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, y sobre todo, precios y tarifas equitativos. Además, el Estado tiene la obligación, según el artículo 315 de la Constitución, de crear e implementar empresas públicas encargadas de la prestación de servicios públicos, y no implementar una delegación general a la iniciativa privada.

Por otro lado, la empresa privada en el Ecuador tiene un papel limitado respecto de la prestación de servicios públicos. Su participación está atada a la verificación de requisitos y condiciones establecidos en el ordenamiento jurídico, lo cual constituye su característica de excepcional y no discrecional, como se lo quiere implementar a través del Decreto Ejecutivo nro. 238 de 26 de octubre de 2021.

b) DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

Según el tratadista Jorge Zavala Egas, la seguridad jurídica se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones, es decir, como un principio de respeto al ordenamiento jurídico, a la institucionalidad del Estado y a la progresividad y favorabilidad de los derechos humanos.

En este sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Perú en sentencia 10375-11 dispone que:

“(…) En aplicación del principio de seguridad jurídica, el Estado viene obligado a proveer un marco normativo para que el ciudadano sepa a qué atenerse en sus relaciones con la administración. Así, la seguridad jurídica en sentido estricto, no precisa tener un determinado contenido, sino que bastará con la existencia de un conjunto de disposiciones que fijen consecuencias jurídicas frente a ciertos hechos o actos (…)”

En este contexto, la Constitución del 2008 en su artículo 82 establece que:

“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.”

En concordancia la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia nro. 067-14-SEP-CC señala que:

“La seguridad jurídica es un derecho que implica que la Constitución garantiza a todas las personas una plena certeza y conocimiento de las posibles consecuencias jurídicas, por su accionar positivo así como por cualquier omisión a un mandato expreso, todo esto, en relación a lo que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De lo anotado se deduce, que la Constitución del Ecuador garantiza la seguridad jurídica a través de la concreción del debido proceso, ya que es obligación de los operadores judiciales efectuar el ejercicio de la potestad jurisdiccional en estricto apego a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Ley, lo que implica una correcta y debida aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, afianzando así la seguridad jurídica.”

De acuerdo con Luis Cueva Carrión, el derecho a la seguridad jurídica se sustenta en el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y dictadas por autoridades competentes.

En virtud de lo expuesto, la seguridad jurídica representa la certeza que la ciudadanía tiene respecto del actuar de la administración pública a través de sus diferentes organismos. Certeza que se la traduce en la posibilidad que tienen las personas, públicas y privadas, naturaleza y jurídicas, de conocer lo mandatorio, permitido y prohibido. Además, las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, deben ser aprobadas y emitidas en apego a los procedimientos legales establecidos, y respetando la jerarquía de normas.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, la trasgresión a los principios universales del derecho, como la seguridad jurídica y la jerarquía normativa, han sido violentados a través de la expedición del Decreto Ejecutivo nro. 238 de 26 de octubre de 2021. Con este se reformula la política constitucional de provisión del servicio público de energía eléctrica, estableciendo que actores privados puedan participar en cualquiera de los segmentos de la cadena de producción de energía eléctrica (generación, transmisión, distribución, comercialización y almacenamiento) de manera general y no excepcional como lo dispone el artículo 316 de la Constitución. Además, con dicho decreto, se incumple con lo establecido en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, donde se establecen las condiciones sobre las cuales, de manera excepcional, el Estado puede delegar a la iniciativa privada la provisión de servicios públicos como el de electricidad. Siendo

c) DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Para a García De Enterría: “La constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construido; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad” “la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior.”

Según el maestro Gustavo Ferreyra, la Constitución es el plan maestro que esquematiza las formas y procedimientos que debe observar toda la producción jurídica de los poderes del Estado. No caben dudas de que es concretamente en esta relación de jerarquía lógica estructural, entre la Constitución y el resto de normas del sistema jurídico donde puede afirmarse que la Constitución disciplina y programa la configuración del cuándo, el cómo, el quién y el cuánto del ejercicio del poder coactivo.

Por lo tanto, podemos afirmar entonces, que la norma constitucional, como fuente suprema y base del ordenamiento jurídico, determinar las facultades y los límites a los ciudadanos y al poder Estatal; de modo que, ninguna autoridad que actúe bajo potestad del Estado puede ejercer atribuciones no previstas en la Constitución.

Para la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia No.C-415-12) la noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 4 de la Constitución Política indica:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infra constitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado: La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, *norma normarum*. Estas características de supremacía

y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución.

Así la vigente Constitución en su artículo 424 recoge el principio de supremacía constitucional en los siguientes términos:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

En concordancia, y en referencia a la obligación que deriva del principio de supremacía constitucional, la norma superior establece la siguiente obligación a los funcionarios públicos:

“Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de

derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.”

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

En síntesis, podemos afirmar, que todas las autoridades públicas se encuentran no solo sujetas a la Constitución, sino que tiene la obligación de observar el bloque de constitucionalidad en todos los actos que en los que ejerzan poder Estatal. Por lo tanto, la supremacía constitucional no solo es límite de la acción de la autoridad, sino que es a su vez garantía para la salvaguarda del ordenamiento jurídico y la tutela de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas.

En este sentido, el Presidente de la República, el 07 de junio de 2021, a través del Decreto Ejecutivo 095, estableció “acciones inmediatas” que se debía tomar, dentro de los primeros 100 días, en materia de hidrocarburos, entre las que se previó, la modificación y/o traslación de los contratos petroleros de prestación de servicios a la modalidad de participación, conforme lo establece el artículo 2 de dicho Acuerdo Ministerial.

La intención del Ejecutivo, según el Acuerdo Ministerial, es establecer los lineamientos de la política pública de hidrocarburos; sin embargo, se evidencia que a través de la expedición de este acuerdo ministerial, modificó las dispersiones de la ley de hidrocarburos, al incorporar al ordenamiento jurídico los contratos de participación, en materia petrolera y el proceso que debe seguirse para que las empresas puedan optar por el cambio de modalidad en los contratos, contrariando así el principio de reserva de ley, de un lado, y de otro contraviniendo la sentencia interpretativa del artículo 315 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en el año 2012, que refiere lo siguiente:

“Consecuentemente, el segundo caso de delegación es para la iniciativa privada y para la economía popular y solidaria, teniendo en cuenta que deben confluír 2 aspectos sustanciales: 1) que esta delegación es de carácter excepcional; y, 2) que dicha excepcionalidad debe estar regulada mediante la ley de la materia o de cada sector.”

Es decir, que la sentencia No. 001-12-SIC-CC, de la Corte Constitucional, estableció que la delegación de los sectores estratégicos, entre ellos el hidrocarburífero, solo puede ser regulado mediante ley, por lo que el Presidente de la República, con la expedición del Decreto 095, se extralimitó en sus competencias y, a través de una norma infralegal: i) estableció regulaciones, en materia petrolera, que solo podían realizarse mediante ley ii) a través de una norma infralegal, modificó la vigente ley de hidrocarburos al incorporar la modalidad contractual de participación, en materia petrolera, sin observar el procedimiento de reforma legal que debía seguir.

Esta inobservancia afecta a tres principios constitucionales: el principio de reserva legal para la regulación de la delegación privada de los sectores estratégicos, la inobservación del proceso de reforma legal y la extralimitación en su facultad de colegislador; esto trajo como consecuencia un vicio de procedimiento, por parte del Presidente de la República, de un lado, y de otro la trasgresión al principio de jerarquía normativa, toda vez que un acuerdo ministerial, bajo ningún concepto puede modificar la ley.

Por los comparecientes, debidamente autorizado

Abg. Fernando Castillo B.

Mat. Prof. No. 17-2016-1390 F.A.C.J.