



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

MODALIDAD: PROYECTO DE TITULACIÓN CON COMPONENTES DE INVESTIGACIÓN APLICADA Y/O DE DESARROLLO

Título:

Los decretos ejecutivos 238 y 239 y su incidencia en los principios constitucionales de no discriminación y seguridad jurídica

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Magister en Derecho Constitucional

Autor:
Arguello Toromoreno Jaime Servando

Tutor:
Vásquez Fuentes José Luis, MSc.

LATACUNGA – ECUADOR
2023

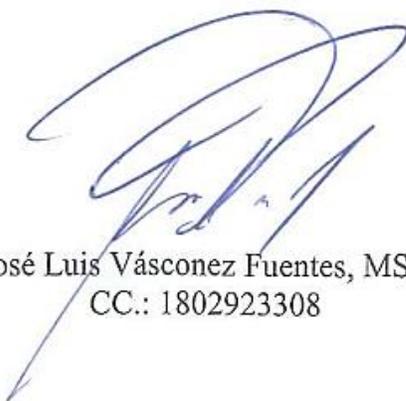
APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “Los decretos ejecutivos 238 y 239 y su incidencia en los principios constitucionales de no discriminación y seguridad jurídica”, presentado por Arguello Toromoreno Jaime Servando, para optar por el título de Magíster en Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y se considera que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación para la valoración por parte del Tribunal de Lectores que se designe y su exposición y defensa pública.

Latacunga, 21 de julio de 2023

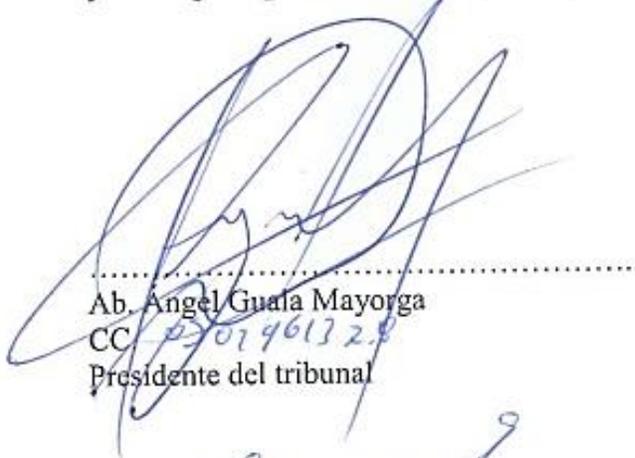


José Luis Vásquez Fuentes, MSc.
CC.: 1802923308

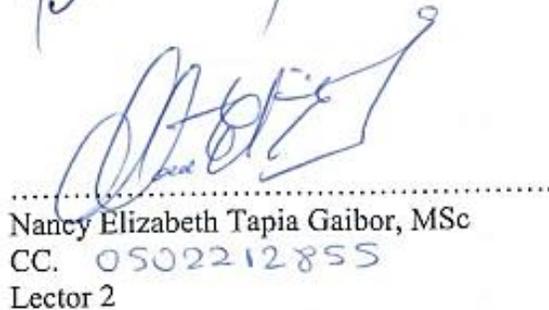
APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación: Los decretos ejecutivos 238 y 239 y su incidencia en los principios constitucionales de no discriminación y seguridad jurídica, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, previo a la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional; el presente trabajo reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la exposición y defensa.

Latacunga, 31 de julio de 2023



Ab. Angel Guala Mayorga
CC. 0207961328
Presidente del tribunal



Nancy Elizabeth Tapia Gaibor, MSc
CC. 0502212855
Lector 2



Lenin Lucas Guanoquiza Tello, MSc
CC. 1716622939
Lector 3

DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso, creador de todo, por su amparo y fortaleza en cada paso que doy.

A Valentina y Doménica, mis preciosas hijas, por su paciencia y comprensión del tiempo sacrificado, pero que son mi gran motivación para alcanzar mis metas y no rendirme.

A Diana, mi esposa y compañera de vida, porque a lo largo de este crecimiento profesional me ha dado su amor, apoyo y acompañamiento incondicional.

AGRADECIMIENTO

A la Dirección de Posgrado de la Universidad Técnica de Cotopaxi, por darme la oportunidad de una formación académica de excelencia, con altos valores y estándares óptimos en el conocimiento del Derecho Constitucional.

Así mismo, dejo constancia de mi profundo agradecimiento a todos aquellos docentes que impartieron su cátedra a lo largo de esta Maestría, quienes han sabido guiarme por el camino del saber.

Un especial reconocimiento y agradecimiento a mi tutor MSc. José Luis Vásquez Fuentes, por haberme dedicado su tiempo, brindándome su constante y acertado asesoramiento, apoyo y comprensión.

RESPONSABILIDAD DE AUTORÍA

Quien suscribe, declara que asume la autoría de los contenidos y los resultados obtenidos en el presente Trabajo de Titulación.

Latacunga, 31 de julio de 2023



Dr. Jaime Servando Arguello Toromoreno
1715690333

RENUNCIA DE DERECHOS

Quien suscribe, cede los derechos de autoría intelectual total y/o parcial del presente trabajo de titulación a la Universidad Técnica de Cotopaxi.

Latacunga, 31 de julio de 2023

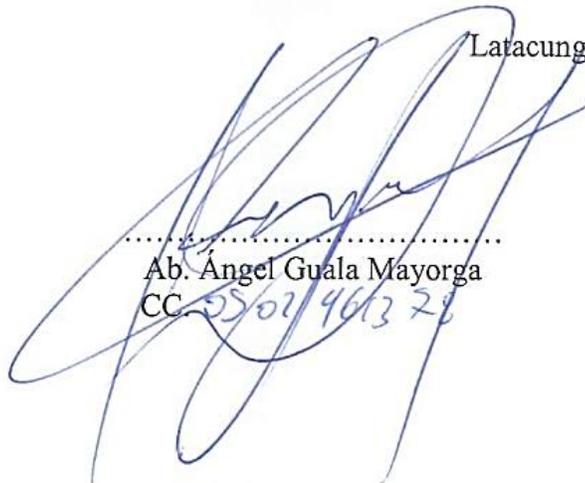


Dr. Jaime Servando Arguello Foromoreno
1715690333

AVAL DEL PRESIDENTE

Quien suscribe, declara que el presente Trabajo de Titulación: Los decretos ejecutivos 238 y 239 y su incidencia en los principios constitucionales de no discriminación y seguridad jurídica, contiene las correcciones a las observaciones realizadas por los miembros del tribunal en la predefensa.

Latacunga, 31 de julio de 2023



.....
Ab. Angel Guala Mayorga
CC. 5502/461378

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI
DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Título: Los decretos ejecutivos 238 y 239 y su incidencia en los principios constitucionales de no discriminación y seguridad jurídica

Autor: Arguello Toromoreno Jaime Servando

Tutor: Vásquez Fuentes José Luis, MSc.

RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 147, numeral 3, establece la atribución del Señor Presidente Constitucional de la República, en definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva. Bajo esa premisa, emitió con fecha 26 de octubre de 2021 el Decreto Ejecutivo Nro. 238, que establece las Políticas para el Sector Eléctrico. Complementariamente y en la misma fecha, expidió el Decreto Ejecutivo Nro. 239, que contiene reformas varias al Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. Al revisar y contrastar tales políticas y reformas reglamentarias frente a la ley de especialidad, la principal problemática radica cómo, bajo deficiencias motivacionales, se establecen beneficios y se cambia la naturaleza contractual de las empresas autogeneradoras, equiparándolas con las empresas generadoras puras, quienes, para calificarse como tal y obtener su contrato de concesión, cumplieron con mayores y exigentes requisitos. A través del análisis constitucional, los citados aspectos evidencia vulneración hacia estos últimos a su legítimo derecho de participación en el sector eléctrico ecuatoriano, bajo una supuesta seguridad jurídica, atracción de inversión privada y desarrollo de empresas públicas, concediendo inmotivadamente una supuesta igualdad de condiciones y preferencias que legal, reglamentaria y contractualmente carecen. La inobservancia de principios constitucionales, así como de los parámetros legales establecidos, ocasiona una afectación operativa y por ende económica a las empresas generadoras y al propio Estado, lo que da como resultado la necesidad de un control abstracto de constitucionalidad, precautelando los elementos fundamentales del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Decreto; constitucional; generadoras; autogeneradores; seguridad jurídica; igualdad; no discriminación.

UNIVERSITY TECHNICAL OF COTOPAXI
GRADUATE SCHOOL
MASTER'S DEGREE IN CONSTITUTIONAL LAW

Title: "Executive Decrees 238 and 239 and their Impact on the constitutional principles of non-discrimination and legal security"

Author: Arguello Toromoreno Jaime Servando

Tutor: Vásquez Fuentes José Luis, MSc.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador, in its article 147, numeral 3, establishes the attribution of the Constitutional President of the Republic, in defining and directing the public policies of the Executive Branch. Under this premise, on October 26th, 2021 it was issued Executive Decree No. 238, which dictates the Policies for the Electricity Sector, complementarily and on the same date, Executive Decree No. 239 was issued, which contains various reforms to the Regulations of the Organic Law of the Public Electric Power Service. When reviewing and contrasting such policies and regulatory reforms against the specialty law, the main problem lies in, how the contractual nature of self-generating corporations is altered when motivational inadequacies exist, equating them with pure-generating companies who have to meet stricter criteria to be considered such and get their concession contract. Through the constitutional analysis, the aforementioned aspects show the violation of their legitimate right to participate in the Ecuadorian electricity sector, under a supposed legal certainty, the attraction of private investment and development of public companies, granting alleged equality of conditions and preferences that as seen are legal, regulatory and contractually lacking. The non-observance of constitutional principles, as well as of the established legal parameters, causes an operational and hence economic impact on the generating enterprises and the State itself, resulting in the need for an abstract control of constitutionality, taking into account the fundamental elements of the Law.

KEYWORDS: Decree; constitutional; generators; auto generators; legal security; equality; nondiscrimination.

Yo, Tania Elizabeth Alvear Jiménez con cédula de identidad número: 0503231763 MAGÍSTER EN LINGÜÍSTICA APLICADA A LA ENSEÑANZA DEL INGLÉS COMO LENGUA EXTRANJERA con número de registro de la SENESCYT: 1020-2021-2354185.; CERTIFICO haber revisado y aprobado la traducción al idioma inglés del resumen del trabajo de investigación con el título "“Los decretos ejecutivos 238 y 239 y su incidencia en los principios constitucionales de no discriminación y seguridad jurídica” de Arguello Toromoreno Jaime Servando, aspirante a Magister en Derecho Constitucional.

Latacunga, agosto 2023.



Tania Elizabeth Alvear Jiménez

ID. 0503231763

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. CAPITULO I	1
INTRODUCCIÓN	1
1.1. Justificación.....	1
1.2. Planteamiento del problema	2
1.3. Hipótesis o preguntas de investigación	3
1.4. Objetivos de la Investigación	6
1.4.1. Objetivo General	6
1.4.2. Objetivos Específicos	6
2. CAPÍTULO II	7
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	7
3. CAPÍTULO III.....	39
MATERIALES Y MÉTODOS	39
4. CAPÍTULO IV.....	41
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	41
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	48
Conclusiones.....	48
Recomendaciones	50
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1. CAPITULO I.

INTRODUCCIÓN

Título del Proyecto: Los decretos ejecutivos 238 y 239 y su incidencia en los principios constitucionales de no discriminación y seguridad jurídica.

1.1. Justificación

La (Constitución de la República del Ecuador, 2008), en su artículo 82, prescribe el derecho a la seguridad jurídica, que consiste en el respeto de la Carta Magna y la existencia de la normativa en forma clara y pública, misma que, de conformidad con el artículo 83, número 1, debe ser acatada, cumplida y aplicada por todos los ecuatorianos y ecuatorianas, y principalmente por aquellos que ejercen funciones públicas y son autoridad.

Al ser la Constitución la norma suprema y que toda norma y acto del poder público debe guardar conformidad con la misma, se debe respetar el orden jerárquico normativo, siendo que un decreto ejecutivo y/o reglamento tiene que alinearse a una ley orgánica.

En la égida de lo dicho, la Función Legislativa expidió la (Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, 2015), a fin de adecuar la legislación eléctrica a la Constitución del 2008, que es primordialmente estatal.

La LOSPEE, con ley orgánica de especialidad, establece en forma clara y precisa el funcionamiento del sector eléctrico ecuatoriano, así como de sus participantes y los roles que le corresponde a cada uno.

El Señor Presidente Constitucional de la República, con Decreto Ejecutivo Nro. 856, expidió el (Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, 2019), a efectos de normar los derechos, obligaciones y funciones de los participantes del sector eléctrico ecuatoriano.

Tanto en la LOSPEE cuanto en su Reglamento General de Aplicación, se establecen las directrices y definiciones claras en cuanto se refiere al grado de participación de las empresas generadoras y autogeneradoras.

El Señor Presidente Constitucional de la República, a través de decretos ejecutivos Nros. 238 y 239 de 26 de octubre de 2021, expidió 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”, así como la “REFORMA AL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA”.

La reforma reglamentaria llevada a cabo para ejecutar paralelamente las políticas sectoriales, ha brindado beneficios y cambiado la naturaleza contractual de las empresas autogeneradoras, equiparándolas con las empresas generadoras propias, quienes, para calificarse como tal, tuvieron que cumplir con mayores y exigentes requisitos, vulnerando así su legítimo derecho de participación en el sector eléctrico ecuatoriano, discriminándolos para que los primeros gocen de una supuesta igualdad de condiciones que legal, reglamentaria y contractualmente carecen.

Esta supuesta equiparación de derechos produce una afectación económica a las empresas generadoras y al propio Estado pues, tales autoconsumidores mantienen a enero de 2022 una capacidad de 1712,59 MW, mismas que tienen como naturaleza el consumo propio y, únicamente sus excedentes que son menores, ponerlos a disposición del mercado eléctrico, supliendo indebidamente a la generación de aquellas empresas que si gozan desde muchos años atrás tal derecho.

1.2.Planteamiento del problema

Determinar el grado de incidencia en la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica y no discriminación por parte de la Función Ejecutiva con la emisión de los decretos ejecutivos 238 y 239, en franca contraposición con la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica.

1.3.Hipótesis o preguntas de investigación

La (Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, 2015), en su artículo 3, número 5, define al autogenerador como *“Persona jurídica dedicada a una actividad productiva o comercial, cuya generación eléctrica se destina al abastecimiento de su demanda, pudiendo, eventualmente, producir excedentes de generación que pueden ser puestos a disposición de la demanda.”*

En este contexto, la citada Ley define su rol dentro del sector eléctrico, conforme obra en los artículos 39, 40 y 41:

Artículo 39.- *“Participantes.- El sector eléctrico estará constituido por las personas jurídicas dedicadas a las actividades de generación, autogeneración, transmisión, distribución y comercialización, alumbrado público general, importación y exportación de energía eléctrica, así como también las personas naturales o jurídicas que sean considerados consumidores o usuarios finales.”*

Artículo 40.- *“De la generación.- La actividad de generación de electricidad será realizada por empresas públicas, empresas de economía mixta; y, por otras personas jurídicas privadas y de economía popular y solidaria, debidamente habilitadas por la autoridad concedente para ejercer tal actividad.*

Sus operaciones se sujetarán a lo previsto en su respectivo título habilitante, así como a las normas constitucionales, legales, reglamentarias y regulatorias que se establezcan, bajo su exclusiva responsabilidad, y observando principios de transparencia, eficiencia, continuidad y calidad.

El desarrollo de nuevos proyectos de generación, estará basado en las políticas sectoriales establecidas en los planes sectoriales y en el Plan Nacional de Desarrollo.”

Artículo 41.- *“De la autogeneración.- La actividad de autogeneración de electricidad y sus excedentes, serán tratados de conformidad con la regulación que para el efecto dicte el ARCONEL.*

Se considera como parte de la actividad de autogeneración, los procesos de cogeneración destinados a la producción de energía eléctrica.

La autogeneración petrolera y autogeneración minera, ubicadas en sistemas no incorporados al S.N.I., se basarán y serán controladas de conformidad con sus títulos habilitantes petrolero o minero, según sea el caso. En materia eléctrica, y mientras mantengan su condición de no incorporados al S.N.I., presentarán la información que requieran el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable o el ARCONEL, exclusivamente para fines de planificación, estadísticos e informativos, según se determine en la regulación correspondiente.”

Por su parte, el (Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, 2019), en su artículo 3, complementa las definiciones de la siguiente manera:
Central de generación: Conjunto de instalaciones y equipos destinados a la generación de potencia y energía eléctrica.

Cogenerador: Persona jurídica habilitada como autogenerador, en cuyos procesos se obtiene simultáneamente energía eléctrica y energía térmica útil.

Consumo propio o autoconsumo: Demanda de energía eléctrica del autogenerador.

Empresa eléctrica de generación o generador: Persona jurídica cuyo Título Habilitante le faculta realizar la actividad de generación y la venta de energía eléctrica.

Art. 23.- “De la participación de los autogeneradores.- El Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables podrá autorizar la actividad de autogeneración a personas jurídicas dedicadas a actividades comerciales o productivas, siempre y cuando los proyectos de generación relacionados no afecten a la planificación sectorial, realicen un aprovechamiento óptimo del recurso y no presenten excedentes de generación más allá de un valor establecido; aspectos que serán determinados en la normativa emitida por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables y por la ARCONEL.”

El Señor Presidente Constitucional de la República, a través de la expedición del (Decreto Ejecutivo Nro. 238, 2021), dictó políticas sectoriales que, en su contexto, han permitido que las empresas que fueron creadas para generar energía eléctrica para su consumo propio, pasen a un estatus equitativo como generador puro, tal como lo establece el artículo 4, letras d), h) y l), del primer Decreto (238):

“...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;

...h) Proponer un plan que defina los parámetros de esquema 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;

...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;”

Para viabilizar dichas políticas, se emitió el (Decreto Ejecutivo Nro. 239, 2021), que brinda a los autogeneradores la capacidad de producir excedentes de generación sin límites, para su disposición en la demanda regulada y a grandes consumidores, disponiendo a la ARCERNNR establezca condiciones preferentes, con especial énfasis en el precio y plazo de venta de energía a la demanda regulada.

A través de la presente investigación se busca clarificar la naturaleza propia del generador y del autogenerador, a la luz del Derecho Eléctrico, y como a lo largo de los años su rol dentro del sector eléctrico ecuatoriano ha sido plenamente definido.

Establecer la incidencia de orden económico y rompimiento del funcionamiento de los participantes del sector eléctrico, en franca contraposición con los principios de no discriminación y seguridad jurídica, ocasionados por una desviación de poder por parte de la Función Ejecutiva pues, si bien es cierto tiene facultada reglamentaria, al amparo del principio constitucional de la jerarquía de las normas prescrito en el artículo 425 de la Carta Magna, no se puede ir en contra de ley expresa que fuera emitida por la Función Legislativa.

Corresponde a los servidores públicos garantizar el principio a la seguridad jurídica que ha sido plenamente reconocido en los diferentes títulos habilitantes, tanto para generadores cuanto para autogeneradores, independientemente de una política pública.

1.4.Objetivos de la Investigación

1.4.1. Objetivo General

Promover el adecuado cumplimiento de los principios constitucionales de seguridad jurídica y no discriminación por parte de los servidores públicos.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Comprender la naturaleza y definición de los participantes del sector eléctrico ecuatoriano.
- Verificar el cumplimiento de los parámetros de acción y participación de empresas generadoras y autogeneradoras dentro del sector eléctrico ecuatoriano, sobre la base de los títulos habilitantes de cada uno de ellos, los cuales son ley para las partes, siendo éstas el privado y el Estado.
- Determinar el grado de incidencia que tiene un decreto ejecutivo con políticas sectoriales, frente a una ley orgánica de especialidad.
- Hacer una propuesta de acción constitucional que coadyuve a restablecer la vulneración normativa por parte de la Función Ejecutiva vía decretos ejecutivos.
- Entender la complementariedad del (Acuerdo Ministerial Nro. MEM-MEM-2022-0024-AM, 2022), cuando ambas contienen la política pública del sector eléctrico.

2. CAPÍTULO II.

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

En las últimas décadas Ecuador ha presentado un proceso de transición bastante crítico, caracterizado de un lado por una plétora de reformas legislativas, económicas y estructurales, muchas carentes de sustento técnico, jurídico y presupuestario; un cuadro de inestabilidad económica constante, una crisis general y permanente que ha minado la realidad nacional; y, de otro lado, por el reconocimiento de derechos constitucionales que han robustecido nuevos sujetos de derecho y han propiciado un cambio ideológico en la práctica del derecho.

No cabe duda de que la crisis económica del Estado Ecuatoriano y la falta de decisión de los Gobiernos Centrales durante varias décadas, han constituido uno de los factores determinantes que dificultan la ejecución de obras consideradas prioritarias para el desarrollo y bienestar de sus habitantes.

Lo que también ha significado que los servicios públicos que son prestados directamente por la Administración Pública, a falta de recursos económicos y técnicos que puedan cumplir a cabalidad con los verdaderos fines para los que fueron creados, que es la de satisfacer necesidades de los usuarios, se encuentran en un estado de postración y abandono por parte de las autoridades encargadas de su dirección.

Así podemos aseverar que en la mayoría de ciudades de nuestro país, sus pobladores no pueden satisfacer ni siquiera sus más elementales necesidades por falta de una infraestructura adecuada, y un sistema que garantice su actividad a lo largo del tiempo, produciendo un verdadero descontento y preocupación sobre todo en aquellos grupos

de limitados recursos económicos, para quienes muchos de los servicios públicos se han constituido en inaccesibles por las altas tarifas que representa su utilización.

El desarrollo regional solo puede ser garantizado el momento que se cuente con las fuentes de infraestructura básica necesarias para canalizar las tendencias orientadas a sentar las bases para la producción.

Los desequilibrios que se presentan son notorios, por no haber especialmente servicios como la energía eléctrica suficiente y con una tarifa justa que permitan instalaciones industriales que generan fuentes productivas. Su situación se ha definido como de un país que no ha hecho todavía uso completo de su potencial económico y por ende social.

Ante estos hechos evidentes, es que surge el deseo de promover una nueva forma eficiente, práctica y sin riesgos para el Ecuador, para cumplir el objetivo de brindar un servicio público de electricidad de alta calidad y confiabilidad, a la que se le denomina **“delegación”**, que no es otra cosa que encargar a la inversión privada a través de personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras para que, bajo su riesgo, la construcción, instalación, operación y mantenimiento de centrales de generación de energía eléctrica, sean éstas hidroeléctricas, térmicas, entre otras, que permitan producir tanta energía posible que su costo reduciría significativamente y pueda ser de acceso general, en especial a la población más pobre de nuestro país, y obviamente al sector productivo, lo que sería la solución al grave problema energético que afecta al Ecuador, y que en otros países se ha convertido en un verdadero artífice de su desarrollo, sin que el Estado se vea precisado a destinar de su reducido presupuesto, sumas de dinero para la construcción de Centrales de Generación y así dar atención de este servicio público a la población, por estar obligado constitucionalmente.

Desde una perspectiva de derechos humanos, y del fortalecimiento del Estado de Derechos, el Gobierno Central considera necesario incorporar nuevos actores y nuevos procedimientos. No bastan las acciones judiciales para conseguir, eventualmente, un mejor servicio público, ni la denuncia en la prensa, ni la exigencia a un Estado que muchas veces no tiene los recursos para satisfacer una prestación determinada.

Las empresas privadas que asumen vía concesión o por otros medios la prestación de los servicios públicos, se incorporan en esta dinámica al igual que los organismos estatales de regulación, en medio de un complejo proceso en donde la ciencia y la tecnología adquieren un papel relevante; se generen una serie de entes que interactúan entre sí para regular, para promover la libre competencia y proteger los derechos de los usuarios a contar con buenos servicios, permanentes, de calidad y a precios equitativos. Para alcanzar el denominado buen vivir, es preciso delimitar las atribuciones y competencias constitucionales de la Función Legislativa y la Función Ejecutiva puesto que, dentro de un contexto normativo, ambas van de la mano ya que, por un lado, la Función Legislativa es la creadora de leyes, orgánicas o especiales, destinadas a conducir un sector o materia determinada, mientras que la Función Ejecutiva es la llamada a establecer procedimientos vía reglamentaria para que estas leyes puedan funcionar adecuadamente.

Como bien lo prescribe nuestra Carta Magna en su artículo 425, el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: *“La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”*

Bajo ese contexto de prelación normativa, corresponde a todo servidor público, de evidenciarse una contradicción, aplicar en todo momento la norma jerárquica superior. Sobre lo dicho, la Asamblea Nacional expidió la (Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, 2015) (LOSPEE), a fin de adecuar la legislación eléctrica a la Constitución del 2008, que es esencialmente estatal.

La LOSPEE, con ley orgánica de especialidad, establece en forma clara y precisa el funcionamiento del sector eléctrico ecuatoriano, así como de sus participantes y los roles que le corresponde a cada uno, a efectos de mantener un orden estructural.

En ese sentido, la mencionada Ley define al autogenerador en su artículo 3, número 5, como *“Persona jurídica dedicada a una actividad productiva o comercial, cuya generación eléctrica se destina al abastecimiento de su demanda, pudiendo,*

eventualmente, producir excedentes de generación que pueden ser puestos a disposición de la demanda.”

En cuanto al rol dentro del sector eléctrico, tanto de generadores cuanto de autogeneradores, se establece:

Artículo 39.- “Participantes.- El sector eléctrico estará constituido por las personas jurídicas dedicadas a las actividades de generación, autogeneración, transmisión, distribución y comercialización, alumbrado público general, importación y exportación de energía eléctrica, así como también las personas naturales o jurídicas que sean considerados consumidores o usuarios finales.”

Artículo 40.- “De la generación.- La actividad de generación de electricidad será realizada por empresas públicas, empresas de economía mixta; y, por otras personas jurídicas privadas y de economía popular y solidaria, debidamente habilitadas por la autoridad concedente para ejercer tal actividad.

Sus operaciones se sujetarán a lo previsto en su respectivo título habilitante, así como a las normas constitucionales, legales, reglamentarias y regulatorias que se establezcan, bajo su exclusiva responsabilidad, y observando principios de transparencia, eficiencia, continuidad y calidad.

El desarrollo de nuevos proyectos de generación, estará basado en las políticas sectoriales establecidas en los planes sectoriales y en el Plan Nacional de Desarrollo.”

Artículo 41.- “De la autogeneración.- La actividad de autogeneración de electricidad y sus excedentes, serán tratados de conformidad con la regulación que para el efecto dicte el ARCONEL.

Se considera como parte de la actividad de autogeneración, los procesos de cogeneración destinados a la producción de energía eléctrica.

La autogeneración petrolera y autogeneración minera, ubicadas en sistemas no incorporados al S.N.I., se basarán y serán controladas de conformidad con sus títulos habilitantes petrolero o minero, según sea el caso. En materia eléctrica, y mientras mantengan su condición de no incorporados al S.N.I., presentarán la información que requieran el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable o el ARCONEL,

exclusivamente para fines de planificación, estadísticos e informativos, según se determine en la regulación correspondiente.”

Complementariamente el Señor Presidente Constitucional de la República, a través de Decreto Ejecutivo Nro. 856, expidió el (Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, 2019), tendiente a normar los derechos, obligaciones y funciones de los participantes del sector eléctrico ecuatoriano, guardando coherencia con la estructura legalmente definida desde el 16 de enero de 2015.

En ese sentido, se los ha definido en su artículo 3 de la siguiente manera:

Central de generación: Conjunto de instalaciones y equipos destinados a la generación de potencia y energía eléctrica.

Cogenerador: Persona jurídica habilitada como autogenerador, en cuyos procesos se obtiene simultáneamente energía eléctrica y energía térmica útil.

Consumo propio o autoconsumo: Demanda de energía eléctrica del autogenerador.

Empresa eléctrica de generación o generador: Persona jurídica cuyo Título Habilitante le faculta realizar la actividad de generación y la venta de energía eléctrica.

Art. 23.- “De la participación de los autogeneradores.- El Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables podrá autorizar la actividad de autogeneración a personas jurídicas dedicadas a actividades comerciales o productivas, siempre y cuando los proyectos de generación relacionados no afecten a la planificación sectorial, realicen un aprovechamiento óptimo del recurso y no presenten excedentes de generación más allá de un valor establecido; aspectos que serán determinados en la normativa emitida por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables y por la ARCONEL.”

Desde el año 2015 hasta el año 2020, la Asamblea Nacional únicamente ha reformado a la LOSPEE por dos ocasiones, la primera el 21 de junio de 2019 y, la segunda, el 14 de mayo de 2021, con textos que respalden el concepto legal del sector eléctrico, sin que implique cambios de fondo, respetando en todo momento la seguridad jurídica.

A lo largo de estos seis años, la estructura institucional y empresarial del sector eléctrico ha sido claramente conocido y definido de la siguiente forma:

- Al Ministerio Sectorial, esto es el Ministerio de Energía y Minas, en su calidad de Ente Rector y Concedente, es el responsable de la emisión de otorgar, modificar y extinguir Títulos Habilitantes.
- Por su parte, a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables, le ha sido encargado el control a los participantes del sector eléctrico, emitiendo norma regulatoria para el correcto y adecuado funcionamiento de las transacciones sectoriales permitidas, y velar por su efectivo cumplimiento.
- Para el caso del Operador Nacional de Electricidad, esto es el CENACE, es el ejecutor de los procesos de despacho de aquella generación considerada para tal efecto, y efectuar la correcta liquidación de las transacciones permitidas legal y regulatoriamente.
- A las empresas generadoras puras y autogeneradoras, autorizadas mediante Contrato de Concesión o Autorización de Operación, dependiendo si son privadas o públicas, que ejerzan tal actividad dentro de los parámetros, condiciones y disposiciones jurídicas, técnicas y operativas vigentes según sea su caso.
- A las Empresas Distribuidoras, prestar el servicio público y estratégico de energía eléctrica en sus áreas de concesión geográfica, permitiendo a las empresas generadoras el acceso libre a sus redes de distribución, y cancelando los valores por aquella energía suministrada y utilizada para cumplir su naturaleza estructural. (Dirección de Regulación Técnica de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables, 2020)

El Señor Presidente Constitucional de la República, en uso de su facultad constitucional de ejercer la rectoría sectorial, con fecha 26 de octubre de 2021 expidió los decretos ejecutivos Nros. 238 y 239.

El primero de éstos, contiene 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”*.

Por su parte, el segundo Decreto incorpora una “REFORMA AL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA”.

A través de la expedición del (Decreto Ejecutivo Nro. 238, 2021), se dictaron políticas en el sector eléctrico que permiten que las empresas que fueron creadas para generar energía eléctrica para su consumo propio, denominadas autogeneradores, pasen a un estatus equitativo como generador puro, tal como lo establece el artículo 4, letras d), h) y l), del mencionado Decreto:

“...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;

...h) Proponer un plan que defina los parámetros de esquema 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;

...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;”

(Coordinación Técnica de Regulación y control eléctrico de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables, 2021)

Se observa que, con las políticas emitidas, no solo se contraponen el tratamiento diferenciando entre un generador de un autogenerador, sino que, por la naturaleza en sí, va en franca contradicción con la propia Constitución de la República que es eminentemente estatal, puesto que se privilegia a la iniciativa privada, dejando a un lado la administración del servicio público y estratégico de energía eléctrica por parte

de empresas públicas, orientándose a una seudo privatización del sector eléctrico ecuatoriano, en todas sus fases.

Para el efecto, lo que se busca son los mecanismos que permitan viabilizar legal y reglamentariamente la participación privada, en especial de los autogeneradores por sobre los generadores puros, tanto es así que se habla de un plan con incentivos para la generación de al menos 250 MW de energía renovable al Sistema Nacional Interconectado hasta el año 2025.

Como mecanismo para viabilizar las políticas, se emitió el (Decreto Ejecutivo Nro. 239, 2021), que brinda a los autogeneradores la capacidad de producir excedentes de generación sin límites, para su disposición en la demanda regulada y a grandes consumidores, disponiendo a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables, ARCERNNR, establezca condiciones preferentes, con especial énfasis en el precio y plazo de venta de energía a la demanda regulada.

Con la emisión de las reformas que viabilizan las políticas sectoriales emitidas por el Señor Presidente Constitucional de la República, se ha establecido un nuevo mecanismo en torno a la operatividad comercial y técnica dentro del sector eléctrico para generadores cuanto para autogeneradores, se encuentren actualmente operando o se trate de generación futura.

El establecimiento de cambios sustanciales y condiciones preferentes a los autogeneradores en sus mecanismos comerciales, incide en forma directa a las transacciones y su liquidación, por tanto recae en el ámbito económico y equilibrio financiero del sector eléctrico ecuatoriano, rompiendo paralelamente el funcionamiento de los participantes del propio sector eléctrico, en franca contraposición con los principios de no discriminación y seguridad jurídica, ocasionados por una desviación de poder por parte de la Función Ejecutiva pues, si bien es cierto tiene facultada reglamentaria, al amparo del principio constitucional de la jerarquía de las normas prescrito en el artículo 425 de la Carta Magna, no se puede ir en contra de ley expresa que fuera emitida por la Función Legislativa.

Entre los cambios sustanciales se encuentran la participación indiscriminada de generadores y autogeneradores en cualquier proyecto de generación con energías

renovables no convencionales, de aquellas no previstas en el Plan Maestro de Electrificación; el incentivo de poner a disposición los excedentes de los proyecto de autogeneración, sin ningún límite como actualmente se lo tenía regulado, esto es el 25% como máximo, pudiendo suscribir contratos bilaterales y/o regulados como cualquier generador; la autorización para el autoabastecimiento de consumidores finales; la utilización de servicios complementarios; liquidación de servicios auxiliares, a considerarse como cualquier transacción de corto plazo; consideración en tarifas reguladas de rubros y peajes, tanto potencia como energía; el acceso a un esquema remunerativo de costo medio de generación; disposiciones varias para suscripción de contratos modificatorios a contratos reguladores de generadores y autogeneradores, entre otros.

La reforma reglamentaria planteada en el (Decreto Ejecutivo Nro. 239, 2021), llevada a cabo para ejecutar paralelamente las políticas sectoriales, no solamente ha cambiado la visión y estructura empresarial del sector eléctrico, obligando a las institucionales a armonizar, articular, ajustar y establecer el funcionamiento comercial y económico del sector eléctrico ecuatoriano, sino que ha brindado beneficios y cambiado la naturaleza contractual de las empresas autogeneradoras, equiparándolas con las empresas generadoras propias, quienes, para calificarse como tal, tuvieron que cumplir con mayores y exigentes requisitos, vulnerando así su legítimo derecho de participación en el sector eléctrico ecuatoriano, discriminándolos para que los primeros gocen de una supuesta igualdad de condiciones que legal, reglamentaria y contractualmente carecen. Esta equiparación de derechos produce una afectación eminentemente económica a las empresas generadoras y al propio Estado pues, tales autoconsumidores mantienen a enero de 2022 una capacidad de 1712,59 MW, mismas que tienen como naturaleza el consumo propio y, únicamente sus excedentes que son menores, esto es el 25% como máximo, ponerlos a disposición del mercado eléctrico con precios y plazos preferentes, supliendo indebidamente a la generación de aquellas empresas que si gozan desde muchos años atrás tal derecho y que no cuentan con beneficios adicionales como la revisión tarifaria por ejemplo.

Es claro que el sector eléctrico, a nivel mundial, es fundamental dentro del desarrollo económico y bienestar social, brindando al Estado la atracción de inversión privada en particular, generando fuentes de empleo, redundando en una óptima prestación del servicio público y estratégico, sin perjuicio de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

En general, para alcanzar ese bienestar y que el servicio sea prestado bajo principios de continuidad y calidad, definen estrategias y políticas en el corto, mediano y largo plazo, debiendo en muchos de los casos evolucionar y buscar nuevas concepciones dentro de la cadena del servicio, lo que sería la generación, transmisión, distribución y comercialización, para garantizar a sus usuarios o consumidores finales.

Es innegable que la generación de energía eléctrica puede ser obtenida de diversas maneras, a través de métodos innovadores de desarrollo y transformación a nivel mundial, potencializando su necesidad y uso, convirtiéndose como un sector estratégico y motor del desarrollo.

La política es cambiante, debe propender al desarrollo y mejoramiento de condiciones que redunden en garantizar la prestación continua del servicio, pero siempre tomando en consideración que, para cualquier cambio o desafío, debe tener claro cuál es la situación normativa y técnica actual, y examinar el impacto de cambiar estructuralmente la naturaleza de lo que se viene actuando, y sobre todo si este cambio afecta directa o indirectamente, total o parcial, beneficia o perjudica, y si es conveniente operativa y económicamente al propio Estado. De ahí la importancia de tener previamente como antecedente para la toma de decisión la realidad de la población, del sector, y sobre todo de la evolución normativa y su jerarquía. (Manzano Mantilla, 2022)

Al tener la evolución normativa y su jerarquía, es claro que todas y cada una de ellas deben ser concordantes al amparo del principio de la correlación de la norma.

Para el caso concreto, es menester contar con una secuencia sobre las definiciones y tratamiento de los diferentes participantes del sector eléctrico ecuatoriano desde la Ley Básica de Electrificación de 1961, Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996, y Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica de 2015, entendiendo que en cada

una de las mencionadas normativas hubo políticas sectoriales y momentos históricos diversos.

Ante este hecho de gran relevancia y trascendencia, no sucedió por parte de la Función Ejecutiva, que no solamente desatiende definiciones y conceptos que vienen desde hace varios años atrás, inobservando los principios constitucionales de no discriminación y sobre todo de seguridad jurídica, sino que además causan un desequilibrio económico y financiero dentro del sector eléctrico ecuatoriano.

Complementariamente el Ministro de Energía y Minas, tomando en cuenta que es el delegado del Señor Presidente Constitucional de la República en un sector determinado, ocho meses después de emitido el Decreto Ejecutivo Nro. 238, y de ajustarse regulatoriamente el tratamiento de las transacciones comerciales de generadores y autogeneradores dentro del período otorgado, emite el Acuerdo Ministerial Nro. MEM-MEM-2022-0024-AM de 06 de junio de 2022, con la Política del Sector Eléctrico, sin que se determine si el mismo deroga o fortalece el Decreto Ejecutivo Nro. 238 de 26 de octubre de 2021, incurriendo en una duplicidad de funciones e induciendo a confusión a los propios participantes del sector eléctrico, pues sus disposiciones en nada son concordantes con las del 26 de octubre de 2021.

La duda nace porque en el citado documento se habla de que la emisión de políticas en materia eléctrica, su actualización y modificaciones, son de responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas, sin que se mencione bajo la coordinación o sin perjuicio de lo que la Presidencia de la República dictamine.

El Acuerdo Ministerial en mención se fundamenta en cinco ejes estratégicos, cada uno con sus propios objetivos, políticas y lineamientos, de los cuales ninguno obedece a un entorno político como lo es el (Decreto Ejecutivo Nro. 238, 2021), que según lo ha justificado las autoridades sectoriales, se ancla en la seguridad jurídica, fortalecimiento de empresas públicas y captación de inversión privada, como los tres pilares fundamentales, sino que tiende al ordenamiento de índole técnico, planificación y arquitectura, con base al principio constitucional de cooperación interinstitucional de la Administración Pública.

A raíz de la expedición del Decreto Ejecutivo Nro. 238, han sido varias las fuentes comunicacionales (Internet, Facebook, Twitter, Blogs, Instagram) que han interpretado a la misma como un acto que busca la privatización del sector eléctrico ecuatoriano, pues dicho instrumento fomenta la captación de inversiones de la iniciativa privada, cuando, constitucionalmente, el Estado es el responsable de los sectores estratégicos, entre ellos el de la electricidad en todas sus formas.

Más allá de que el Decreto se contrapone a la Constitución de la República en cuanto a generalizar una excepcionalidad como es la inversión privada, no se estudia lo que hay dentro del mismo y su incidencia hacia los derechos adquiridos por las empresas generadoras, pues únicamente se fijan los pilares pero no su contenido, peor aún sobre si lo redactado vulnera derechos o principios, beneficia o perjudica a terceros, e incluso si tal política afecta directamente a la misma inversión privada.

Ante lo dicho, se está frente al irrespeto de la teoría del institucionalismo, que versa sobre la determinación de instituciones formales y su efectivo funcionamiento en el ámbito de sus competencias y facultades constitucionales y legales.

En tal contexto, más allá de que el Señor Presidente Constitucional de la República y el Ministro de Energía y Minas gozan de la facultad para dictar políticas en beneficio del sector eléctrico ecuatoriano, es menester que entre ambos servidores públicos coordinen de buena manera el manejo sectorial, precautelando la duplicidad de criterios o peor aún su contradicción, bajo su entorno institucional, buscando ante todo el equilibrio y sostenibilidad económica, financiera y operativa, sin dejar a un lado la parte política que debe propender a una racionalidad, garantizando a sus ciudadanos e instituciones, públicas y privadas, el pleno ejercicio de los principios y derechos constitucionales que les cobijan.

Es importante determinar cuándo se está ante una relación jerárquica entre normas, y es por ello que no solamente basta con entender su orden, sino trasladar y adecuar cualquier política o procedimiento en concordancia con la norma base de especialidad que es la Ley, garantizando de esta manera la seguridad jurídica establecida en la Carta Magna.

Se entiende que toda sociedad puede presentar desequilibrios y anomalías colectivas que el derecho no puede corregir, porque no son de su orden. ¿Por qué esta advertencia?

Porque la única novedad del siglo XX, cuando han caído las utopías revolucionarias, es el Estado de Derecho. Y como el Estado no está en su apogeo (J. Freund), crece la responsabilidad del derecho. El Estado ya no es ni empresario ni comerciante, escasamente benefactor. La tendencia es a esperararlo todo del derecho. Es su grandeza, pero también su debilidad.

¿Por qué? Porque el derecho no es más que el “orden del Orden Social, no todo el Orden”. Cuando el Orden Social está desgarrado por el narcotráfico, la subversión, la corrupción, la injusticia, el poder hegemónico, el derecho ayuda a restablecer el Orden pero no basta. No basta porque provee las normas y las decisiones que la aplican, pero el desgarramiento del Orden Social depende de conductas que se apoyan en valores. El derecho no es el “ethos”, y el “ethos” son los valores vividos en la vida emotiva de la gente. El derecho hunde sus raíces en el “ethos” que es anterior al derecho. El Orden Social hace remisión a los valores, más que a las normas, aunque también a las normas.

Cuando la sociedad está desgarrada por la subversión o por la corrupción o cualesquiera de los otros males posibles, el descreimiento social se traduce en “anomia”, bien estudiada por Jorge R. Vanossi. Esto quiere decir que desaparece o se va debilitando, “todo marco de referencia, todo parámetro que permita valorar, que permita computar las conductas”.

El relativismo moral conduce asimismo a la anomia. Y cuando el descreimiento abarca a los poderes públicos, a los poderes de hecho, a las principales relaciones sociales, también la seguridad jurídica parece desvanecerse, aunque las culpas no sean del sistema normativo. La ausencia de confianza generalizada, si es generalizada, pone en cuestión la seguridad jurídica.

La seguridad es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Para que así sea, es indispensable que las

decisiones de los actores políticos se tomen según la “lógica de las reglas” y no según la “lógica de la discrecionalidad”.

La seguridad jurídica influye en el crecimiento económico, porque la decisión de sus actores depende de sus expectativas respecto del futuro. Los problemas que surgen de la incertidumbre, acciones no cooperativas o inconsistencia temporal se resuelven dentro de la lógica de las reglas.

Saenger Gianonni, desde Chile, nos recuerda que la seguridad jurídica exige el reconocimiento de la persona y de la soberanía del pueblo, pero también de la supremacía constitucional, de la división entre los poderes constituidos, del poder judicial independiente y de la administración sometida a la ley, de la representación política y la oposición y del control del poder.

La seguridad jurídica no encuentra buen asilo en una sociedad transgresora, que respeta las reglas según su humor. Cuando asoma la discrecionalidad y se asocia al despilfarro, la tercera “d” del paradigma es el desencanto y a veces el deshonor.

En las relaciones entre gobernantes, como representante del Estado, y los gobernados, se suceden múltiples actos, imputable a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica por unos segundos. En otras palabras, el Estado, en ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades. El Estado, al desplegar su actividad de imperio, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o de entidad moral.

Fagothey dice: Todo acto de autoridad, emanado por esencia del Estado y desempeñado por los diferentes órganos autoritarios estatales creados por el orden de derecho, tiene la finalidad inherente, a imponerse a alguien diversas maneras y por distintas causas; es decir, todo acto de autoridad debe afectar a alguna persona moral o física en sus múltiple derecho: vida, propiedad, libertad, etc. Además indica: "la libertad igual para

todos, en este caso los derechos están limitados a actos externos, la legalidad está separada de la moralidad, que es la única que le confiere sentido; todos los derechos pueden renunciarse libremente, y podemos tener el derecho de realizar actos a condición que no perjudiquen a otro"

Ricardo Soto, jurista mexicano, al referirse a la seguridad jurídica de su país, dice: *Garantías de Igualdad.*- Jurídicamente todos los seres humanos somos iguales, esta garantía se pueden encontrar en los artículos, 1, 3, 4, 12, 13 y 123 de la Constitución Mexicana. *Garantías de Libertad.*- El valor inseparable del ser humano que nos permite realizar lo que deseamos por medio de la voluntad, pero sin perjudicar o coaccionar la libertad de los demás. En esta garantía se puede encontrar en los artículos 2, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 24 y 123. *Garantía de Seguridad.*- El respeto a la integridad física, mental y espiritual, es el principio básico de toda una perfecta convivencia en sociedad, en esta garantía se encuentran los artículos 4, 10, 14, 15, 16, 17, 22 y 23 de nuestra Constitución. *Garantías de Propiedad.*- En donde el Estado reconoce y respeta, y se encuentra consagrada en el artículos 27 de su Constitución.

La sociedad necesita de una voluntad que la guíe, por lo que haciendo uso de su soberanía, crea el gobierno, como un elemento de poder, de dirección, de realización y de control de los fines del Estado, así como para detectar necesidades y planificar y organizar actividades que beneficien a la población en todos los aspectos.

El gobierno organiza la vida en común, haciendo uso del poder que el pueblo le ha otorgado. El gobierno debe velar por la protección y seguridad de los habitantes del país. Las garantías individuales que consagra la Carta Magna son cuatro: la de irretroactividad de las leyes, la de audiencia, la de legalidad en materia civil y la exacta aplicación de la ley en materia penal.

Al hablar entonces de la garantía de irretroactividad estamos hablando de que las leyes prohíben que, por virtud de una nueva ley, puedan afectarse situaciones o derechos constituidos conforme a una ley anterior. Burgoa dice en su editorial "Ideas sobre la Seguridad Jurídica" que en las relaciones entre gobernantes, como representante del

Estado, y los gobernados, se suceden múltiples actos, imputable a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica por unos segundos. En otras palabras, el Estado, en ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus Autoridades. El Estado, al desplegar su actividad de imperio, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o de entidad moral.

Todo acto de autoridad, emanado por esencia del Estado y desempeñado por los diferentes órganos autoritarios estatales creados por el orden de derecho, tiene la finalidad inherente, a imponerse a alguien diversas maneras y por distintas causas; es decir, todo acto de autoridad debe afectar a alguna persona moral o física en sus múltiple derecho: vida, propiedad, libertad, etc.

Dentro de un régimen jurídico, esto es, dentro de un sistema que impere el derecho, bien, bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario que opera en el status de cada gobernado, debe obedecer a determinados principios previos.

Este precepto reviste una trascendental importancia dentro del orden constitucional, a tal punto que a través de las garantías de seguridad jurídica que contiene, el gobernado encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho.

El problema de la retroactividad legal se conoce también como conflicto de leyes en el tiempo, o sea, que se traduce en la cuestión consistente en determinar, en presencia de dos leyes, una antigua, que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, actual, cuál de las dos debe elegir a un hecho, acto, fenómeno, estado, situación, etc.

Sin embargo, el principio de la no retroactividad de la ley es más fácil de enunciar, su aplicación real resulta complicada, pues en vista de multitud de situaciones prácticas que en la vida jurídica pueden presentarse y de hecho acaecen, es una cuestión no poco ardua determinar en qué casos una norma legal es retroactiva.

La Teoría Clásica, cuyo principal exponente es Blondeau, para brindar un criterio con el fin de determinar cuándo una ley es retroactiva en las hipótesis en que no se trate de hechos a actos simples (sin consecuencias jurídicas de realización constante y reiterada) y ya consumados, parte de la distinción entre derechos adquiridos y las meras expectativas de derecho.

Por otra parte, aplicando en su rigor las ideas sostenidas por la teoría clásica, un derecho condicional, como lo hace notar Paul Roubier, siempre sería afectado por una ley nueva, no vigente en el momento en que el acto causal se hubiese celebrado, sin ser retroactiva.

Bonnecase aduce un criterio para resolver la cuestión de la retroactividad de las leyes, partiendo de su tradicional distinción entre situaciones jurídicas abstractas y situaciones jurídicas concretas.

Una ley será retroactiva cuando se aplique a un hechos realizado durante su vigencia, para cuyo examen de justificación o injustificación tenga que recurrirse al acto que le dio origen, el cual se supone tuvo verificativo bajo el imperio de la ley anterior. Por el contrario, una ley no será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia, para cuya justificación no se tenga que acudir al acto generado celebrado bajo el imperio de la norma abolida.

Aplicando la regla general mencionada acerca de cuándo una ley puede reputarse como retroactiva, Paul Roubier manifiesta que la base fundamental de la ciencia de los conflictos de leyes en el tiempo, es la distinción entre efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley. El efecto retroactivo es la aplicación al pasado; el efecto inmediato es la aplicación al presente.

En cuanto al antiguo Derecho Español, encontramos el principio de la irretroactividad de las leyes en caso todos los ordenamientos constitutivos de un sistema jurídico positivo.

En el Derecho Anglosajón, a través de los diferentes estatutos que en unión del derecho consuetudinario lo integran, descubrimos también el principio de la irretroactividad de las leyes.

La garantía de audiencia, una de las más importantes dentro de cualquier régimen jurídico, ya que implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del Poder Político que tiendan a privarlo de sus más caros derechos y sus más preciados intereses, está contenida en una fórmula compleja e integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, a las cuales posteriormente nos referiremos, y que son: a) La de que en contra de la persona, a quien se pretenda privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición constitucional, se siga un juicio; 2) Que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; 3) Que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento; y, 4) Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

La garantía de audiencia se integra, según se ha afirmado mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, los cuales son el juicio previo al acto de privación, que dicho juicio se haga ante los tribunales previamente establecidos, el cumplimiento de las formalidades procesales esenciales, y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio.

La definición del concepto de "derecho subjetivo" ha dado lugar en la Filosofía del Derecho a diversas teorías.

Se afirma que la garantía de audiencia se compone de cuatro garantías específicas, necesariamente concurrentes, ahora bien, desde el punto de vista de los efectos del acto de privación, dicho procedimiento de los efectos del acto de privación, dicho procedimiento puede substanciar ante autoridades materialmente jurisdiccionales o materialmente administrativas, o formal y materialmente judiciales.

No debe confundirse la preexistencia de la oportunidad legal defensiva al acto de privación, con la impunidad de éste mediante recursos que consignent las leyes

normativas de dicho acto. En resumen, cuando se trate de actos administrativos de imperio que se deban realizar frente al gobernado y que tiendan a privarlo de alguno de los bienes jurídicos protegidos, el juicio a que este precepto alude, puede traducirse en un procedimiento legal que se substancie ante la misma autoridad de la que emanen los citados actos o ante su superior jerárquico como ya se dijo.

El concepto de juicio que no ha sido explicado por la Suprema Corte en términos claros y precisos para fijar su alcance como primera garantía específica constitutiva de la de audiencia, según puede observarse de las transcripciones anteriormente hechas y que según nuestra opinión debe traducirse en los diversos procedimientos. A través de la segunda garantía específica de seguridad jurídica que concurre en la integración de la de audiencia, el juicio cuya connotación hemos delineado, debe seguirse ante tribunales previamente establecidos. Esta exigencia corrobora dicha garantía, en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales (o por comisión), entendiéndose por tales los que no tienen una competencia genérica, sino casuística, o sea, que su actuación se contraiga a conocer de un determinado negocio para el que se hubieren creado expresamente.

Por tanto, el adverbio "previamente", no debe conceptuarse como significativo de mera antelación cronológica, sino como denotativo de la preexistencia de los tribunales al caso que pudiese provocar la privación, dotados de capacidad genérica para dirimir conflictos en número indeterminado.

Algunas excepciones a la garantía de audiencia.- Al entender o tener un concepto intuitivo de Tribunales no debe entenderse como su aceptación meramente formal, o sea, considerarse únicamente como tales a los órganos del Estado que estén constitucional o legalmente adscritos al Poder Ejecutivo, sino dentro de dicho concepto se comprende a cualquiera de las autoridades ante las que debe seguirse el juicio. El juicio, ésta se puede decir como la primera garantía específica constitutiva de la de audiencia, en donde se puede decir que son un elemento previo al acto de privación. Juicio es, por tanto, una institución o conjunto de actos solemnes detallados en la ley, a través de los cuales se resuelven los conflictos de intereses entre las partes, en

presencia de una autoridad judicial que decide, previa presentación ante la misma de las alegaciones y pruebas de sus respectivos asertos. Dichos actos se consideran de iniciación, de desarrollo y de conclusión, pero no es posible indicar una idea general del juicio porque ésta varía en función de una tipología concreta.

También se debe cumplir formalidades esenciales, las cuales encuentran su razón de ser en la propia naturaleza de todo procedimiento en el que se desarrolle una función jurisdiccional, esto es, en el que se pretenda resolver un conflicto jurídico, bien sea que éste surja positivamente por haberse ejercitado la defensa respectiva por el presunto afectado, o bien en el caso de que se haya otorgado la oportunidad de que se suscite sin haberse formulado oposición alguna.

Una vez que se tiene claro el concepto, es menester señalar que la necesidad de fortalecer dicha seguridad jurídica en el Ecuador, a fin de transformar el país y eliminar la corrupción.

El primer requisito para recuperar la seguridad jurídica es jerarquizar la ley, eliminando la telaraña legal, traducida en la proliferación de leyes, decretos, resoluciones, acuerdos, ordenanzas, muchas veces obsoletas o contradictorias con la propia Constitución.

La Seguridad Jurídica tiene una trascendencia adicional que es cambiar la imagen de Ecuador de país inepto para el desarrollo, lento para los cambios, incumplido, confuso e inseguro, hacia el primer país de América Latina que restaure el estado de derecho y el sistema legal. Esto representa una atracción poderosa para capitales inversionistas y eso le convierte al Ecuador en el adalid de un movimiento positivo en el siglo 21.

Para propiciar la vigencia de un régimen de plena seguridad jurídica se requiere, entre otros, de dos elementos fundamentales: primero, la existencia de un marco normativo claro, preciso y congruente con las necesidades actuales, que defina con claridad los derechos de propiedad, así como las prerrogativas y obligaciones de todos los que intervienen en las actividades económicas y sociales, y, segundo, una política que garantice, eficaz y oportunamente, el cumplimiento de dicho marco normativo.

Para alcanzar los niveles de seguridad jurídica que exige el sano desarrollo de las actividades económicas, también es indispensable que existan los instrumentos procesales e institucionales que garanticen su aplicación.

La desobediencia civil, en tanto que viola leyes estatales, atenta en contra de la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, la desobediencia civil es un acto dirigido a cambiar, revisar y criticar una decisión política que se considera ilegítima y en este sentido protege la legitimidad del sistema político. En consecuencia, obliga a la democracia a optar, aunque sólo sea momentáneamente, entre dos valores: seguridad jurídica o legitimidad.

La opción sin embargo no es sencilla porque, como Habermas afirma, ambos valores son base de la existencia del Estado democrático en *igual medida*.

La seguridad jurídica es uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza. La observancia general de las normas jurídicas y mandatos de autoridad permite que los individuos se muevan dentro de un marco legal con igual libertad y autonomía y que realicen sus planes de vida. De ahí la pretensión de obligatoriedad inexorable que caracteriza a un ordenamiento jurídico.

La legitimidad es la mayor aspiración de un Estado democrático que pretende que los ciudadanos acepten voluntariamente y por convicción el orden político y jurídico. Para Habermas, dicha aceptación voluntaria sólo puede darse si el ordenamiento jurídico se basa en principios *dignos de ser reconocidos y que expresen un interés susceptible de ser generalizado*, es decir, en principios generadores de consenso. De ahí que la legitimidad aparezca "casi" como sinónimo de justicia y bien común, que, junto con la seguridad jurídica, son los tres grandes valores del Derecho. Si esto es cierto, su observancia se da en forma voluntaria, y no sólo por temor a la pena, lo que asegura la estabilidad social. En palabras de Bobbio, sólo la legitimidad "hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber, es decir, transforma una relación de mera fuerza en una relación jurídica".

De esta manera, tanto la garantía de seguridad jurídica como la legitimidad de un orden político son condiciones indispensables para la existencia del Estado. La desobediencia civil guarda una relación tensa con ambos valores.

Un movimiento de desobediencia civil surge por una *crisis parcial de legitimidad*, es decir, por un lado, hay la percepción de que alguna ley o política determinada es ilegítima desde el punto de vista de los principios consensuales, y por el otro, de que están cerradas las vías institucionales de disenso. Frente a estos hechos, la desobediencia civil representa el último recurso disponible para buscar producir un cambio, que a pesar de que se desenvuelve al margen del marco legal, no busca atentar en contra de éste.

Por el contrario, busca ser incorporada al proceso institucional y por ello, para ser eficaz, es necesario que no se perciba por el sistema político como una amenaza. Así, las violaciones de la ley, que se realizan con el fin de apelar a la conciencia moral de la sociedad y consolidar un nuevo consenso a la luz de los principios políticos fundamentales, son simbólicas y calculadas; al ser públicas, no violentas y con la aceptación de la sanción legal, manifiestan, por usar una expresión de Rawls, *fidelidad a la ley*, a pesar de colocarse al margen de ésta. De esta manera, el objetivo de la desobediencia civil es precisamente restaurar esa pérdida parcial de legitimidad, lo que indirectamente ayuda a mantener la estabilidad del sistema constitucional.

Sin embargo, en el tiempo en el que se desenvuelve un movimiento de desobediencia civil, se está arriesgando, momentáneamente, seguridad jurídica porque actúa al margen de la legalidad. La desobediencia civil no sólo afecta a la seguridad jurídica por el hecho de violar leyes, sino porque sobrepasa los canales ordinarios, tanto jurídicos como políticos, que en un sistema democrático existen para producir un cambio, revisar las desviaciones y controlar el ejercicio del poder. Es decir, rebasa a la revisión judicial, a la asamblea legislativa, a los mecanismos de pesos y contrapesos y a otras formas de control institucional, que no son otra cosa que los rasgos distintivos de la democracia formal. En este sentido, se opone a la interpretación institucional respecto de los principios políticos fundamentales y su aplicación a problemas sociales

concretos. Quien desobedece civilmente asume dicha competencia interpretativa y decide, con base en su propia sensibilidad moral y capacidad de raciocinio, que los principios constitucionales legitimantes no están siendo respetados. El hecho de que las personas decidan por sí mismas crea un clima de inseguridad jurídica.

No obstante, por ello no se puede válidamente rechazar la desobediencia civil. En un Estado democrático, como Rawls afirma, no hay una interpretación política o socialmente aprobada de dichos principios, aun cuando provenga de un tribunal superior o de la asamblea legislativa. Más aún, su propio ordenamiento jurídico se funda en la pretensión de ser aceptado voluntariamente y por convicción por los ciudadanos. La ausencia de una autoridad final que decida no origina confusión, sino que es condición necesaria para la consolidación de un consenso reflexivo y para el avance social.

En la democracia, "el último tribunal de apelación lo constituye, no un tribunal, ni el ejecutivo, ni la asamblea legislativa, sino el electorado en su totalidad". La desobediencia civil apela precisamente a este último y a los principios políticos que sustentan a la sociedad, por lo que una acción que en principio parece destructiva de la democracia puede, posteriormente, convertirse en consolidadora de consenso.

Por lo tanto, mientras se da el movimiento de desobediencia civil, hay un equilibrio frágil acompañado de una tensión potencialmente explosiva que caracteriza a todo momento de transición. Por un lado, el costo de recurrir a la desobediencia civil para consolidar la legitimidad puede ser una pérdida de seguridad jurídica; por el otro, el costo de optar por la seguridad jurídica reprimiendo a la desobediencia civil puede ser perder la legitimidad. Ambas pérdidas ponen a prueba el Estado democrático por razones distintas. La pérdida de legitimidad, si el Estado quiere sobrevivir, conduce al autoritarismo; la falta de seguridad jurídica provoca la ineffectividad del orden político dando paso al caos y a la anarquía.

Para que se recupere el equilibrio, es necesario que el sistema político sea capaz de incorporar la desobediencia civil en los procesos institucionales, pues de lo contrario

resultaría un serio desorden que acabaría por minar la efectividad del orden político. Existen ciertos límites dentro de los cuales la desobediencia civil puede, en efecto, ser incorporada. Especialmente, el hecho de que diversos grupos recurran a la desobediencia civil en forma simultánea puede hacer que la situación se vuelva incontrolable.

Entonces, la pérdida parcial de la legitimidad de la que parte la desobediencia civil puede convertirse en pérdida total de legitimidad dado que además se mina la seguridad jurídica. En estos casos, cuando la desobediencia civil se generaliza y no logra encauzarse por las vías institucionales, se convierte en un prelude de movimientos radicales. Por esta razón la eficacia de la desobediencia civil declina más allá de cierto punto, y quienes la contemplan deben considerar estos límites.

Cuando la desobediencia civil se logra incorporar a los procesos institucionales, constituye un recurso estabilizador del sistema político porque vigila su legitimidad, revisa las desviaciones y promueve la realización de correcciones y cambios pacíficos.

En consecuencia, la desobediencia civil utilizada con las debidas reservas y en forma reflexiva, ayuda a mantener y reforzar tanto la legitimidad como la efectividad de las instituciones democráticas adaptándolas a las circunstancias cambiantes.

El que se obtengan resultados tan divergentes hace que sea fundamental explorar cuáles son esas reservas y límites.

Complementariamente a lo que la doctrina señala como seguridad jurídica, otro hecho a considerar en el presente caso, es que el generador puro y el autogenerador mantienen un contrato de concesión suscrito con el Estado ecuatoriano, cada uno con características y parámetros acordados previamente.

Manuel María Díez indica que pueden señalarse como caracteres jurídicos del elemento contractual en la concesión, los siguientes:

a) Es sinalagmático porque obliga al concedente y al concesionario.

b) Es conmutativo porque las prestaciones a que están obligadas las partes son ciertas y ellas pueden apreciarlas, aunque no siempre en forma fija. El servicio público que debe prestar el concesionario se determina con certeza en lo que respecta a su naturaleza o clase pero no en cuanto a su extensión ni a sus modalidades, que pueden variar en consonancia con las necesidades colectivas.

c) El elemento contractual de la concesión se realiza sobre la base de la buena fe de las partes.

d) En materia de concesiones se aplica el principio *intuitu personae*, vale decir que la concesión se acuerda teniendo en cuenta la persona del concesionario.

Para Bercaitz, entre las numerosas doctrinas que se han elaborado con respecto al contrato de concesión de servicios públicos, se puede señalar:

a) la que ve en él un contrato de derecho privado;

b) la que ve en él un acto unilateral del Estado;

c) la que ve en él un acto mixto, contractual y reglamental; y,

d) la que ve en él un contrato administrativo.”

Para José Canasi, el contrato de concesión tiene un carácter bien amplio, pues abarca a todo acto jurídico de derecho público, en que el concedente delega en el concesionario en un poder jurídico, así como también el uso, ocupación, etc., de bienes del dominio público.

Este criterio puede extenderse a cualquier servicio retribuido que se concede a un particular, no por libre contratación sino en subasta y licitación, en que puede la administración fijar por anticipado y unilateralmente las bases y condiciones que ha de sujetarse el interesado, incluso las de protección obrera, respetando el personal existente. Pero cuando se habla de concesión de servicios públicos, debe circunscribirse al acto mediante el cual un particular se compromete a asegurar por cierto tiempo, a su costa, riesgo y peligro, o riesgo y ventura, salvo pacto en contrario un servicio público,

recibiendo de los usuarios, contraprestación económica, la cantidad determinada en las tarifas.

El contrato de concesión por su naturaleza es un contrato oneroso; la concesión no es una donación y por eso el Estado tiene derecho a percibir un valor por el derecho que otorga al particular de prestar un servicio público; así lo reconocen varios autores, tales como (Dromi, 1996); Nidia Karina Cicero en su obra “Servicios Públicos, Control y Protección” (Cicero, 1996), cuando describe el proceso de privatización de varios servicios públicos en Argentina; Jorge Sarmiento García en su obra “Concesión de Servicios Públicos” (Sarmiento García, 1996).

Roberto Dromi manifiesta que “los derechos del concesionario del servicio público son, en general, iguales a los de todo cocontratante de la Administración Pública. Sin embargo, ciertos derechos presentan particularidad:”

En cuanto a las obligaciones del concesionario, el tratadista Manuel María Díez establece las siguientes:

- a)** El concesionario está obligado a prestar el servicio público al cual se ha comprometido y la prestación debe ser en forma regular y continua;
- b)** El concesionario está obligado a respetar la igualdad de los usuarios;
- c)** La Administración tiene el poder de modificar el régimen del servicio a efecto de adaptarlo a las nuevas exigencias del interés general;
- d)** La Administración tiene derecho a controlar la ejecución del servicio que realiza el concesionario;
- e)** Como la concesión se otorga *intuitu personae*, hay que resolver el problema derivado de la muerte o de la falencia del concesionario;
- f)** Si se hubiere pactado la cláusula de reversión, vale decir que al vencimiento del término la concesión, las instalaciones y todas las cosas afectadas a la explotación pasan a ser propiedad del concedente, el concesionario no podrá transferirlas por venta, permuta u otro acto de disposición sin la autorización del concedente; y,

g) Los concesionarios están sujetos a sanciones, que se aplicarán en el caso de inejecución del servicio.

Las penas impuestas a los concesionarios funcionan como garantías establecidas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones legales, y su aplicación por parte de la administración no viola garantía constitucional alguna.

Manuel María Díez establece que todos los derechos de los concesionarios importarán obligaciones para el concedente, como facilitarle el cumplimiento de la obligación al concesionario, con el objeto de asegurar el normal desarrollo del servicio e impedir que se obstaculice su desenvolvimiento, ya que puede ocurrir que se presente un conflicto de fuerza entre el personal y el concesionario. En este caso, la Administración está obligada a intervenir para restablecer el servicio público, si se ha interrumpido, a fin de asegurar su continuidad y regularidad y proteger los medios de explotación del concesionario.

Concomitante con el principio de seguridad jurídica, se encuentra la igualdad formal y no discriminación, que no es nada más que brindar el mismo tratamiento a aquellos que se hallan en las mismas condiciones.

Los principios constitucionales de igualdad y no discriminación son la base que rige a la sociedad, reduciendo las diferencias existentes por varios motivos en diversos ámbitos, de aplicación general y sin excepción alguna, ya que representan la declaración positiva y negativa de un mismo principio.

Para entender la naturaleza y concepción de la igualdad, el derecho internacional ha considerado cuatro áreas relevantes, a saber: a) Métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad; b) La intención es un elemento básico de la discriminación; c) Fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y, d) Coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación.

En cuanto a los métodos estructurales, se parte del hecho de que todas las personas nacen iguales y gozan de los mismos derechos, y que normativamente se va encasillando determinados ámbitos, actividades y circunstancias para que se tenga parámetros claros de las obligaciones y derechos que se tienen al acceder a cada uno

de ellos, es decir, establecer reglas claras o como en Derecho es ejercer la seguridad jurídica.

Respecto a la intención, es importante establecer cuál es el fin que se pretende, lo que va de la mano con la fijación de límites de si una decisión, política o norma, justifica o no la eventual desigualdad.

Para cumplir una coherencia entre las acciones de protección con la no discriminación, es menester que el Estado, constitucionalmente, adopte medidas positivas oportunas y adecuadas para lograr la igualdad, más allá de programas de acción afirmativa o trato preferencial, dictando normas que asienten las mismas.

Es claro que, la implementación adecuada de la igualdad de los derechos en todos los ámbitos, es obligación irrestricta del Estado.

Lo negativo de la igualdad, que es la no discriminación, es una práctica de hecho que lastimosamente subsiste en el Estado, llevada a cabo por las autoridades públicas, así como por determinados sectores o grupos privados.

Cómo prevenir, reducir y/o eliminar la no discriminación?

El Estado, al ser responsable de garantizar este derecho constitucional, es el llamado a mantener normas de protección para la no discriminación, dictando permanentemente políticas y disposiciones que coadyuven a aquello, siempre velando la coherencia dentro de la jerarquía normativa.

Para el caso de los participantes del sector eléctrico ecuatoriano, doctrinaria y legalmente existe una clara definición entre un generador puro y un autogenerador, cada uno con su tratamiento en el ámbito concesivo, derivando en aspectos económicos y operativos, con obligaciones y derechos para cada uno de ellos.

Al dictarse políticas como las del Decreto Ejecutivo Nro. 238, que buscan atraer la inversión privada, bajo la motivación de un desarrollo eficiente, competitivo, sostenible y ambientalmente responsable del servicio público y estratégico de energía eléctrica, en todas sus fases, no solo que va en franca contraposición con la Constitución de la República, que es eminentemente estatal, como así lo ha manifestado la Corte Constitucional en Sentencia Nro. 0012-08-IC, al señalar concretamente 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.”.

Adicional a lo indicado, se rompe el equilibrio dentro de la iniciativa privada al beneficiar a un grupo o sector que tiene un tratamiento especial por sus características y participación en el sector eléctrico, como lo son los autogeneradores, equiparándolos con otro grupo que, desde hace más de 20 años atrás, desde una época privatizadora, han tenido que llevar a cabo mayores trámites y requerimientos para acceder a un contrato de concesión eléctrica, como son los generadores puros, desconociendo incluso lo que sobre delegación excepcional ha señalado la Corte Constitucional en sentencia dentro de los Casos Nros. 0008-09-IN y 0011-09-IN acumulados, en el sentido de que: *“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 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."

El concepto y definición son claros, permanentes en el tiempo y no han cambiado legalmente. Por un lado, los generadores son los autorizados para llevar adelante la actividad de generación a su cuenta y riesgo, como parte de la cadena del servicio público y estratégico de energía eléctrica, accediendo a una utilidad justa y razonable que cubra la inversión efectuada para el efecto.

En cambio, los autogeneradores, por su propia naturaleza, están autorizados únicamente para generar para sí mismos, sin ninguna utilidad ni inversión a favor de terceros que deba reconocerse.

En el ámbito de los bienes afectos al servicio público, los activos de los generadores, al final de la concesión, son revertidos a favor del Estado; particular que los autogeneradores se encuentran exentos, justamente por su naturaleza jurídica.

Al permitir y disponer el Decreto Ejecutivo Nro. 238 y validado con las reformas reglamentarias emanadas del Decreto Ejecutivo Nro. 239, que los autogeneradores tengan la misma oportunidad de generar e inyectar energía eléctrica al Sistema Nacional Interconectado, no solo que rompen la seguridad jurídica al contravenir la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, sino que vulneran el derecho constitucional de igual y no discriminación de los generadores puros, quienes legalmente si tienen mayores derechos en razón de la exigencia previa para el otorgamiento de sus contratos de concesión.

La emisión de políticas en materia eléctrica por parte del Señor Presidente Constitucional de la República, es una atribución y facultad constitucional y legal por ejercer su rectoría, sin embargo, es importante que las mismas vayan de la mano con las leyes y demás norma conexas que la rige, respetando los principios y derechos garantizados en la Carta Magna.

Al contrastar el contenido de los Decretos Ejecutivos Nros. 238 y 239 frente a lo que establece la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, es menester verificar si los mismos cumplen el principio de seguridad jurídica, esto es, que respeten lo establecido previamente en el ordenamiento jurídico sectorial, lo cual no es así, no solo porque da capacidad a un grupo que, por su naturaleza, tiene un tratamiento diferente dentro de los participantes del sector eléctrico, sino que, estas preferencias, rompen el esquema estructural y van en franca contraposición con la Ley de la materia, Regulaciones de índole operativo y económico emitidas por la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables, sin perjuicio de las eventuales afectaciones económicas y financieras de aquellas empresas generadoras que, cumpliendo con todas los requerimientos y exigencias normativas y operativas, obtuvieron en legal y debida forma su contrato de concesión, al ser desplazados por una norma de menor jerarquía su participación en el mercado eléctrico mayorista.

Complementariamente, al vulnerarse el derecho constitucional de la seguridad jurídica a las empresas generadoras, cae por su propio peso la vulneración al derecho de no discriminación, misma que, al ser examinada por las cuatro áreas relevantes del derecho internacional, no cumple con ninguna de ellas puesto que, pese a existir una estructura

normativa clara, precisa y previa, una política de Gobierno la desvirtúa, transgrede y va más allá de lo permitido legalmente, evidenciándose la intención de beneficiar a un grupo en especial por sobre el resto, so pretexto de incentivar la inversión privada dentro del sector eléctrico, sin un límite o coherencia que lo justifique.

Este conflicto entre la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica versus las reformas al Reglamento General de Aplicación para viabilizar las Políticas de Gobierno en materia eléctrica, han provocado antinomias en el ordenamiento jurídico eléctrico, que deben ser resueltas tanto por el Ministerio de Energía y Minas cuanto por la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables, vía resoluciones, acuerdos ministeriales, disposiciones intrínsecas en torno al procedimiento y tratamiento en las diferentes temáticas que inciden operativa y económicamente los Decretos 238 y 239. (Luisfersabe, 2021)

Desde el ámbito eminentemente jurídico, las entidades públicas antes mencionadas, al amparo de lo prescrito en el artículo 82, número 1, de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008), en concordancia con el artículo 22, letra g), de la Ley Orgánica del Servicio Público, con base en los principios de transparencia, coordinación y buena fe de la Administración Pública, han valorado el alcance y consecuencias de la implementación de tales políticas, más allá de que han sido emitidas por el Representante de la Función Ejecutiva y deben ser acatadas, respetando ante todo la seguridad jurídica constitucional, legal y contractual, evitando de esta manera ingentes demandas en contra del Estado ecuatoriano, y aplicando aquellas que no tienen una incidencia directa en la vulneración de los derechos de las empresas generadoras.

Con lo actuado por las entidades designadas para la ejecución de las Políticas, se han cumplido dos escenarios: el primero, que es acatar la disposición de autoridad competente; y, el segundo, adoptar medidas de protección para la no discriminación de las empresas generadoras. De lo anotado, se concluye que una Política puede coexistir incluso si no está acorde a la realidad jurídica, siempre y cuando se la encamine e implemente adecuadamente.

3. CAPÍTULO III.

MATERIALES Y MÉTODOS

- **Modalidad o enfoque de la investigación:** Según la modalidad o enfoque, la investigación es cualitativa, por cuanto se basa en la interpretación sobre la vulneración del derecho de seguridad jurídica y no discriminación sobre la base de la revisión doctrinaria, legal y reglamentaria de la temática materia de estudio. No se ha combinado con aspectos cuantitativos por cuanto la problemática no abarca datos o valores sobre la afectación.
- **Tipo de investigación:** Con relación al objetivo o finalidad, la investigación es aplicada, pues identifica a través de un análisis crítico los parámetros para establecer la vulneración de los decretos ejecutivos 238 y 239 a la seguridad jurídica y no discriminación. En torno al alcance, la investigación es descriptiva, por cuanto se singularizan los parámetros establecidos para determinar la vulneración a los principios constitucionales de la seguridad jurídica y no discriminación.
- **Población y muestra:** No aplica.
- **Método a emplear:** El método utilizado en esta investigación es el jurídico teórico, exegético, en razón de que, producto de la recopilación de fuentes documentales, tales como libros y normativa jurídica eléctrica, coadyuva a una eficaz identificación de la vulneración de los principios de la seguridad jurídica y no discriminación.

Como consecuencia de lo anterior, se utilizaron los métodos de investigación documental, bibliográfica, de campo y de observación, así como también la aplicación del método inductivo/deductivo por cuanto, a través de herramientas, se recopiló información que ha permitido obtener resultados para el análisis y comparación con la normativa jurídica actual, arribando a una conclusión conforme a Derecho.

Así mismo, se aplicó el método de investigación histórico/lógico, lo que ha permitido efectuar la correspondiente comparación en cuanto a la incidencia de los decretos estudiados en el transcurso del tiempo, en especial en estos dos últimos años.

4. CAPÍTULO IV.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Resultado: Producto de la aplicación del método jurídico teórico, se ha recabado información valiosa de diversos documentos, doctrina de tratadistas especializados de otros países, constitución, leyes y reglamentos, aportando datos sobre la problemática en torno a la vulneración del principio de seguridad jurídica y no discriminación por parte de la Función Ejecutiva en la emisión de políticas sectoriales a través de decretos ejecutivos, lo cual, sin duda, redundará en la afectación de carácter económico a las empresas generadoras del sector eléctrico ecuatoriano.

Ha puesto en contexto de los profesionales del Derecho la naturaleza y definición clara de los participantes del sector eléctrico ecuatoriano.

Discusión: Desde el año 1961, con la expedición de la Ley Básica de Electrificación en un contexto eminentemente estatal, pasando por la Ley de Régimen del Sector Eléctrico en una época privatista, y retornando a una etapa estatal con la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, la Presidencia de la República, contrario a lo que la Constitución de la República prescribe, dicta en uso de su facultad de emitir las políticas sectoriales el Decreto Ejecutivo Nro. 238 de 26 de octubre de 2021, buscando el desarrollo del servicio público de energía eléctrica e incrementar la generación de energía, al amparo de tres pilares: seguridad jurídica, fortalecimiento de empresas públicas y captación de inversiones.

La búsqueda del Buen Vivir o Sumak Kawsay aplica para motivar el mencionado Decreto, con un aparente beneficio directo hacia los consumidores o usuarios finales.

La discusión no se centra en si la Presidencia de la República tiene capacidad para emitir actos administrativos con Políticas o si lo debe efectuar a través del Ministerio de Energía y Minas, o si el fin justifica los medios pues, las mismas tienen una connotación positiva desde el ámbito de prestación del servicio público, con buenas intenciones en la búsqueda de nuevas y mejores tecnologías, en vía de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero para emitir carbono neutro, y garantizando la continuidad del suministro.

Es importante señalar que los actos administrativos justifican su razón de existencia dentro del ordenamiento jurídico nacional, por la directa aplicación de los principios de tipicidad y legalidad, que se basa en la actuación de todo sistema estatal que exige la observancia incondicional y estricta por parte de la Administración Pública.

La verdadera discusión nace a la interna de la estructura que rige normativamente el sector eléctrico ecuatoriano, que para el caso de incentivos y condiciones preferentes afecta constitucional, legal y contractualmente a quienes, por Contrato de Concesión, han sido autorizados por el propio Estado, por un tiempo determinado y bajo ciertos parámetros operativos y técnicos, a generar energía eléctrica dentro de la cadena productiva, para cubrir la demanda de la ciudadanía, frente a un grupo denominado autogeneradores que, únicamente, a través de su Contrato de Concesión, se les permite generar para su consumo propio y, excepcionalmente, en un porcentaje ínfimo (25% de su generación) ponerlo a disposición del mercado eléctrico.

A pesar de que la existencia de las empresas generadoras y autogeneradoras no es de reciente data, pues en la legislación eléctrica tiene más de 25 años considerado y delimitado, es importante destacar que la desviación y abuso de poder por parte de la Función Ejecutiva es una situación que viene presentándose desde hace un año atrás. Desde la expedición de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico el 10 de octubre de 1996, se ha establecido en forma clara la naturaleza y grado de participación de las empresas generadoras y autogeneradoras, con lo que se ha trabajado desde los ámbitos de regulación y control del Estado en forma diferenciada.

La naturaleza y definición de cada uno de estos participantes del sector eléctrico fue recogido por la Asamblea Nacional al expedir la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, promulgada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial Nro. 418 de 16 de enero de 2015, la cual se alineó a la Constitución de la República de 20 de octubre de 2008.

A partir del Gobierno del Señor Presidente Constitucional posesionado el 24 de mayo de 2021, se cambia la política estatal por la de impulso a la iniciativa privada, sin distinción alguna, lo que da lugar a la emisión del Decreto Ejecutivo Nro. 238 de 26 de octubre de 2021, donde se desconoce la naturaleza y derechos adquiridos por más de

25 años, buscando una especie de equiparación de derechos que jurídicamente se contraponen.

No se desconoce la revolución e innovación en el sector eléctrico a nivel mundial, propendiendo a la responsabilidad ambiental y mejora de tecnologías que, debido a su alto costo, no pueden ser financiados por el propio Estado, debido a la falta de recursos económicos para inversión en nueva infraestructura o mantener la actual.

Como complemento de lo dicho, el Ministerio de Energía y Minas emitió el 06 de junio de 2022 el Acuerdo Ministerial Nro. MEM-MEM-2022-0024-AM, con nueva política pública del sector eléctrico, lo que deja en indefensión a varios participantes generadores pues, pese a que reduce esa supuesta equiparación de derechos, mantiene una afectación al permitir que otros participantes que históricamente tienen otra connotación y tratamiento contractual, se beneficien para apoyar a la prestación del servicio público y estratégico de energía eléctrica, lo que radica en desnaturalizar el principio estatal por el de abrir la excepcionalidad de participación de la iniciativa privada, o de alianzas público privadas.

Al no existir una adecuada correlación de las normas entre un autogenerador y generador, pues la ley señala una cosa, pero la política establece otra y las reformas reglamentarias se tornan lesivas e insuficientes, al generador le vulnera su legítimo derecho prescrito en el artículo 82 de la Constitución de la República, pues teniendo normas claras, previas y de aplicación obligatoria de los servidores públicos, se la trastoca con “políticas” que se pretende superponerse dentro de la jerarquía normativa, restando capacidad y oportunidad operativa y económica frente a las inversiones ya realizadas o que ha tenido previstas efectuar.

La Corte Constitucional, en sentencia 227-12-SEP-CC, caso 212-11-EP, con relación al Derecho de Seguridad Jurídica, señala: *“Ambas garantías bajo estudio (se hace referencia a la seguridad jurídica y debido proceso) constituyen principios de carácter bidimensional, dependiendo de la fuente del derecho de la que se trate. Dado que la seguridad jurídica implica la preexistencia de cualquier norma, constituye en sí misma la reivindicación de las normas y los mecanismos judiciales establecidos como formas de garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos, tanto si nacen de una norma*

contenida en la Carta Suprema, como en la legislación secundaria. Así, el principio puede ser protegido a través de su aplicación, tanto en sede constitucional como ordinaria, dependiendo de la fuente del derecho que se vea vulnerada. Al igual que la tutela judicial efectiva, **la satisfacción del principio de seguridad jurídica y de la garantía de cumplimiento de las normas depende en gran medida del responsable de la aplicación normativa.** Si bien, de los organismos con potestad legisferante depende en primera instancia la preexistencia de tales normas, y por tanto, esta comporta per se una acción de garantía de los principios, no es sino hasta que ella se concreta, que este cobra plena eficacia. **Por ende, la no aplicación o aplicación defectuosa de normas contenidas en la Constitución de la República que contengan derechos constitucionales por parte de los organismos jurisdiccionales, trae ciertamente consigo la vulneración a la seguridad jurídica, a ser reparada por medio de la acción extraordinaria de protección**". (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

Tanto el Decreto Ejecutivo 238 cuanto el 239, aparentemente equiparan y ponen en igualdad de condiciones a los autogeneradores con los generadores, so pretexto de un mal llamado fomento a la inversión privada, no se puede desconocer, a más de vulnerar la seguridad jurídica constitucional y que se reconoce en los Contratos de Concesión, se da una distorsión en cuanto a la igualdad material, formal y no discriminación, que garantiza los artículos 11 numeral 4 y 66 numeral 2, de la Carta Magna.

La emisión de los decretos vulnera el principio de motivación que rige a los actos administrativos. En sentencia Nro. 1158-17-EP/21(Caso Garantía de la motivación) de 20 de octubre de 2021, el Máximo Organismo Constitucional ha dispuesto: "La Corte analiza si una sentencia de casación vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación y, para ello, realiza un balance sistemático de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: se aleja explícitamente del test de motivación, con base en la jurisprudencia reciente de la Corte, establece varias pautas para examinar cargos de vulneración de la referida garantía. Esas pautas incluyen un criterio rector, según el cual, toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa (de conformidad con el Art. 76.7.1 de la Constitución). Las pautas también incorporan una tipología de deficiencias motivacionales, es decir, de

incumplimientos de dicho criterio rector: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia; esta última surge cuando la argumentación jurídica incurre en algún tipo de vicio motivacional, como son: la incoherencia, la inatinencia, la incongruencia y la incomprensibilidad.”. Complementariamente, la Corte Constitucional, para verificar si existe o no vulneración a este principio de la motivación, se ha basado en su propia jurisprudencia, refiriendo como criterio rector que es suficiente una argumentación jurídica solo con una estructura mínimamente completa, establecida en el artículo 76, número 7, letra l), de la Constitución de la República.

La Corte ha considerado que, la inobservancia de este criterio rector, constituye sin duda una vulneración al principio de motivación, por contener deficiencia motivacional.

Para el caso de deficiencia motivacional, la corte en la precitada sentencia ha determinado la existencia de 3 tipos: “...(1) *la inexistencia; (2) la insuficiencia; y, (3) la apariencia. Deficiencias motivacionales que son definidas por la sentencia en cuestión, del siguiente modo: I. Inexistencia: “Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica.” II. Insuficiencia: “Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia”. III. Apariencia: “Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional.”. Existe vicio motivacional, cuando se incurre en una de estas tipologías: (3.1) incoherencia: “la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que una motivación debe “guarda[r] coherencia entre las premisas fácticas (causas), las disposiciones aplicadas al caso concreto (normas), la conclusión y la decisión final del proceso”. (3.2) inatinencia: “Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión*

final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate...”.

(3.3) incongruencia: “Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico ley o la jurisprudencia impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones... generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho)”. (3.4) incomprensibilidad: “Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales) para un ciudadano o ciudadana”. (...)”.

En este sentido, el argumento motivaciones que obra en el Decreto Ejecutivo Nro. 238, que establece las nuevas políticas sectoriales, no realiza una valoración de todos los elementos de convicción, sino que más bien se refiere a normas y preceptos sin hacer el análisis correspondiente a la premisa mayor y menor previo a dictarlas.

Como servidores públicos es menester dar a conocer sobre estas vulneraciones y establecer la vía constitucional adecuada que conlleve a restablecer el orden normativa en respeto de principios y derechos constitucionales, siendo para el efecto un control abstracto de constitucionalidad, es decir, la interposición de la demanda de inconstitucionalidad.

La antes citada consideración nace en razón de que, revisados los archivos institucionales de las Entidades inherentes, esto es el Ministerio de Energía y Minas así como la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables, no han sido presentadas acciones/recursos administrativos por parte de los afectados, sino únicamente solicitudes de reunión para buscar alternativas de solución.

De igual forma, revisada la página web de la Función Judicial y Corte Constitucional, no se registra demanda jurisdiccional y/o acción constitucional para que se declare la vulneración de derechos.

Debe considerarse que la Función Ejecutiva tiene facultad legislativa, por ende, es primordial que los decretos ejecutivos que se emitan contemplen los requisitos de orden constitucional para su formación y emisión, tanto en la forma como en el fondo.

Cuando se pretende reformular el modelo institucional y empresarial del sector eléctrico, implementando incentivos tarifarios y condiciones preferentes sin discriminación, no se valora la inversión previa ni el cumplimiento de requisitos que dieron lugar a los Contratos de Concesión para Generación y su naturaleza.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones.

- El Señor Presidente Constitucional de la República tiene plena competencia constitucional para emitir, vía decreto ejecutivo, Políticas Públicas dentro del Sector Eléctrico.
- El Ministerio de Energía y Minas emitió el Acuerdo Ministerial Nro. MEM-MEM-2022-0024-AM de 06 de junio de 2022, complementando lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo Nro. 238 de 26 de octubre de 2021, pese a que ambas contienen sus políticas públicas del sector eléctrico con una visión distinta.
- La Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables, al amparo de lo prescrito en el artículo 83, número 1, de la Constitución de la República, pese a la Política emitida por el Señor Presidente Constitucional de la República, así como de la emitida por el Ministerio de Energía y Minas, ajustó la normativa regulatoria, misma que constitucionalmente carece de eficacia jurídica.
- Legalmente se encuentran definidas las obligaciones y derechos de los participantes del sector eléctrico ecuatoriano, en especial entre un generador y un autogenerador.
- Se debe respetar la jerarquía normativa constitucionalmente establecida, teniendo presente que ninguna norma inferior, o peor aún una política pública sectorial, la puede sobrepasar y cambiar las reglas de juego.
- Las empresas generadoras son las únicas autorizadas al amparo de sus contratos de concesión para vender su producción de energía eléctrica al Sistema Nacional Interconectado, mientras que las empresas autogeneradoras únicamente pueden generar para su propio consumo, y solamente un pequeño porcentaje de existir excedente puede ser incorporado al SNI.
- El Decreto Ejecutivo Nro. 238 ha sido emitido en flagrante vulneración de los principios de seguridad jurídica y no discriminación de las empresas generadoras, incidiendo ilegítimamente frente a una ley orgánica de especialidad.

- El Decreto Ejecutivo Nro. 238, emitido por el Señor Presidente Constitucional de la República, adolece de deficiencia motivacional, establecida por la Corte Constitucional.
- La Presidencia de la República, previo a emitir un acto administrativo, debe contar con informes técnicos, económicos, operativos y sobre todo jurídicos, que avalen su razonabilidad, pertinencia y grado de incidencia a terceros directos e indirectos.
- Ante la evidente falta de jerarquía normativa, contraviniendo lo constitucional y legalmente establecido, deviniendo en vulneración a principios constitucionales, sobre todo al de la seguridad jurídica, corresponde la presentación ante la Corte Constitucional de la respectiva demanda de inconstitucionalidad, que es la vía jurisdiccional adecuada para este tipo de contradicciones, a fin de que efectúe el control abstracto de constitucionalidad.

Recomendaciones

- Al amparo del artículo 22, letra g), de la Ley Orgánica del Servicio Público, los servidores públicos están obligados a poner en conocimiento de sus superiores la imposibilidad de acatar disposiciones o políticas gubernamentales, cuando éstas van en franca vulneración de derechos constitucionales.
- Tomar en cuenta previamente la jerarquía de las normas previo a emitir actos normativos que no se encuentren debidamente motivados.
- Al emitirse un Decreto Ejecutivo, se observará que el mismo no beneficie o perjudique a terceros, ocasionando eventuales demandas en contra del propio Estado.
- Contar con informes previos como ordena los artículos 122 y 123 del Código Orgánico Administrativo, que justifiquen jurídica, técnica y económicamente la emisión de una determinada política pública sectorial.
- Efectuar una consulta previa con todos los participantes del sector eléctrico, que permita conocer la realidad y coadyuve a la búsqueda de soluciones rentables y reales vía políticas.
- De optarse por equiparar derechos de autogeneradores con empresas generadoras, efectuar previamente medidas afirmativas como una reforma legal.
- Garantizar que el fin de una política pública observe los cuatro elementos fundamentales que el derecho internacional ha considerado para precautelar la no discriminación.
- Previo a la emisión de Políticas Públicas, efectuar reformas legales, reglamentarias y regulatorias, y no al revés, pues con ello se viabiliza de mejor manera los objetivos sectoriales.
- En caso de que se pretenda equiparar en derechos a un autogenerador con los de un generador puro, las reformas previas que la Presidencia de la República o el Ministerio de Energía y Minas deben generar, han de contemplar el grado de afectación de principios y derechos constitucionales entre la propia inversión privada, justificando si fuera el caso la necesidad, por excepción y en función del

interés general sobre el particular, estableciendo las actividades permitidas bajo esta excepcionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuerdo Ministerial Nro. MEM-MEM-2022-0024-AM (Ministerio de Energía y Minas 6 de junio de 2022).
- Cicero, N. K. (1996). *Servicios Públicos, Control y Protección*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 (20 de Octubre de 2008).
- Coordinación Técnica de Regulación y control eléctrico de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables. (2 de Diciembre de 2021). *LÍNEA DE TIEMPO GENERAL SOBRE LA NORMATIVA E INSTITUCIONALIDAD DEL SECTOR ELÉCTRICO ECUATORIANO*. Recuperado el 9 de junio de 2023, de <https://www.controlrecursosyenergia.gob.ec/Normativa/Regulaciones/Línea>
- Decreto Ejecutivo Nro. 238 (Guillermo Lasso Presidente Constitucional de la República del Ecuador 26 de Octubre de 2021).
- Decreto Ejecutivo Nro. 239, 239 (Guillermo Lasso Presidente Constitucional de la República 26 de Octubre de 2021).
- Dirección de Regulación Técnica de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables. (2020). *Informe de sustento Regulación Sustitutiva a la Regulación No. ARCERNR 005/20 "RÉGIMEN DE LAS TRANSACCIONES COMERCIALES EN EL SECTOR ELÉCTRICO*. Recuperado el 10 de junio de 2023, de <https://www.controlrecursosyenergia.gob.ec/Normativa/Regulaciones/Informe>
- Dromi, R. J. (1996). *Derecho Administrativo* . Buenos Aires: Ediciones Ciudad.
- Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, Registro Oficial 418 (16 de Enero de 2015).
- Luisfersabe. (4 de Noviembre de 2021). *Lo bueno, lo malo y lo feo en el Decreto Ejecutivo No. 238 (Políticas del Sector Eléctrico)*. Recuperado el 10 de Junio de 2023, de <https://luifersabe.wordpress.com/2021/11/04/lo-bueno-la-malo-y-lo-feo-en-el-decreto-ejecutivo-no-238-politicas-del-sector-electrico/>
- Manzano Mantilla, M. J. (26 de Octubre de 2022). *Situación actual del sector eléctrico ecuatoriano y sus desafíos. Maestría en Relaciones Internacionales*. Recuperado el 10 de Junio de 2023, de [http://www.uasb.edu.ec/area de estudios sociales y globales/index.php/dike/article/view/pdf](http://www.uasb.edu.ec/area-de-estudios-sociales-y-globales/index.php/dike/article/view/pdf)

Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica,
Registro Oficial suplemento 21 (20 de Agosto de 2019).

Sarmiento García, J. H. (1996). *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires:
Ediciones Ciudad.