

Manual de Defensa Jurídica del Estado



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

Guía para la navegación en este Manual



Índice

A través del índice de la página 7 o del respectivo ícono en el Menú, podrá acceder a cualquier sección, título o subtítulo de este manual.



Búsqueda por términos

Por medio del ícono Q, en la parte superior de la pantalla, o presionando las teclas Ctrl + F (Windows) o Cmnd + F (Mac), podrá acceder a la búsqueda de cualquier término de este texto.



Menú

En el costado derecho de cada página, encontrará el menú de navegación que le permitirá dirigirse al inicio de cada una de las secciones de este Manual”.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

MANUAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Autores:

Dr. Íñigo Salvador Crespo
Procurador General del Estado

Dra. Ana María Rosero Rivas
Directora Nacional de Consultoría

Dr. Wladimir García Vinueza
Director Nacional de Control de la Legalidad de los Contratos

Dr. Luis Fernando Mora Heredia
Director Nacional de Mediación, subrogante

Dr. Marco Proaño Durán
Director Nacional de Patrocinio

Dra. Claudia Salgado Levy
Directora Nacional de Asuntos Internacionales

Ab. María Fernanda Álvarez Alcívar
Directora Nacional de Derechos Humanos

Dra. Rosa Álvarez Ulloa
Directora Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas

Ab. Santiago Terán Noboa
Director de la Unidad de Recuperación de Activos de la Dirección Nacional de Patrocinio

Dr. Álvaro R. Mejía Salazar
Consultor

Dr. Patricio Hernández Rentería
Coordinador del Proyecto de Fortalecimiento Institucional de la PGE, PROFIP



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

MANUAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

ALVARO R. MEJÍA SALAZAR
CONSULTOR

MANUAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

© **PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO**

PRIMERA EDICIÓN

Registro de derechos de autor: UIO-060859

ISBN: 978-9942-834-52-2

Investigación y redacción: Dr. Álvaro R. Mejía Salazar

Supervisión: Direcciones Nacionales Sustantivas, Procuraduría General del Estado

Revisores: Dra. Ana María Rosero Rivas, Dr. Rodrigo Durango Cordero

Edición e impresión: Imprenta Dikapsa - 062 924 887

Todos los derechos reservados

Impreso en Ecuador, noviembre 2021

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
1. RESEÑA HISTÓRICA	17
2. LA PGE: TITULAR DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO	27
3. EL CICLO DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO	33
4. ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS	41
4.1. Ámbito conceptual	41
4.1.1. Antecedentes históricos	41
4.1.2. La función consultiva de la PGE	42
4.1.3. Naturaleza jurídica de la absolución de consulta	44
4.1.4. Finalidad de la absolución de consulta	46
4.1.5. Carácter auxiliar de la función consultiva	47
4.1.6. Obligatoriedad de la absolución de consulta	48
4.1.7. Impugnabilidad de la absolución de consulta	49
4.2. Procedimiento	50
4.3. Defensa jurídica del Estado a través de la absolución de consultas	53
4.3.1. El Servicio de Asesoramiento Legal Externo (ALE)	58
4.4. Caso paradigma	61
5. CONTROL DE LA LEGALIDAD DE ACTOS Y CONTRATOS	65
5.1. Ámbito conceptual	65
5.1.1. El control administrativo	65
5.1.2. La facultad contralora de la PGE	68
5.1.3. Naturaleza jurídica de la facultad contralora de la PGE	69
5.1.4. Finalidad de la facultad contralora de la PGE	72
5.2. Procedimiento	73
5.3. Defensa jurídica del Estado a través del control de legalidad de actos y contratos	77
5.3.1. Control de la legalidad de procedimientos de contratación pública	78
5.3.2. Control de la legalidad de actos administrativos	80
5.4. Caso paradigma	80

6. MEDIACIÓN	85
6.1. Ámbito conceptual	85
6.1.1. Antecedentes históricos	85
6.1.2. La mediación como procedimiento alternativo de solución de controversias	87
6.1.3. La mediación administrada por la PGE	89
6.1.4. La materia transigible: requisito fundamental de la mediación	90
6.2. Procedimiento	91
6.3. Defensa Jurídica del Estado a través de la Mediación	95
6.4. Caso Paradigma	101
7. PATROCINIO NACIONAL	107
7.1. Ámbito conceptual	107
7.1.1. Antecedentes históricos	107
7.1.2. La representación y el patrocinio judicial nacional del Estado y sus instituciones	109
7.1.3. Personalidad jurídica de los órganos y entidades estatales	111
7.1.4. La finalidad del patrocinio judicial nacional del Estado y sus instituciones	112
7.2. Procedimiento	113
7.3. Área constitucional	114
7.3.1. Ámbito conceptual	114
7.3.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas constitucionales	116
7.3.3. Caso paradigma: patrocinio de causas constitucionales	119
7.4. Área civil	123
7.4.1. Ámbito conceptual	123
7.4.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas civiles	126
7.4.3. Caso paradigma: patrocinio de causas civiles	128
7.5. Área penal	130
7.5.1. Ámbito conceptual	130
7.5.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas penales	132
7.5.3. Caso paradigma: patrocinio de causas penales	134
7.6. Área laboral	137
7.6.1. Ámbito conceptual	137
7.6.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas laborales	138
7.6.3. Caso paradigma: patrocinio de causas laborales	141
7.7. Área contencioso-administrativa y contencioso-tributaria	143
7.7.1. Ámbito conceptual	143
7.7.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas contencioso-administrativas y contencioso-tributarias	147
7.7.3. Caso paradigma: patrocinio de causas contencioso-administrativas y contencioso-tributarias	151

7.8. Recuperación de activos y valores por concepto de reparación integral	154
7.8.1. Ámbito conceptual	154
7.8.2. Procedimiento	156
7.8.3. Defensa jurídica del Estado a través de la recuperación de activos	160
7.8.4. Casos paradigma	161
8. ASUNTOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE	167
8.1. Ámbito conceptual	167
8.1.1. La jurisdicción internacional	167
8.1.2. La representación y el patrocinio jurisdiccional internacional del Estado y sus instituciones	168
8.1.3. El arbitraje como método alternativo de solución de controversias	170
8.1.4. El arbitraje nacional	172
8.1.5. El arbitraje internacional	173
8.1.6. La representación y el patrocinio arbitral nacional e internacional del Estado y sus instituciones	174
8.2. Procedimiento	175
8.3. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de procesos en jurisdicciones extranjeras y arbitraje nacional e internacional	177
8.3.1. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de procesos en jurisdicciones extranjeras	178
8.3.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de procesos de arbitraje nacional	180
8.3.3. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de procesos de arbitraje internacional	183
8.4. Casos paradigmáticos	188
8.4.1. Proceso en jurisdicción extranjera	188
8.4.2. Proceso de arbitraje nacional	191
8.4.3. Proceso de arbitraje internacional	194
9. DERECHOS HUMANOS	203
9.1. Ámbito conceptual	203
9.2. Procedimiento	208
9.2.1. Procedimiento frente a las peticiones presentadas ante la CIDH	208
9.2.2. Procedimiento frente a los casos tramitados en la Corte IDH	211
9.2.3. Procedimiento frente a la solicitud de medidas cautelares presentadas ante la CIDH	212
9.2.4. Parámetros generales	212

9.3. Defensa jurídica del Estado a través del litigio de derechos humanos	213
9.4. Casos paradigmáticos	218
9.4.1. Petición ante la CIDH	218
9.4.2. Caso ante la Corte IDH:	220
9.4.3. Solicitud de medidas cautelares ante la CIDH	223
10. INICIATIVA LEGISLATIVA	227
10.1. Ámbito conceptual	227
10.1.1. La iniciativa de ley	227
10.1.2. La iniciativa legislativa de la PGE	229
10.2. Presentación de proyectos de ley en el ámbito de la competencia de la PGE	231
10.2.1. Procedimiento para presentación de proyectos de ley en el ámbito de la competencia de la PGE	231
10.2.2. Defensa jurídica del Estado a través de la iniciativa legislativa	234
10.2.3. Caso Paradigma	236
10.3. Procedimiento para asesorar a las entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria	239
10.3.1. Procedimiento para asesorar a las entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria	239
10.3.2. Defensa jurídica del Estado a través del asesoramiento a las entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria	241
10.3.3. Caso Paradigma	244
FUENTES	249
Normativas	249
Bibliográficas	251
Precedentes	258
Sentencias nacionales	259

PRESENTACIÓN

La defensa jurídica del Estado, enunciada en términos generales, es atribución constitucional y legal de la Procuraduría General del Estado.

Este amplísimo concepto abarca más de una manifestación específica. De hecho, cada una de las facultades que la Constitución de la República y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (LOPGE) confieren a nuestra institución, constituye una fase del ciclo de defensa jurídica del Estado, la cual tradicionalmente ha sido identificada casi exclusivamente con la representación en juicio de las instituciones estatales, conocida como patrocinio.

Y, sin embargo, todas las demás atribuciones de la procuraduría coadyuvan a la defensa del interés público y la materializan.

En efecto, se defiende el interés público tanto cuando se comparece activamente en un proceso judicial en representación del Estado, sea este actor o demandado, en jurisdicción nacional o internacional, en ejercicio de las facultades que le asigna a la institución el artículo 237, literales 1 y 2, de la Constitución, como cuando se emite un dictamen vinculante –inexactamente llamado “pronunciamiento” por la LOPGE– en respuesta a una consulta de una entidad pública sobre cómo ha de aplicarse la normativa nacional, a la luz del literal 3 del mismo artículo constitucional; tanto cuando se ejerce el control legal de un contrato público –de preferencia antes de su suscripción, aunque desde 2008 solamente con posterioridad a ella–, en aplicación del literal 4 del precepto constitucional, como cuando se suscribe un acta de mediación, con la intervención de los profesionales del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, aliviando a la justicia ordinaria de la tramitación y resolución de un proceso judicial en que el Estado es parte.

Por otro lado, la visión que tradicionalmente se ha tenido sobre la labor de la Procuraduría General del Estado y la de su verdadero rol, mucho más amplio, varían fundamentalmente según se ponga el énfasis en las fases preventivas o en las fases contenciosas del ciclo de defensa del Estado.

La Procuraduría, durante mi gestión, ha preferido poner el acento sobre las fases preventivas, o, si se quiere, sobre los aspectos de prevención que pueden identificarse en el ejercicio de cada facultad constitucional. Esta visión parte de la premisa de que es más conveniente para el Estado, tanto desde el punto de vista de la necesidad de fortalecer el

estado de derecho y la paz social como del de la economía de recursos (el “negocio” del Estado no es litigar en tribunales locales o internacionales sino garantizar los derechos de todas las personas que habitan en el país y proporcionarles los servicios necesarios para que los gocen y ejerzan).

Es así como, por ejemplo, se ha considerado que la absolución de consultas con carácter vinculante de manera oportuna, clara y sólidamente fundamentada en derecho constituye una forma efectiva de prevenir conflictos que pudieran resultar en procesos judiciales. En efecto, los funcionarios públicos que reciben inmediato asesoramiento de la Procuraduría sobre temas jurídicos de difícil resolución en sus actividades diarias, podrán aplicar la ley con mayor confianza y apego al derecho. Y, en consecuencia, a mayor certeza jurídica, menor conflictividad.

Por eso ha sido uno de los empeños de la Procuraduría General del Estado el de revertir la tendencia imperante hasta julio de 2018, cuando asumí este honroso cargo, y absolver el mayor número de consultas posible, evitando las abstenciones; e, incluso en los ineludibles casos de abstención, proporcionar al solicitante referencias de dictámenes previos sobre la materia consultada, de manera que la entidad consultante no se sienta desatendida y pueda dar solución al menos parcial a su problema jurídico. Es así como en julio de 2018 el porcentaje de dictámenes emitidos era del 14% y el de abstenciones del 76%, en relación al número total de consultas recibidas; mientras que para julio de 2021 son de 70% y 14%, respectivamente, una proporción casi exactamente inversa*.

Pero, además, se ha buscado reforzar este enfoque preventivo mediante la creación del Servicio de Asesoría Legal Externa (ALE), por medio del cual más de 615 entidades públicas que se han registrado para hacer uso de él (sobre todo gobiernos autónomos descentralizados) reciben en tiempo real asesoramiento no vinculante sobre la aplicación de la normativa a problemas específicos que enfrentan, principalmente en el ámbito de la contratación pública.

También se ha puesto énfasis en estos últimos cuarenta meses en la necesidad de resolver los conflictos en que las entidades estatales son partes, por la vía de los arreglos amistosos, en lugar de indefectiblemente referirlos a los siempre congestionados juzgados y tribunales de la república, de otros países o de derecho internacional, en los que los resultados, a más de inciertos, son necesariamente onerosos.

En este sentido, el fortalecimiento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado por la vía de la capacitación de sus profesionales, dotación de herramientas informáticas y adecentamiento de sus instalaciones en todo el país, ha sido prioridad cardinal. También se ha decidido sacar provecho de la ventaja comparativa que

* Procuraduría General del Estado, Rendición de Cuentas 2020, págs. 40-51. Procuraduría General del Estado, Dirección Nacional de Consultoría, estadísticas 2021.

le representa a nuestro centro de mediación el hecho de que en 65% de los casos que recibe al menos una de las partes es una entidad pública** y se ha optado por dedicar sus actividades en exclusiva a la resolución de esta clase de controversias, dejando que los otros numerosos centros de mediación se ocupen de desacuerdos entre privados.

Papel muy importante en precaver los litigios del Estado desempeña el control de legalidad de los actos y contratos públicos. Antes de que la Procuraduría fuera privada de la facultad de realizar tal control antes de la celebración de dichos actos y contratos, ese rol preventivo no solamente servía para prevenir conflictos, sino que reducía ostensiblemente los espacios para la corrupción. A mi criterio, no es fortuito que el crecimiento rampante de esa pandemia cívica coincida con el despojo a la Procuraduría de esa facultad, en 2008, permitiéndole que solamente la ejerza después de que el contrato se ha celebrado y limitando drásticamente la capacidad de reacción del Estado. Ello no obstante, nuestra institución ejerce el control legal a posteriori con esmero y eficiencia y transmite sus resultados regularmente a la Contraloría General del Estado para que determine responsabilidades e incluso notifica a las entidades interesadas su obligación de demandar la nulidad de dichos actos, cuando así corresponde.

Al llegar a la Procuraduría General del Estado en julio de 2018 me llamó la atención que la institución no tuviera dentro de su estructura organizacional una dependencia que se dedicara a una de sus más importantes atribuciones constitucionales, a saber: la de poder presentar a la Asamblea Nacional proyectos de ley sobre temas de su competencia (artículo 134, numeral 4, de la Constitución de la República). Y me sorprendía porque considero que para una institución pública pocos medios de incidir en la vida jurídica del Estado, particularmente con miras a evitar la litigiosidad, son tan eficaces como la iniciativa legislativa. Por eso, dispuse la creación de la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigación Jurídica, con el cometido precisamente de presentar proyectos de ley a la Asamblea Nacional y participar permanentemente, a través de criterios especializados, en otros procesos legislativos. Varios proyectos de ley se han presentado al órgano legislativo, de los cuales el más significativo será probablemente el de la Ley Orgánica de Repetición, ahora mismo en estudio de la Asamblea Nacional.

Sin embargo, enfatizar la prevención no significa de ninguna manera desatender el litigio contencioso. Esta procuraduría, quizá como ninguna otra, ha ejercido eficaz el patrocinio jurisdiccional del Estado, aún con exiguos recursos. Son numerosísimos los procesos contenciosos en jurisdicción nacional en que la Procuraduría interviene permanentemente (por encima de los cien mil en cualquier momento), y en cada uno de ellos la institución realiza una defensa técnica y eficiente del interés estatal, con un

** Procuraduría General del Estado, Rendición de Cuentas 2020, págs. 63-65. Procuraduría General del Estado, Dirección Nacional de Mediación, Centro de Mediación, estadísticas 2021.

porcentaje de éxito del 63%, sin contar aquellos en que, aún perdiendo, se logra reducir sustancialmente los montos de las pretensiones de los demandantes y se evita al Estado importantes erogaciones. Aunque en el ámbito de los arbitrajes internacionales no puedan exhibirse resultados igualmente halagüeños, la defensa encomendada a la Procuraduría no es menos denodada y los desembolsos que se evita a las arcas fiscales, en proporción terminan siendo igual de cuantiosos.

En el ciclo de defensa jurídica del Estado, cuando se ha ejercido la representación judicial del Estado en materia penal a través de la acusación particular y, de resultas de ello, se ha condenado a los acusados a la reparación integral a favor del Estado, corresponde a la Procuraduría también la labor de buscar la ejecución de la sentencia. En momentos en que la necesidad de recuperación de los dineros y otros activos sustraídos al Estado por los actos corruptos es un clamor de la ciudadanía, la Procuraduría vio como su deber inexcusable fortalecer sus capacidades para atender esta demanda social. Es así como, dentro del área de la Dirección Nacional de Patrocinio se creó la Unidad de Recuperación de Activos, con el propósito principal de hacer más eficaz esta labor. Los resultados iniciales han sido prometedores, pero se requerirá la colaboración vigorosa de los señores y señoras jueces competentes para emitir las órdenes de ejecución y demás actos procesales indispensables para que los actos de corrupción no queden en la impunidad.

En la representación del Estado en contiendas internacionales, la defensa jurídica ha buscado precautelar los intereses nacionales, agotando las acciones y recursos pertinentes. Sin embargo, en los casos sometidos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o el Sistema Universal de Derechos Humanos, la defensa priorizó la tutela de los derechos de las personas afectadas, garantizando su debida reparación y exigiendo al mismo tiempo que se cumpla con el debido proceso y la determinación cabal de la responsabilidad del Estado ecuatoriano y sus funcionarios. Cabe al respecto advertir que el bloque de derechos consagrados en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales que ha ratificado el Ecuador, imponen uno de los estándares más elevados en cuanto al deber de tutela y del desarrollo de garantías efectivas que debe satisfacer el Estado, más allá de las graves limitaciones y debilidades de las que adolece en sus diferentes áreas de gestión y servicios.

El proyecto de mayor envergadura en la vida de la Procuraduría General del Estado desde su creación en 1928 será sin duda el Proyecto de Fortalecimiento Institucional de la Procuraduría General del Estado (PROFIP). Iniciado en 2019, concluirá en 2023 y, para entonces, habrá contado con una inversión de 5 millones de dólares, provenientes de un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo. El propósito fundamental de este proyecto es la creación del modelo de gestión de la “Procuraduría del futuro” y la creación de un Sistema Nacional de Defensa Jurídica del Estado, apoyado en tres subsistemas: a)

el de asesoramiento y control de la legalidad; b) el de representación y patrocinio; y c) el de gestión del conocimiento e iniciativa legislativa; que basan su operatividad en la creación del “Cuerpo de Procuradores del Estado”, conformado por la Procuraduría, como ente rector, y los servidores de todas las entidades públicas que ejerzan el asesoramiento jurídico y la procuración judicial, articulados en un solo ente que actúe de manera coordinada y coherente en defensa del interés estatal. El último subsistema tendrá concreción, además, a través de una “Escuela de Procuradores del Estado”, que mantendrá a todos los miembros del Cuerpo de Procuradores permanentemente capacitados sobre los desarrollos legislativos y reglamentarios, jurisprudencia constitucional y judicial, dictámenes vinculantes y otra normativa indispensable para la defensa del interés público, al tiempo de actualizarles respecto de técnicas de litigio, uso de herramientas informáticas y otros recursos disponibles.

Al disponer la creación de este *Manual de Defensa Jurídica del Estado*, como uno de los productos del PROFIP, he pretendido documentar y poner de relieve la labor de la Procuraduría en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales. Por una parte, para que quienes lo consulten puedan tener claro el ámbito de su competencia, en circunstancias en que se tiende a confundirla con las de otras instituciones del Estado; pero, sobre todo, para que conozcan el amplio alcance de dichas atribuciones y su trascendental impacto en el fortalecimiento del estado de derecho, a la luz de la normativa constitucional y legal, la jurisprudencia de los tribunales, los propios dictámenes vinculantes de la Procuraduría, la reglamentación interna y la doctrina jurídica.

Este *Manual* pretende ser una suerte de vademécum –en el sentido etimológico estricto de libro de compañía y consulta permanente– de quienes, por una razón u otra, necesitan comprender la función de la Procuraduría General del Estado dentro del contexto estructural y normativo del Estado ecuatoriano. Para comenzar, los propios funcionarios y empleados de esta institución podrán utilizarlo como una herramienta de referencia, complemento útil de la normativa positiva que deben aplicar. Después, para los asesores jurídicos y procuradores de las diversas entidades del sector público, que, seguramente encontrarán muy ventajoso comprender cómo funciona la Procuraduría, contado por ella misma. Sin duda este texto será también de utilidad en el ámbito académico, pues podrá ser utilizado por profesores y estudiantes universitarios como texto de referencia –e incluso como posible sílabus– para el estudio de nuestra institución y sus atribuciones. También los abogados independientes le encontrarán con seguridad provecho en sus actividades profesionales.

Con base en una breve reseña histórica de la trayectoria institucional de la Procuraduría General del Estado, su rol y el ciclo de la defensa jurídica del Estado, el Manual organiza y desarrolla sus contenidos. En este marco, se destacan los más importantes procesos y experiencias institucionales en la absolucón de consultas y asesoramiento legal, el

control de la legalidad de actos y contratos, la mediación, el patrocinio nacional, los asuntos internacionales y arbitraje, los derechos humanos y la iniciativa legislativa. En todos ellos, su abordaje se complementa con la presentación de casos paradigmáticos que facilitan la comprensión de la teoría llevada a la práctica.

Agradezco a las señoras y señores Directores Nacionales de las diferentes áreas sustantivas de la Procuraduría General del Estado y a sus equipos profesionales por su trascendental y experimentado aporte a este volumen desde la óptica de la normativa, de la doctrina y –quizás esta sea la principal virtud de esta obra– de la práctica cotidiana. Gracias también al doctor Álvaro Mejía Salazar, catedrático universitario y tratadista en importantes campos del derecho público, por su labor de conceptualización, sistematización, unificación y creación de este Manual, desempeñada en su calidad de consultor para este proyecto.

Finalmente, agradezco a las señoras y señores funcionarios y empleados de la Procuraduría General del Estado por su trabajo eficiente y patriótico en defensa del interés público; concepto que, aunque suene a entelequia, se contrae a contribuir a que cada ecuatoriano pueda gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones en un marco de predecibilidad y certeza jurídica, donde el Estado sea el principal actor del imperio de la ley y su garante.

Quito, 23 de octubre de 2021

Íñigo Salvador Crespo
Procurador General del Estado



1

RESEÑA HISTÓRICA

Los orígenes del patrocinio y representación de las partes litigantes en juicio por personas especializadas en lo jurídico los encontramos en el Derecho romano. Durante la época clásica –siglo III– y como consecuencia de la implementación del proceso formulario, la institución de la representación procesal voluntaria admitía dos supuestos: el *cognitor* y el *procurator*. El primero era el representante procesal de una de las partes, designado en virtud de un procedimiento solemne que requería la necesaria asistencia de la contraparte; el segundo, no requería de ningún requisito y jurídicamente era considerado como un gestor oficioso.

En lo que a representación pública se refiere, durante la época imperial existía un grupo de personas que formaban la *curia* municipal encargadas de la administración de la *res pública* de la ciudad, dentro de la cual existía un cargo con el nombre de *defensor civitatis*, quien era el representante de los intereses de la ciudad. En el siglo VI se publicó el *Digesto*, en el cual se estableció la figura del *procurator omnium bonorum*, quien tenía facultades generales tanto para la administración de patrimonios ajenos como para la representación en el proceso.¹

En el siglo VII, se reunieron las leyes visigodas en el *Liber Iudiciorum*. En él se establecía como voluntario el servirse de un procurador en juicio, excepto para el rey, el príncipe y los obispos para quienes era obligatorio, con la intención de que su autoridad no minara la equidad de los jueces y el desarrollo del proceso. Esto constituye el origen de la representación judicial de la autoridad pública.² La figura del “personero” –evolución del *procurator*– fue prevista explícitamente en el *Fuero Juzgo* –siglo XIII–. Considerando que esta normativa se basa casi por completo en el *Liber Iudiciorum*, la presencia del “personero” era obligatoria en las causas judiciales en las que estuvieran implicados obispos y príncipes, y voluntaria en el resto de los casos.

1 Federico Fernández de Bujan, “Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en derecho romano”, en *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, núm. 7 (Madrid: UNED, 1994), 417.

2 Recisvinto, *Liber Iudiciorum: El Libro de los Juicios* (Madrid: BOE, 2015), 22.

Un poco más adelante, en el mismo siglo XIII, surgen dos libros que reglamentan la representación procesal: el *Fuero Real*, y *Las Partidas*. El *Fuero Real* trata “De los personeros” en su Libro I, título X, compuesto de diecinueve leyes, y define a este como la persona designada “por las partes que han pleyto si no quisieren o no pudieren por si venir al pleyto”, de donde se deduce la preeminencia dada por el texto legal al concepto de representación. Pero es en *Las Partidas* donde se asienta de forma casi definitiva la figura del procurador en su calidad de “personero”.³ Una de las categorías del “personero” era la de defensor del bien público, su misión era “mirar por el bien público e comun de la dicha çibdad e vecinos della.” El eje fundamental de su acción son los fundamentos jurídicos constitutivos del bien común de villas y ciudades.⁴

En el régimen jurídico indiano, los cabildos tuvieron un rol fundamental en la organización de la población de los nuevos territorios. Entre sus funciones se encontraban la defensa de la ciudad, la administración de justicia, el cuidado de la salubridad y otras tantas. Estaban integrados comúnmente por dos alcaldes y por seis regidores o concejales, núcleo administrativo que se complementaba con un cuerpo de funcionarios, entre los cuales se encontraba el “procurador”, quien era un importante funcionario elegido por los regidores y que actuaba como representante legal del cabildo. Se encargaba tanto de intervenir en trámites y peticiones hacia la corona como de participar en casos de venta, compra, repartición de tierras de la administración territorial a la que pertenecía.⁵

En época republicana, la figura del Procurador General de la Nación aparece por primera vez en el “Reglamento Provisional para el establecimiento del Poder Judicial”, expedido por el Congreso de Angostura –1819–. Es más, durante la Gran Colombia se fueron estableciendo procuradores públicos, procuradores municipales –1825– y el Ministerio Público –1830–, que estaba dirigido por el Procurador General de la Nación y estaba integrado por los Procuradores Generales de los Departamentos, los Procuradores de Provincia y los Síndicos Personeros. La República del Ecuador, una vez autónoma, también reguló a la figura de un procurador público en 1837. En efecto, para tal año, el presidente Vicente Rocafuerte creó la función de Defensor del Fisco, funcionario dependiente del Poder Ejecutivo, cuya misión era la defensa del patrimonio nacional.⁶ El cargo de Defensor del Fisco se mantuvo vigente desde entonces, habiendo sido ejercido por juristas de la talla de Luis Felipe Borja Pérez en 1890.⁷

3 Laura Beck Varela y María Julia Solla, *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho* (Madrid: Dykinson, 2018), 147.

4 Francisca Amorós Vidal, “El síndico personero: la voz del común”, en Ma. Cruz Gómez Molina (Coord.), *III Congreso Turístico Cultural del Valle de Ricote* (Madrid: Consejo Turístico Cultural Valle de Ricote, 2005), 405-425.

5 Jorge Garcés, *Libro de Cabildos de la ciudad de Quito 1597-1603* (Quito: Talleres Tipográficos Municipales, 1937), 183.

6 Jorge Núñez y otros, *Historia de la Procuraduría General del Estado 1928 – 2008* (Quito: Trama, 2008), 16-18.

7 Rafael Cordero, “El Progresismo”, en *Revista de la Universidad Católica*, núm. 29 (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1981), 262.

Ahora bien, la institución del Procurador General del Estado, tal como hoy la conocemos, tiene su origen en 1928. El 2 de agosto de tal año y, como parte de los procesos modernizadores del Estado ecuatoriano, se promulgó el Decreto Supremo No. 188, emitido por el presidente Isidro Ayora Cueva, a través del cual se creó el cargo de Procurador General de la Nación. De inicio, esta autoridad era nombrada por el Presidente de la República y orgánicamente se mantenía adscrita a la presidencia. Para entonces, los deberes y atribuciones del Procurador General de la Nación eran:

- a)** Comparecer en cualquiera instancia y ante cualquier Juez o Tribunal, por iniciativa propia o resolución del Poder Ejecutivo, en los juicios que interesan a la Hacienda Pública, con lo cual terminará en éstos la personería de los Ministros o Agentes Fiscales; hecho que se pondrá en conocimiento del Ministerio de Hacienda.
- b)** Reclamar Judicialmente de terceros los bienes y demás intereses fiscales, cuando fuere del caso, examinando previamente los antecedentes, así como los títulos de la Nación o el Fisco, e incitar, por medio de los Gobernadores de provincia o directamente, a los Ministros o Agentes Fiscales para que deduzcan las acciones a que hubiere lugar, si no las dedujere el Procurador.
- c)** Informarse del curso y estado de los juicios en que, a nombre de la Nación o el Fisco, intervengan los Ministros o Agentes Fiscales; formar un cuadro general de estos juicios y pasarlo trimestralmente a los Ministros de Justicia y de Hacienda.
- d)** Vigilar, en la parte relacionada con los intereses de la Hacienda Pública, el desempeño de los Ministros o Agentes Fiscales, incitarles al cumplimiento de sus deberes, haciéndoles las observancias y suministrándoles los datos que el Procurador creyere oportunos para la mejor defensa de los intereses de la Nación o el Fisco.
- e)** Hacer los estudios jurídicos necesarios, presentar los informes respectivos y redactar o aprobar la redacción de los proyectos o minutas de los contratos que, a nombre de la Nación o el Fisco, mandaren a Celebrar el Congreso o el Poder Ejecutivo. Exceptuándose los contratos que se hagan por medio de la Dirección de Suministros, a menos que, por la importancia de la materia, el Ministro de Hacienda dispusiere en algún caso que intervenga el Procurador.

- f)** Presentar informes relativos a los asuntos en que tengan interés la Nación o el Fisco, cuando los solicitaren el Congreso o cualquiera de los Ministros Secretarios de Estado.
- g)** Informarse del estado de los bienes y del curso de los contratos y obras nacionales, y dar parte de lo que observare a quien corresponda, para que se dicten las medidas concernientes al interés público.
- h)** Concurrir al Consejo de Estado para dar los informes que se le pidieren.
- i)** Dar el dictamen que cualquiera de los Ministros de Estado solicitare sobre la inteligencia o aplicación de una ley en cualquier asunto relacionado con el interés público.
- j)** Informar anualmente al Congreso acerca de sus gestiones, indicando lo que estimare conveniente para la mejor defensa de los intereses que le están encomendados.
- k)** Ejercer las funciones que por Ley le corresponden al Defensor del Fisco, cargo que queda suprimido.⁸

La Asamblea Nacional de 1938, mediante el Decreto dictado con fecha 2 de marzo de 1939, dispuso que: “Art. 1.- Se ha establecido la Procuraduría General de la Nación, cuyas funciones y atribuciones se determinan en las leyes especiales, ratifica la existencia de este órgano del Estado”. Confirmando, de esta manera, la institucionalidad de la Procuraduría General de la Nación entre los organismos del sector público ecuatoriano. En la evolución jurídica institucional, el Dr. José María Velasco Ibarra, mediante Decreto Supremo 547 de agosto de 1944, otorga autonomía a la Procuraduría General de la Nación, pero, jerárquicamente, se le adscribe a la Presidencia de la República, lo que la convierte en una institución con autonomía restringida.⁹

Hasta 1945, la vida institucional se desenvuelve como fruto de Decretos Supremos; es en el texto de la Carta Política del citado año que la Procuraduría adquiere el carácter de organismo constitucional, pero sin autonomía y bajo la dirección del Presidente de la República. Con la Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada en el Referéndum del 15 de enero de 1978 y puesta en vigencia en marzo de 1979, se reforma totalmente la estructura anterior. Así, en el Art. 59 literal j) se dispone que el

⁸ Presidente de la República del Ecuador, *Decreto Supremo No. 188*, Registro Oficial 706, 2 de agosto de 1928.

⁹ Presidente de la República del Ecuador, *Decreto Supremo No. 547*, Registro Oficial 52, 2 de agosto de 1944

Procurador General será nombrado por la Cámara Nacional de Representantes en base a una terna enviada por el Presidente de la República; en la sección II del referido cuerpo constitucional, se establece que la Procuraduría es un organismo autónomo con personalidad jurídica, del cual el Procurador es primera autoridad, quien a su vez es el representante judicial del Estado. Para ser Procurador se requería reunir los mismos requisitos que los establecidos para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; y sus funciones duraban por el período de cinco años.¹⁰

Con las reformas constitucionales de 1997, se da un paso adelante en el desarrollo institucional, puesto que se ratifica su autonomía y se determinan sus funciones; el Art. 140 de la Norma Suprema señala que corresponde al Procurador el patrocinio del Estado el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la Ley. El titular de la PGE era nombrado por el Congreso Nacional, de una terna enviada por el Presidente de la República, permaneciendo en funciones por a cuatro años. Así también, por mandato de la Carta Política de 1997, se separa el Ministerio Público, de la Procuraduría, entidades que, desde su creación en 1928, formaban parte del mismo organismo público.¹¹ La separación de estas dos entidades hizo necesaria la emisión de dos cuerpos legales distintitos para regular las funciones específicas de cada uno, así como su funcionamiento. Así se emitió la Ley Orgánica del Ministerio Público en marzo de 1997¹² y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en junio de 1998¹³.

En agosto de 1998 se promulgó una nueva Constitución Política de la República del Ecuador; en ella se ratificó la autonomía de la PGE. Se estableció que el Procurador era el representante judicial del Estado y que sus funciones eran las de asumir el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determinara la Ley. Dentro del ordenamiento administrativo del Estado, se concibe a la PGE como un organismo jurídico de control.¹⁴

La primera década del siglo XXI trajo consigo una nueva Constitución para Ecuador, la cual fue aprobada mediante referéndum y puesta en vigencia en octubre de 2008. La nueva ley fundamental de la República implementó cambios sustanciales en el hacer de la cosa pública. En lo que respecta a la PGE, se la concibe como un organismo público técnico jurídico de patrocinio, asesoramiento y control de los actos y contratos suscritos por los organismos y entidades del sector público. El nombramiento del titular de la PGE corresponde, por mandato de esta Constitución, al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, para un período de cuatro años, de una terna enviada por la Presidencia

10 República del Ecuador, *Constitución*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

11 República del Ecuador, *Constitución*, Registro Oficial 2, 13 de febrero de 1997.

12 Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica del Ministerio Público*, Registro Oficial 26, 19 de marzo de 1997.

13 Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 335, 9 de junio de 1998.

14 República del Ecuador, *Constitución*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

de la República. Esta terna debe obedecer a criterios de especialidad y méritos, sujeta a escrutinio público e impugnación ciudadana; quienes la conformen deberán reunir los mismos requisitos exigidos para ser miembros de la Corte Constitucional.

Las funciones que la Constitución vigente otorga a la PGE en su artículo 237 son:

1. La representación judicial del Estado.
2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.
3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.
4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.¹⁵

Desde su creación, treinta y cinco profesionales del Derecho han ejercido el alto cargo público de Procurador General del Estado, entre los que podemos destacar a juristas de la talla de Manuel Cabeza de Vaca Silva, Luis Felipe Borja Pérez, Alfredo Pérez Guerrero, Juan Isaac Lovato Vargas, Mariano Suárez Veintimilla, Nicolás Parducci Sciacaluga, Germán Carrión Arciniegas, Fabián Jaramillo Dávila, Gonzalo Karolys Martínez, Carlos Larreátegui Mendieta, Ramón Jiménez Carbo, entre otros.

En la actualidad, y desde el 31 de julio de 2018, Íñigo Salvador Crespo encabeza la PGE. El Procurador Salvador Crespo es doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Adicionalmente, cuenta con estudios de posgrado en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Ginebra, en Suiza, donde obtuvo el título de máster en Relaciones Internacionales con especialidad en Derecho Internacional.

Previo a posesionarse como Procurador General del Estado, se desempeñó como decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, desde el año 2016; institución educativa en la cual también ha colaborado, desde 2009, como docente en las cátedras de “Instituciones del Derecho Internacional Público”, “Derecho Penal Internacional”, “Derecho Internacional de los Conflictos Armados”, “Introducción al Derecho”, entre otras.

¹⁵ República del Ecuador, *Constitución*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

A lo largo de su trayectoria de servicio público, ha desempeñado funciones en la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Misión Permanente del Ecuador ante la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, en Suiza, y en la Comisión de Indemnización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Ha ejercido la abogacía libremente desde 1997 hasta julio de 2018.

El Procurador Salvador Crespo fue miembro del Comité Jurídico Interamericano, órgano consultivo principal de la Organización de Estados Americanos, OEA. Asimismo, forma parte del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. También presidió el Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, CEDA. Además, ha sido miembro y director de varias Cámaras dentro del país, y es parte de varios centros de arbitraje y mediación. Ha participado como autor y colaborador en numerosas publicaciones jurídicas, históricas y literarias.

Entre los principales hitos de la gestión del Procurador Salvador Crespo, en lo que va de su gestión desde julio de 2018 y considerando la grave crisis sanitaria que ha enfrentado el mundo en general y el Ecuador en particular desde el mes de marzo de 2020, resulta pertinente destacar:

- › Se renegociaron los contratos con estudios jurídicos internacionales, lo que permitió un ahorro para el país en los costos de la defensa internacional del Estado, en un porcentaje de un doce por ciento (12%). De la mano con ello, se ha reformado la normativa de contratación de estudios jurídicos internacionales, introduciendo requisitos y procedimientos que aseguren competitividad, precio justo, control del trabajo y mayor participación del talento humano local.
- › Se ha creado una nueva área misional, destinada al desarrollo de iniciativas legislativas y promoción de la investigación jurídica. Con base en este esfuerzo, se ha logrado presentar ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley que busca devolver a la Procuraduría el control previo de la legalidad en la contratación pública. Un factor que, llevado de manera eficiente, contribuirá a la prevención de fallas o incumplimientos del marco normativo de los contratos y aportará al objetivo nacional de la transparencia y lucha contra la corrupción.
- › Se ha retomado la presencia en persona del Procurador y de su equipo técnico jurídico de patrocinio nacional e internacional, en los litigios que comprometen de manera significativa el patrimonio y el interés público, así como los derechos humanos.

- › Se ha invertido la tendencia existente ante consultas jurídicas de los organismos y entidades del Estado, reduciendo en un 40% las abstenciones ante las mismas, de manera que hoy en día se generan más pronunciamientos oportunos del Procurador sobre la inteligencia o adecuada aplicación de la ley.
- › Se ha implementado el proyecto de Asesoría Legal Externa a través de una plataforma electrónica que permitirá orientar, en menos tiempo, a más equipos jurídicos del Estado sobre la adecuada aplicación del marco jurídico.
- › Se ha fortalecido el Plan Anual de Capacitación del talento humano de la Procuraduría, incluyendo necesidades del personal técnico y administrativo.
- › Se han incrementado los cursos de asesoría y capacitación legal a los equipos jurídicos del Estado a nivel nacional, destacándose la participación de delegados de gobiernos autónomos descentralizados, gracias a los convenios de cooperación suscritos con la Asociación de Municipalidades del Ecuador y el Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador.
- › Se ha incrementado en un 30% los procedimientos a cargo del Centro de Mediación de la PGE y la firma de actas de acuerdos, es decir, se ha reducido en forma relevante el índice de litigiosidad y conflictos para la administración pública.
- › Se ha alcanzado en el primer año de gestión cuatro acuerdos de casos de violaciones de derechos humanos. Cabe anotar que, en los últimos diez años, se habían conseguido apenas tres acuerdos de esta naturaleza. Esto abona al reconocimiento del Estado ecuatoriano como garante de los derechos de las personas, reduce el monto de cuantiosas indemnizaciones y reintroduce al país en los foros internacionales que promueven las responsabilidades de los Estados en esta materia.
- › Se ha desarrollado el Proyecto de Fortalecimiento Institucional de la PGE, en el marco del Programa de Modernización de la Administración Financiera, que ejecuta el Ministerio de Economía y Finanzas con el crédito otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo. Este proyecto, que tiene cuatro años de duración, incluye cinco componentes, entre los cuales sobresale el de la implementación de un modelo de gestión para la institución, el robustecimiento de la defensa jurídica del Estado a través de la capacitación, la asesoría legal preventiva a los equipos jurídicos del Estado, la implantación

de un sistema tecnológico que permita una actuación más oportuna y un adecuado intercambio de información con las demás entidades del Estado, así como una significativa reducción del flujo de demandas del Estado y una disminución considerable de juicios que debe atender esta institución.

Todos estos avances implementados durante la gestión del Procurador Salvador Crespo han contribuido y contribuyen a una mejor defensa del interés público y del patrimonio del Estado, lo que redundará en un mejor manejo de los recursos de los ciudadanos, en el respeto y garantía de sus derechos humanos, en la seguridad jurídica para la inversión y el comercio, y en la construcción de una sociedad democrática y sustentable. Así también, estos avances evidencian la estrecha relación que tiene la defensa jurídica del Estado con el riesgo que generan las disputas de juicios y arbitrajes sobre la estabilidad y buena marcha de las cuentas fiscales. Precisamente, esta relación es uno de los factores que no se habían destacado en el pasado, pero que en la actualidad juega un papel protagónico en las estrategias de los Estados a la hora de defender jurídicamente sus intereses. Constituye, en definitiva, el actual período un punto de inflexión en la historia de la PGE, donde esta importante entidad pública se proyecta al futuro, modernizada y fortalecida.

Fuentes

Normativas

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica del Ministerio Público*, Registro Oficial 26, 19 de marzo de 1997.

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 335, 9 de junio de 1998.

Presidente de la República del Ecuador, *Decreto Supremo No.188*, Registro Oficial 706, 2 de agosto de 1928.

Presidente de la República del Ecuador, *Decreto Supremo No. 547*, Registro Oficial 52, 2 de agosto de 1944

República del Ecuador, *Constitución*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

República del Ecuador, *Constitución*, Registro Oficial 2, 13 de febrero de 1997.

República del Ecuador, *Constitución*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

República del Ecuador, *Constitución*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Bibliográficas

Amorós Vidal, Francisca, “El síndico personero: la voz del común”, en Ma. Cruz Gómez Molina (Coord.), *III Congreso Turístico Cultural del Valle de Ricote* (Madrid: Consejo Turístico Cultural Valle de Ricote, 2005).

Beck Varela, Laura y Solla, María Julia, *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho* (Madrid: Dykinson, 2018).

Carbonell, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional* (México: Fontamara, 2006).

Cordero, Rafael, “El Progresismo”, en *Revista de la Universidad Católica*, núm. 29 (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1981).

Eguía Casis, Alicia, *La Autonomía Presupuestaria* (Veracruz: IIESCA, 2017).

Fernández de Bujan, Federico, “Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en derecho romano”, en *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, núm. 7 (Madrid: UNED, 1994).

Garcés, Jorge, *Libro de Cabildos de la ciudad de Quito 1597-1603* (Quito: Talleres Tipográficos Municipales, 1937).

Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, tomo VIII (Buenos Aires: FDA, 2013).

Núñez, Jorge y otros, *Historia de la Procuraduría General del Estado 1928 – 2008* (Quito: Trama, 2008).

Recisvinto, *Liber Iudiciorum: El Libro de los Juicios* (Madrid: BOE, 2015).

Ruiz, José Fabián, “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 37 (México: UNAM, 2017).



2

LA PGE: TITULAR DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 235 de la Constitución de la República, la PGE es un “organismo público, técnico jurídico, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado por la Procuradora o el Procurador General del Estado, designado para un período de cuatro años”. De este entendimiento constitucional se puede identificar los elementos caracterizadores y connaturales de la PGE.

Partimos del hecho de que el Estado manifiesta su voluntad y desarrolla sus actividades a través de sus organismos. El concepto de organismo público denota la pertenencia de dicho organismo al Estado y la consecuente imputación a este de la manifestación de voluntad y actividades realizadas por aquel en su nombre. De esta manera, el organismo público constituye un conjunto de atribuciones o de competencias que serán desempeñadas o ejercidas por una persona física determinada (la autoridad pública), la que está encargada de conformar la voluntad pública o realizar su actuación dentro del marco de las atribuciones o funciones que le han sido constitucional y legalmente conferidas.¹⁶ El ser definida la PGE como un organismo público, implica su naturaleza jurídica de ente social con estructura jurídica y competencias públicas determinadas, a la cual se le ha confiado la ejecución de una actividad estatal.

La naturaleza de la PGE como organismo público es especial, ya que la Constitución la ha caracterizado con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera. Para comprender la importancia de lo aquí señalado, cabe recordar que, desde el punto de vista de las funciones máximas del Estado, se distinguen tradicionalmente la legislación, la administración y la jurisdicción. Los organismos e instituciones que las desempeñan son los organismos soberanos del Estado, ubicados en su máxima jerarquía. Sin embargo, las Constituciones comenzaron a asignar funciones de igual relevancia a las instituciones

¹⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, tomo VIII (Buenos Aires: FDA, 2013), 163.

tradicionales, no soberanas, que asumen la figura de la autonomía constitucional. De tal forma, nos encontramos en presencia de organismos constitucionales autónomos. Esto es organismos caracterizados por la competencia para ejercer en grado supremo un conjunto de funciones públicas; la idoneidad para frenar, controlar y equilibrar a los otros órganos con responsabilidades igualmente supremas. Por lo tanto, la Constitución los coloca al menos en un lugar de relativa igualdad e independencia con respecto a estos organismos tradicionales.¹⁷

La PGE representa uno de los organismos creados por la Constitución que poseen atribuciones propias –especificadas en el propio texto constitucional–, que llevan a cabo funciones esenciales del Estado moderno y que no están adscritos ni subordinados a otro poder del Estado –salvo el sometimiento al control político y jurisdiccional, que bien entendido no le restan independencia–.¹⁸ Estas son las características de la autonomía administrativa¹⁹ de la que goza la PGE, la cual le permite ejercer técnicamente sus funciones sin direccionamientos ni conflicto de intereses con otro organismo estatal.

En virtud de la autonomía presupuestaria y financiera que confiere la Constitución a la PGE, este organismo público es dotado de un patrimonio propio y de recursos financieros aprobados anualmente por el Poder Legislativo a través del Presupuesto General del Estado, para sufragar los gastos de operación y para que sean aplicados de conformidad con sus necesidades, rindiendo cuentas mediante la presentación de información, contable, presupuestal y programática; estas dos últimas elaboradas de manera independiente por la misma PGE.²⁰

El tercer elemento de la configuración constitucional de la PGE es el que lo caracteriza y distingue de cualquier otro ente autónomo estatal, este es, su función técnica jurídica. La PGE constituye el organismo público altamente especializado responsable de la asesoría y defensa jurídica del Estado, le corresponde la titularidad de la representación judicial de la nación en pos de garantizar su eficaz y eficiente patrocinio en el ámbito nacional e internacional. Así también, corresponde a la PGE coadyuvar al control de la legalidad de los actos y contratos que el Estado celebre; la absolución de consultas a los entes públicos, emitiendo pronunciamientos con carácter vinculante que garanticen la seguridad jurídica; la coordinación interinstitucional sobre todos los asuntos relacionados con la prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos; y el fomento de la mediación como fórmula de solución de conflictos.

17 José Fabián Ruiz, “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 37 (México: UNAM, 2017), 87.

18 Miguel Carbonell, *Elementos de Derecho Constitucional* (México: Fontamara, 2006), 105.

19 La PGE no posee autonomía soberana, pues depende de otros órganos públicos para la selección y designación de su máxima autoridad, así como para la regulación legislativa de sus competencias –más allá de su facultad reglamentaria–.

20 Alicia Eguía Casis, *La Autonomía Presupuestaria* (Veracruz: IIESCA, 2017), 27.

A detalle, la titularidad de la defensa jurídica del Estado que corresponde a la PGE comprende el cumplimiento de los siguientes objetivos operativos:

- › Defender los intereses del Estado en los procesos judiciales y causas en las que sus instituciones tengan la calidad de actoras o demandadas.
- › Defender los intereses del Estado y asistir a las instituciones que tengan calidad de actoras o demandadas en procesos legales en jurisdicción internacional o extranjera; patrocinar al Estado y sus instituciones en los procesos de arbitraje nacional e internacional; participar y asesorar en todos aquellos asuntos internacionales y de arbitraje nacional en los que se requiera la intervención de la PGE; y, autorizar el sometimiento a arbitraje nacional, internacional, jurisdicción y leyes extranjeras solicitadas por las distintas instituciones públicas.
- › Representar al Estado en procesos judiciales y arbitrales ante organismos universales, regionales y subregionales en materia de derechos humanos.
- › Ejercer el control con sujeción a la ley, de los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades que pertenecen a las funciones del Estado y las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, así como brindar la asesoría legal y capacitación en materia de contratación pública a los interesados en el conocimiento de la contratación pública.
- › Ejercer el control con sujeción a la ley de los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades que pertenecen a los sectores estratégicos de servicio público y de las empresas públicas filiales y subsidiarias, así como brindar la asesoría legal y capacitación en materia de contratación pública y especial a los interesados en el conocimiento de la contratación pública.
- › Coordinar las actividades y asuntos relacionados con la prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos relacionados, en conjunto con las instituciones que integran el Directorio del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos y la Unidad de Análisis de Financiero.
- › Emitir pronunciamientos con carácter vinculante que den seguridad jurídica analizando y obligando la aplicación del marco jurídico vigente respecto de la consulta absuelta e inteligenciar con sus pronunciamientos al sector público.

- › Fomentar la aplicación de la mediación como fórmula de solución de las controversias en las que intervenga el Estado o sus instituciones, a fin de prevenir y reducir los niveles de conflictividad, que afecten los intereses del sector público.
- › Asesorar a las máximas autoridades del sector público, así como absolver consultas que, sobre la materia de su competencia, le sean solicitadas; y, a partir del estudio y recopilación de los productos jurídicos emitidos por la Institución, hacer la difusión a las instituciones públicas y a la sociedad civil sobre la aplicación de las normas jurídicas que requieran.
- › Coordinar acciones institucionales e interinstitucionales y supervisar los procesos de comunicación y planificación institucional, y de desarrollo de la gestión, a dichas unidades administrativas de la PGE.

La PGE aporta, de esta forma, a la seguridad jurídica del Estado, dinámica, confiable y transparente, con solidez y consistencia en sus actuaciones jurídicas, procesos institucionales efectivos, líder en la defensa legal de los intereses del Estado en beneficio de los objetivos nacionales.

La PGE se orienta permanentemente a satisfacer la necesidad de los demandantes de los servicios que presta, para lo cual su personal se esfuerza por suministrar productos de calidad y por optimizar los procesos y recursos disponibles. Sustenta su gestión en los siguientes principios y valores que guían sus decisiones y acciones:

- › Acatamiento de las normas constitucionales y legales;
- › Credibilidad sostenida;
- › Ética; y,
- › Eficiencia y eficacia.²¹

Para finalizar, cabe señalar que la Constitución de la República vigente desde 2008 modificó la concepción que hasta entonces poseía la PGE como un órgano de control. En efecto, desde la carta magna de 2008 se optó, como ha quedado anotado, por entender a la PGE como un órgano técnico jurídico de apoyo, identificando a la institución como un consultor y un patrocinador en lugar de un auditor. El rol de la PGE quedó de esta manera circunscrito a colaborar jurídicamente con las entidades del Estado en base a las facultades otorgadas, primordialmente en aras de coadyuvar la debida observancia de la normativa a la que está llamada toda autoridad y funcionario público, así como a defender los intereses estatales si acaso entrasen en conflicto con terceros.

²¹ Procuraduría General del Estado, *Estatuto Orgánico por Procesos de la PGE*, artículos 1 al 5.

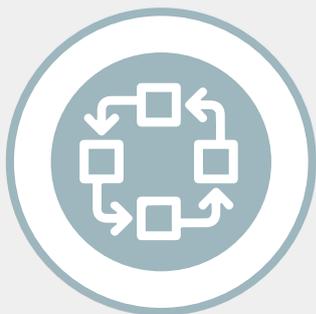
Bibliográficas

Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, tomo VIII (Buenos Aires: FDA, 2013).

Carbonell, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional* (México: Fontamara, 2006).

Eguía Casis, Alicia, *La Autonomía Presupuestaria* (Veracruz: IIESCA, 2017).

Ruiz, José Fabián, “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 37 (México: UNAM, 2017).



3

EL CICLO DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

La tendencia al alza de casos judiciales en los que el Estado es parte procesal comenzó a hacerse notable en el contexto de las profundas reformas normativas e institucionales que tuvieron lugar en América Latina en las dos últimas décadas, y en particular las modificaciones legales que se introdujeron para extender el ámbito de los derechos públicos al conjunto de la ciudadanía, así como también la notable mejora del acceso de la población a los servicios de los tribunales. Más recientemente, otros factores han contribuido al continuo aumento de casos en los que el Estado es parte. Así, los procesos de reforma del Estado que comenzaron en los años noventa, las inversiones directas de compañías extranjeras y la persecución más intensa de la improbidad han sido identificados como factores explicativos de la creciente importancia que para el fisco representan las querellas judiciales que involucran al Estado.²²

Por ello, establecer la ruta del Estado en materia de defensa jurídica es partir de las demandas políticas y económicas de la sociedad contemporánea, desde la capacidad para tomar decisiones de regulación de conflicto de índole administrativo hasta dirigir la dinámica interna hacia la gestión de conocimiento e información del funcionamiento y estructura estatal. Las demandas políticas y económicas son fuertemente incididas por el tipo de Estado que se expande o se contrae a partir de la estructura y dirección del poder, procesos económicos e información, en un contexto de capacidad de cumplimiento de funciones y ámbito competencial. Un Estado más expansivo –intervencionista– es más proclive a generar conflictividad, mientras que uno moderado, que tiene por enseña el respeto a la seguridad jurídica, posee mucha menor incidencia de conflictos.²³

Este panorama pone en evidencia la importancia crucial que tienen los servicios jurídicos del Estado para reducir el riesgo fiscal que representan las demandas contra

22 Fernando Grafe, *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado?* (Washington: BID, 2014), 2.

23 Alexandra Urrego Estrada, “La defensa jurídica y patrimonial del Estado colombiano: un reto institucional en el marco de la gubernamentalidad”, en *Ánfora*, vol. 22, núm. 38 (Manizales: UAM, 2015), 70.

el Estado, y para aumentar los ingresos fiscales en los casos en los que el Estado es demandante. De allí que la defensa jurídica contemporánea del Estado deba entenderse como todas aquellas acciones que desde la gestión pública pueden adelantarse en aras de minimizar los procesos en contra del Estado y, por ende, proteger los recursos públicos. Esta no se reduce solamente a la defensa dentro de los procesos judiciales ya iniciados, sino que comprende además la prevención, precaución y los trámites posteriores a la imposición de una condena.²⁴

La efectividad de los organismos de defensa jurídica puede entonces medirse por su capacidad de incrementar los beneficios y de reducir los costos asociados a los litigios, lo cual implica tener éxito en todo el “ciclo de defensa jurídica” y, obviamente, en los litigios planteados en los tribunales. Este éxito puede medirse con las sentencias favorables para el Estado en las controversias judiciales planteadas. Sin embargo, la tasa de éxito como indicador explicativo tiene limitaciones, por lo que es recomendable complementarla con otro indicador adicional: “pagos evitados sobre el total de pretensiones” en sentencias definitivas. En cuanto al llamado ciclo de defensa jurídica, puede observarse que, aun cuando a menudo la función de defensa jurídica del Estado suele asociarse a la tarea de representación en sede judicial como demandante o demandado, la función de los organismos de defensa jurídica no comienza ni finaliza en esa labor ante los tribunales. Por el contrario, la defensa jurídica puede ser modelada como un ciclo compuesto por las siguientes etapas:

◆ Prevención del daño antijurídico

La primera de las etapas es la de asesoramiento preventivo, o de *prevención* del daño antijurídico. Independientemente del modelo organizativo que se adopte, los servicios jurídicos o la agencia central procurará anticiparse a la ejecución de actos administrativos lesivos a los intereses del Estado, los cuales pueden ocurrir por dos vías:

- › *Por acción*, es decir: a través de operaciones de funcionarios públicos o instituciones del Estado encaminadas al cumplimiento de sus fines, pero eventualmente disparadoras de demandas judiciales contra decisiones del Ejecutivo. Estas decisiones pueden ser de muy diversas características: por ejemplo, se elimina o reduce la dotación de personal en un contexto de reingeniería institucional, no se actualiza el valor de las pensiones de acuerdo con un índice preestablecido, o ciertas acciones de las fuerzas de seguridad pública causan daños colaterales.

²⁴ Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, *Política de Defensa Jurídica 2019 – 2020 APC-Colombia* (Bogotá: APC, 2019), 5.

- › *Por omisión*, esto es: cuando el Estado no protege debidamente los derechos de la ciudadanía y eso se traduce en reclamos judiciales. Posibles ejemplos que entrarían dentro de esta categoría serían las denuncias por dejación por parte del Estado de determinadas responsabilidades o por no haber realizado acciones preventivas (control de aguas para consumo humano). En estos casos, la acción preventiva de los servicios jurídicos o de la agencia central se vuelve determinante para reducir el nivel de denuncias y, por tanto, los riesgos de litigiosidad.

En conclusión, en esta etapa se procura anticiparse a la ejecución de actos administrativos lesivos a los intereses del Estado ya sea por acción u omisión. Se deben fomentar prácticas administrativas basadas en criterios jurídicos rigurosos mediante protocolos claros y generalmente aceptados de manera que permitan evitar actuaciones del Estado que puedan dar pie a demandas exitosas contra el mismo.

◆ **Uso de métodos alternativos de resolución de conflictos**

La segunda etapa corresponde al uso de los medios alternativos de solución de conflictos, básicamente a la *conciliación*, con la pretensión de evitar el juicio en los tribunales. Esta instancia puede realizarse por iniciativa de las dos partes (demandante y demandada), que buscan a una tercera como mediador que coadyuve en la búsqueda de la solución del conflicto. En algunos países, y en los procesos civiles y administrativos, la conciliación es una etapa obligatoria previa a su entrada en la justicia formal y posterior toma en consideración en juicio. En otros países, la conciliación puede surgir por iniciativa de las partes.

En cualquiera de los casos, los procedimientos de mediación se utilizan relativamente poco, e incluso en aquellos países donde la conciliación prejudicial es obligatoria, la frecuencia de los acuerdos es muy baja, lo cual representa una oportunidad perdida de aminorar los costos de casos eventualmente resueltos de manera desfavorable para el Estado en sede judicial. Según se aprecia, esta fase se refiere, básicamente, a evitar mediante la conciliación que las controversias tengan que resolverse en un costoso proceso ante los tribunales.

◆ **Representación del Estado en juicio**

La tercera etapa corresponde a la *representación del Estado en el juicio* propiamente dicho, tanto en los casos en los que el Estado sea demandado como en los que actúe en el rol de demandante. Aquí es conveniente distinguir dos fases dentro de esta etapa:

- › La primera se refiere a los *trabajos preparatorios* de las acciones ante los tribunales, cuando básicamente se fijan las estrategias que el ente público titular de la defensa jurídica del Estado (en el caso ecuatoriano la PGE) va a promover a través de sus abogados (propios o contratados) en defensa de los intereses públicos. En ocasiones, la definición de estrategias queda circunscrita al abogado asignado al caso, siempre en coordinación con sus superiores; en otras ocasiones, sobre todo en aquellas demandas consideradas críticas por las dimensiones de las pretensiones económicas o por su carácter emblemático, las estrategias de defensa tienen filtros previos de control de calidad, normalmente con equipos colegiados que discuten las posiciones que se van a adoptar ante los tribunales. Esta fase requiere no solo un alto grado de capacidad técnica por parte de los abogados, sino también herramientas de trabajo de alto valor agregado que permitan aprovechar el conocimiento acumulado en la agencia (antecedentes judiciales de casos similares, éxito o fracaso de otras estrategias, etc.).
- › La segunda fase dentro de esta etapa de representación ante los tribunales es la personación de la PGE, a través de los abogados, en la causa en sede judicial. En este caso, el trabajo consiste, principal pero no exclusivamente, en elaborar escritos de acuerdo con los procedimientos y trámites judiciales, y tomando en cuenta las peticiones provenientes del juez y de las partes involucradas en el juicio. Se entiende que las estrategias de defensa permanecen invariables como hilos conductores de la acción de los abogados.

◆ Cobranza o pago luego de la sentencia judicial

La última etapa tiene lugar cuando debe gestionarse el cobro o pago una vez que se ha resuelto el juicio. En el caso del Estado demandado, los pagos que se derivan de la sentencia desfavorable se realizan a través de las autoridades económicas del Ejecutivo, y los entes de defensa jurídica no suelen intervenir directamente en este proceso. En el caso del Estado demandante, el cobro o la recuperación puede implicar la participación de la PGE en el caso ecuatoriano, aunque ello depende de los procedimientos de ejecución de sentencias de cada país. En los casos del Estado demandante, es crucial que se anticipe sus acciones mediante la solicitud de medidas cautelares (embargos preventivos) sobre los bienes que pueden constituir la garantía de restitución en caso de fallo judicial favorable.

Una deficiente gestión de esta etapa puede suponer altos costos adicionales para el Estado. En el caso de demandas contra el Estado perdidas en tribunales, los pagos por intereses y mora pueden llegar a duplicar el valor de las pretensiones. La coordinación con las autoridades económicas del Estado es importante para tratar de minimizar costos

de este tipo. Por otro lado, cuando el Estado es el demandante, una incorrecta acción cautelar puede invalidar todo el proceso de recuperación patrimonial. En estos casos, es fundamental que se cuente con registros patrimoniales actualizados.²⁵

El ciclo de defensa jurídica del Estado permite estructurar y plantear las acciones necesarias para lograr los resultados propuestos en cada una de las etapas. Es posible medir la efectividad del modelo de gestión por medio del cumplimiento de las acciones propuestas y los resultados obtenidos; desde este punto de vista, es viable concluir que es efectivo cuando las acciones implementadas responden a los logros propuestos en el ciclo de defensa; todo lo cual se traduce en una mejora de la efectividad ante los tribunales, mejor control de los riesgos contingentes fiscales y una intensificación de la acción judicial para recuperar las deudas en favor del Estado.²⁶

En la actualidad, y por iniciativa del Procurador Íñigo Salvador Crespo, la PGE observa los postulados relevantes del modelo de ciclo de defensa jurídica del Estado antes descrito, con lo cual el país se alinea a las corrientes contemporáneas de protección formal de los derechos e intereses públicos, a la par que la PGE identifica sus funciones, interna y externamente, con las de un estratégico asesor jurídico del ámbito público, alejándose de la mera figura de abogado litigante del Estado. Para ello, la PGE ha desarrollado, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el “Programa de Fortalecimiento Institucional de la PGE” (PROFIP), con el fin de cumplir tres objetivos estratégicos:

- › Incrementar la prevención y control de la legalidad de las actuaciones y relaciones del Estado.
- › Fortalecer la representación y defensa del Estado a nivel nacional e internacional.
- › Fortalecer la gestión estratégica, operativa y las capacidades del talento humano a nivel central y regional.

En este sentido, las áreas misionales de Consultoría –que también coordina el Servicio de Asesoramiento Legal Externo– y Control de Legalidad de Actos y Contratos juegan un papel preponderante en la primera fase del ciclo, esto es, en coadyuvar la prevención de conflictos en los que se vea involucrado el Estado a través del correcto asesoramiento y control previo. El área misional de mediación, por su parte, desde hace más de dos décadas presenta sus servicios para lograr la mejor solución de controversias sobre la base de la conciliación de posiciones contrapuestas donde se encuentren en juego intereses públicos; concretándose, de esta manera, la segunda fase del ciclo.

25 Fernando Grafe, *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado?* (Washington: BID, 2014), 22-25.

26 David Díaz Gutiérrez, *Modelo de gestión jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado* (Bogotá: ULGC, 2014), 58.

La tercera fase, que se refiere a la representación del Estado en juicio, es solventemente implementada por las áreas misionales de Patrocinio Nacional, Derechos Humanos, Relaciones Internacionales y Arbitraje. El área de Patrocinio Nacional se ocupa de los procesos jurisdiccionales en materias constitucional, civil, penal, laboral, contencioso administrativa y, contencioso tributario en los que alguna institución del Estado posee la calidad de parte y, siempre que se cumplan con los presupuestos de legitimidad necesarios. El área de Derechos Humanos, por su parte, se encarga de la representación del Estado en procesos seguidos ante alguno de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. El área de Asuntos Internacionales y Arbitraje posee tres temáticas a su cargo: la representación judicial del Estado en procesos seguidos contra él en jurisdicción extranjera, el arbitraje nacional y el arbitraje internacional. De esta manera, la PGE se encarga debidamente de la atención de todos los frentes de defensa jurídica del Estado en procesos jurisdiccionales y arbitrales nacionales y extranjeros.

Finalmente, la fase de cobranza o pago luego de la sentencia judicial, tan importante para conseguir el pronto resarcimiento de los daños sufridos por el Estado o proceder con el oportuno y, por tanto, menos gravoso pago de las obligaciones a las que hubiere sido condenado el sector público, corresponde, en cuanto a su coordinación con el gobierno central, a la PGE a través de las áreas misionales que se encontraron al frente del caso respectivo.

Es importante señalar que la defensa jurídica del Estado no trata de desconocer una eventual responsabilidad que le pueda corresponder, sino salvaguardar los legítimos intereses y derechos del sector público, así como salvaguardar los recursos estatales y no desgastarlos en pagos de condenas que puedan incrementarse a causa de una deficiente defensa técnica del Estado, la falta de voluntad o el temor ante los entes de control para llegar a un acuerdo en el marco de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la demora en el pago de las sentencias generando así intereses y cometiendo reiteradamente las mismas fallas en el servicio que ocasionan nuevas demandas en contra del Estado.²⁷ Todas estas lesivas circunstancias son las que, precisamente, se buscan proscribir gestionando efectivamente la defensa desde la prevención del daño antijurídico, las actuaciones prejudiciales, el proceso judicial, el pago de las sentencias o conciliaciones y la recuperación del patrimonio público.

²⁷ David Díaz Gutiérrez, *Modelo de gestión jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado* (Bogotá: ULGC, 2014), 57.

Bibliográficas

Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, *Política de Defensa Jurídica 2019 – 2020 APC-Colombia* (Bogotá: APC, 2019).

Díaz Gutiérrez, David, *Modelo de gestión jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado* (Bogotá: ULGC, 2014).

Grafe, Fernando, *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado?* (Washington: BID, 2014).

Urrego Estrada, Alexandra, “La defensa jurídica y patrimonial del Estado colombiano: un reto institucional en el marco de la gubernamentalidad”, en *Ánfora*, vol. 22, núm. 38 (Manizales: UAM, 2015).



4

ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS



4.1. Ámbito conceptual

4.1.1. Antecedentes históricos

En Occidente, la consulta jurídica ha existido en todas las épocas de desarrollo del Estado, cualquiera haya sido su forma político jurídica. De hecho, la función consultiva pública reconoce orígenes muy remotos, dado que, por ejemplo, ya en el Imperio Romano existía la figura de los *consiliarii*, que asesoraban a los prefectos de pretorio en temas de Derecho.²⁸ A su vez, en la Edad Media, la institución de los Consejos Reales fue creada para aconsejar a la autoridad que decidía. Estos consejos, mutados a partir de la Edad Moderna en Consejos de Estado, devinieron en los más importantes órganos consultivos y administrativos de aquellos tiempos.

En efecto, en el antiguo régimen, el ejercicio regio del poder absoluto se apoyaba en la labor de los distintos Consejos que rodeaban a la figura del monarca y llegaban a constituir una verdadera estructura del aparato administrativo. De ellos surgirían luego los distintos órganos unipersonales político-administrativos de carácter superior, entre ellos, el especializado en la consultoría jurídica. Para el siglo XIX, consolidado el régimen republicano, la administración pública pasó definitivamente a manos de órganos unipersonales autónomos, sin que desaparezca la figura de los órganos consultivos, muy especialmente aquellos para los temas legales.²⁹

28 Cfr. Rafael Bielsa, *Ciencia de la Administración* (Buenos Aires: Depalma, 1955), 266.

29 Cfr. Tomás Font i Llovet, "Órganos consultivos", en *Revista de Administración Pública*, núm. 108 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985), 54-55.

En nuestro Estado, desde su creación en 1830, se contó con un órgano consultivo –Consejo de Estado–,³⁰ instancia que por su especialización en temas administrativos resultó insuficiente para los temas jurídicos. Casi un siglo tuvo que transcurrir para que la modernización de la república surgida de la mano de la revolución juliana trajera consigo la institucionalización de un organismo especializado en la temática jurídica pública. Es así que la PGE fue creada en 1928, y fue una de sus funciones originales la de emitir dictamen a cualquiera de los ministros que soliciten sobre la inteligencia o aplicación de una ley en un asunto de interés público.³¹ La función consultiva de la PGE no ha variado mayormente a pesar de los diversos cambios normativos de los años 1939, 1944, 1997, 1998 y 2008, tan solo ha cambiado respecto a quienes pueden presentar consultas para especializar el ámbito público de esta competencia y para darle efecto vinculante al dictamen del Procurador General, a partir de 2001.³²

Esta brevísima alusión histórica sirve para destacar el arraigo de la función consultiva, que se ha consolidado en el Estado ecuatoriano contemporáneo en la figura de la PGE, con características particulares que derivan tanto de la configuración jurídica del Estado de Derecho, como de las modernas técnicas de organización administrativa adoptadas en el país.

4.1.2. La función consultiva de la PGE

El sector público está conformado por una serie de entidades y órganos, cada uno de ellos encargado de cumplir un objetivo específico en pos de la consecución del interés general. En esta tarea, cada entidad y órgano debe observar el marco jurídico que regula el ejercicio de la potestad pública que le haya sido conferida. No en todos los casos el entendimiento de dicha normativa resulta tarea sencilla, más aún si se considera que las administraciones públicas se especializan en temas tan diversos como los son la salud, la educación, la vialidad, el medioambiente, entre tantas otras.

Por esta razón, el sector público requiere un asesor jurídico general que coadyuve a la correcta comprensión de la ley, de cara a su adecuada observancia. Como señala Bielsa, “el asesoramiento en las funciones gubernativas es una consecuencia no solamente de la división orgánica del trabajo, sino también del progreso institucional. Se sabe que el gobernante, cualquiera sea la esfera en que actúa, rara vez tiene la preparación jurídica, ni financiera ni en materia económica, que el cargo exige”³³.

30 Cfr. Ecuador, *Constitución 1830*, Riobamba, Imprenta del Gobierno, art. 42 y siguientes.

31 Presidente de la República de Ecuador, *Decreto Supremo No.188*, Registro Oficial 706, 2 de agosto de 1928.

32 Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Registro Oficial No. 372, 19 de julio de 2001.

33 Cfr. Rafael Bielsa, *Ciencia de la Administración*, 265.

Al constituir el órgano técnico jurídico del Estado, a la PGE se le ha encargado la función de asesorar de manera general a las distintas entidades y órganos públicos en lo que se refiere al correcto entendimiento y aplicación de la ley, cuando existan dudas al respecto. Así lo establece la Constitución en su artículo 237.3, el cual dispone que entre las funciones que corresponden a la PGE está la del “asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.” En similar sentido se encuentran previstos los mandatos de los artículos 3³⁴ y 13 de la LOPGE, respecto de la función consultiva de la PGE.

Teniendo en cuenta que toda actividad administrativa pública debe respetar la legalidad y por ello realizarse de acuerdo a normas legales y principios de derecho, resulta de vital importancia la función consultiva en Derecho atribuida a la PGE, previa a la toma de decisiones por parte de la Administración Pública activa.³⁵

Es importante señalar que la función consultiva de la PGE se enmarca estrictamente en una facultad interpretativa de normas legales, no de creación de las mismas; tanto la CEcu, como la LOPGE son inequívocas en la naturaleza exclusivamente consultiva de esta función de la PGE. El considerar que esta función implica una potestad legislativa autónoma y no una normativa interpretativa, constituye una incomprensión del significado de los términos específicamente utilizados por el legislador constitucional y ordinario al momento de conceder la función consultiva a la PGE; así como una vulneración al principio de legalidad dispuesto en el artículo 226 de la CEcu, en razón de que tal condición rebasaría notoriamente su facultad consultiva con la que fue atribuida constitucionalmente la PGE; y un desconocimiento de los postulados más básicos de la teoría de separación de poderes públicos, base de un Estado republicano democrata.

La facultad consultiva del PGE coexiste con similares facultades de las Funciones Legislativa y Judicial. La Asamblea Nacional tiene la atribución constitucional de interpretar la ley con carácter general y obligatorio.³⁶ Del mismo modo, la Corte Nacional de Justicia posee, a través del sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, la capacidad de interpretación legal.³⁷ Así también, la Corte Constitucional posee facultad consultiva en lo que se refiere al entendimiento de la Constitución. De esta manera, las atribuciones de estos órganos del poder público no colisionan ni se yuxtaponen: ni la Asamblea Nacional, ni la Corte Nacional de Justicia están facultados para absolver

34 Cabe señalar que el artículo 13 de la LOPGE establecía la facultad de la PGE de absolver consultas respecto a la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, particular que fue declarado inconstitucional mediante Sentencia No. 002-09-SAN-CC, de la Corte Constitucional para el período de transición, publicada en Registro Oficial 566 Suplemento, 8 de abril de 2009.

35 Cfr. Ezequiel Cassagne, “La función consultiva jurídica en la Administración argentina”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, núm. 23 (Montevideo: UM, 2013), 20.

36 Ecuador, *Constitución*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 120.6.

37 *Ibid.*, art. 184.2.

consultas, ni la PGE, con la interpretación que realiza en sus absoluciones, vincula a estas funciones del Estado que, en el ejercicio de sus atribuciones, determinan el sentido y alcance de las leyes que aplican al efecto.³⁸ En este sentido, cabe señalar que la PGE no está en capacidad de absolver consultas cuando estas versen sobre disposiciones constitucionales, o asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República, o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en la Corte Constitucional.

4.1.3. Naturaleza jurídica de la absolución de consulta

El dictamen que la PGE emite con motivo de la absolución de una consulta constituye un acto derivado de la función consultiva que la CEcu y la Ley le ha otorgado, esto es, constituye una actuación administrativa autónoma que tiene por objeto el pronunciarse respecto de la aplicación de normas jurídicas, siendo un acto previo a la decisión de una autoridad pública cuando esta lo solicite, es decir, no constituye un requisito obligatorio. El dictamen de la PGE no constituye una decisión administrativa respecto del asunto concreto y particular que motivó a la entidad u órgano público a consultar, sino que se limita a expresar un criterio jurídico sobre aspectos normativos determinados que hubieran generado dudas; criterio jurídico que servirá como elemento de convicción para la conformación de la voluntad administrativa en un resolución o acto administrativo.³⁹ Tanto no es una resolución previa del caso concreto, que el consultante puede realizar su cuestionamiento con total prescindencia del material fáctico del caso que deba ser resuelto. La función consultiva de la PGE se refiere a temas estrictamente jurídicos.

Así las cosas, la absolución de la PGE a una consulta realizada por una entidad u órgano público, también denominado “dictamen”, posee un carácter normativo,⁴⁰ esto es, un mandato general de cumplimiento obligatorio para la Administración Pública y, a través de ella, para todos los particulares en las relaciones jurídicas que establezcan con ella. Esta específica potestad normativa de la PGE⁴¹ posee un carácter consultivo, derivado e interpretativo.

En efecto, la PGE puede pronunciarse sobre la inteligencia y aplicación de la ley únicamente con ocasión de una consulta realizada por una entidad pública. No posee, en consecuencia, facultades oficiosas para emitir dictámenes en lo que a comprensión

38 Cfr. Rafael Oyarte Martínez, “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, en *Foro Revista de Derecho*, núm. 6 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006), 189.

39 Cfr. Patricio Secaira Durango, *Teoría General del Derecho Administrativo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003), 45.

40 En este punto específico coincido con lo resuelto por la Corte Constitucional ecuatoriana para el período de transición a través de la Sentencia No. 002-09-SAN-CC. Registro Oficial 566 Suplemento, 8 de abril de 2009.

41 Nos referimos a la potestad normativa consultiva en particular, pues la PGE posee también la potestad normativa reglamentaria que no comparte todas las características de la potestad normativa consultiva. La potestad normativa reglamentaria se encuentra atribuida a la PGE por la LOPGE en su artículo 3, literales k) y l).

y observancia de la ley se refiere. El carácter consultivo de la potestad normativa de la PGE hace relación con la naturaleza de organismo técnico jurídico que posee, donde su función caracterizadora es el de servir jurídicamente al Estado –en lo cual se incluye el asesoramiento– y no la de legislar. La PGE no posee autonomía normativa en estas materias, particular que confirma su condición de organismo asesor.

Esta condición conduce a la siguiente característica: lo derivado de la potestad normativa de la PGE. Si bien la PGE posee iniciativa legislativa en temas relacionados con sus competencias, no está en capacidad de crear normativa principal de forma autónoma, esta no es su función. Por antonomasia, tal competencia corresponde a la Asamblea Nacional, sin perjuicio de otras entidades a las que la Constitución haya autorizado. En su función consultiva, la PGE únicamente está en capacidad de emitir normas de naturaleza accesoria respecto de leyes y mandatos normativos principales preexistentes; esto, con el fin de conseguir una mejor inteligencia y aplicación de los mismos, según quedó anotado.

Por todo ello, la potestad normativa de la PGE tiene un alcance interpretativo. Los dictámenes que se emitan con motivo de la absolución de una consulta podrán aclarar dudas que existieran respecto al entendimiento de mandatos normativos, resolver contradicciones entre postulados normativos o cubrir vacíos normativos, siempre y cuando existan suficientes elementos en la ley analizada a fin de que tales vacíos puedan ser superados a partir de aquellos elementos.

Así comprendida la potestad normativa de la PGE, procede conocer cuál es la naturaleza jurídica del dictamen en sí mismo. La Corte Constitucional para el período de transición identificó al dictamen de la PGE como un “acto de poder público dentro de la última categoría normativa dispuesta en el artículo 425 de la Constitución de la República”⁴². Cabe aclarar que aquel casi lapidario “acto de poder público” no es más que un acto administrativo. Coincidimos con la Corte en la categorización que realizó del dictamen del PGE, debiendo acotar que más precisamente se trata de un acto administrativo normativo, es decir, de una declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, sin que se agote por su solo cumplimiento ni declina su existencia por su incumplimiento.⁴³ La comprensión de acto administrativo y no de acto legislativo deriva de la naturaleza misma de la PGE, a la cual ya me he referido en varias oportunidades. La comprensión de acto administrativo normativo, esto es, acto general y obligatorio, deviene del

42 Ibid.

43 Este entendimiento del dictamen del PGE se enmarca dentro de las previsiones del régimen jurídico ecuatoriano, sin que por ello se desvalorice la categorización doctrinaria de “acto sui géneris” que ha surgido de las críticas a la categoría de acto administrativo normativo; incluso resulta interesante –aunque no la compartimos de manera alguna– la categoría de “Derecho Administrativo blando” que también ha sido sostenida en alguna ocasión. Ver: Rafael Oyarte Martínez, “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, en Foro Revista de Derecho, núm. 6 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006). Paola Chiriboga, “El paradigma del Derecho Administrativo blando: Un análisis del dictamen del Procurador General del Estado”. Tesis, Universidad San Francisco de Quito, 2019.

carácter vinculante que la CECy y la LOPGE otorgan a los dictámenes respecto de la Administración Pública en su conjunto y a través de ella, de la generalidad de los sujetos jurídicos de un Estado en las distintas relaciones jurídicas que establezcan con ella en función de la materia objeto del dictamen.

4.1.4. Finalidad de la absolución de consulta

Como sostiene Schmidt-Assmann:

La Administración Pública no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones – sobre todo cuando se trata de normas de programación final–, se recogen expresamente en aquélla en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido... la función ordenadora y conformadora propia del Derecho exige que toda la actuación administrativa esté sometida al ordenamiento jurídico.⁴⁴

Ahora bien, conforme he señalado en apartados anteriores, no en todos los casos la observancia del Derecho resulta sencilla para las administraciones públicas que requieren someter sus actuaciones a él, bien porque sus postulados no resultan claros, bien por la existencia de contradicciones o vacíos en ellos. A través de las consultas que las administraciones públicas pueden realizar a la PGE, se puede conseguir la debida interpretación normativa que despeje las dudas existentes, volviendo de esta manera posible el adecuado acatamiento de la ley de parte de entidades y organismos públicos en el ejercicio de sus actividades. En otras palabras, los dictámenes de la PGE que absuelven consultas cumplen una función colaborativa en la formación de la motivación o fundamentación del acto administrativo, al pronunciarse respecto de la concordancia entre la actividad administrativa y la finalidad pública concreta que se persiga.⁴⁵

⁴⁴ Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema* (Madrid: INAP–Marcial Pons, 2003), 221.

⁴⁵ Osvaldo Héctor Bezzi, “Los Actos de Administración: la Figura del Dictamen Jurídico”, en *REDEA: Derechos en acción*, año 3, núm. 9 (La Plata: Universidad Nacional de la Plata, 2018), 162.

De esta manera, la finalidad de la función consultiva de la PGE es la de posibilitar que el órgano de la Administración Pública requirente desarrolle una actividad ajustada al ordenamiento jurídico, tendiendo a satisfacer de mejor manera los principios de justicia y legalidad. Cumpliendo con esta finalidad, la función consultiva de la PGE deviene en una verdadera garantía para los particulares –y la propia Administración– de la práctica concreta del Estado de Derecho. Por una parte, constituye una garantía para los particulares pues impide a la Administración Pública el dictado de actos administrativos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente en el caso de que exista dudas sobre él; y, por la otra, evita probables responsabilidades del Estado, tanto en sede administrativa como judicial, al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que la actuación pudiera contener de aplicar el Derecho de una manera errada.⁴⁶

Ahora bien, bajo el paradigma contemporáneo de la función consultiva de la PGE, el cual ha sido implementando por la actual administración institucional, la absolución de consultas cumple una finalidad fundamental en la prevención de los litigios en los que pudieran verse involucradas entidades del sector público ecuatoriano, sea previniendo la aplicación equívoca de una norma en un caso específico o sea reforzando la posición pública en cuanto al entendimiento normativo, frente a la actuación de los particulares. De esta forma, la PGE consolida su papel de asesor jurídico integral del sector público, y supera así la figura del mero patrocinador judicial.

4.1.5. Carácter auxiliar de la función consultiva

Recordaré que el procedimiento administrativo actual no se centra sólo ni exclusivamente en posibilitar el control posterior, ante una segunda instancia, de las decisiones administrativas una vez adoptadas. Se trata, más bien, de condicionar *a priori* el modo en que se toman las resoluciones administrativas. Lo que se intenta es que la administración prepare con cuidado sus decisiones⁴⁷ y en ello juega un rol fundamental el asesoramiento de la PGE, vía consulta, al que pueden recurrir entidades y organismos públicos.

Se admite con carácter general que la actividad consultiva tiene una naturaleza auxiliar respecto a la actividad administrativa pública. Tal carácter de auxiliar deriva de la consideración de que la actividad primaria o principal de la Administración Pública consiste en la emisión de actos que declaran la voluntad administrativa, mientras que los actos consultivos contienen criterios vinculantes respecto a la inteligencia y aplicación de las normas que la Administración Pública utilizará dentro de la motivación de su voluntad.⁴⁸

46 Cfr. Ezequiel Cassagne, “La función consultiva jurídica en la Administración argentina”, 30.

47 Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, 361.

48 Cfr. Tomás Font i Llovet, “Órganos consultivos”, 60.

En este sentido, el dictamen consultivo es, en su funcionalidad procedimental, un acto preparatorio, ya que sirve para la elaboración de actos administrativos sobre situaciones concretas y, desde otra perspectiva, un elemento causal, en tanto “el elemento cognoscitivo contenido en el dictamen debe ser incorporado a la determinación y configuración de la interpretación del derecho aplicable, esto es, en la premisa jurídica del silogismo motivacional de la actuación pública. De esta forma, el dictamen de la PGE integra la causa del acto administrativo decisor en tanto que el dato cognoscitivo jurídico que contiene es un antecedente de aquél.”⁴⁹

Para finalizar, aclararé que la calificación procedimental de auxiliar que corresponde al acto consultivo no impide que se reconozca en este la naturaleza de acto jurídico normativo. Al provenir de un órgano público especializado como lo es la PGE, constituye en sí mismo un verdadero acto administrativo. En virtud de ello, los dictámenes consultivos emitidos por la PGE en el ejercicio de su función institucional se encuentran sometidos al régimen jurídico común a todos los actos administrativos, si bien es evidente que cuentan con unas características especiales que derivan de su particular objeto, así como del hecho de que este tipo de actos servirán de fundamental insumo dentro de un procedimiento que finalizará normalmente con una resolución administrativa.

4.1.6. Obligatoriedad de la absolución de consulta

Es mandato expreso de la CEcu y de la LOPGE el carácter vinculante para la Administración Pública de los dictámenes emitidos por la PGE con ocasión de la absolución a una consulta. Es claro que la Constitución y la Ley, al no disponer que la consulta sea vinculante únicamente para la entidad u órgano público consultante, lo que persiguieron era otorgar el carácter general para la absolución de la consulta; esto, con el fin de que la inteligencia de la ley que informe el PGE alcance por igual a todo el espectro de la Administración Pública cuando se trate de la aplicación de normas que ya fueron materia de pronunciamiento y se encuentren vigentes. Si una entidad pública actuara contra lo expresado en un dictamen, incurriría en incumplimiento de la regla de obligatoriedad prevista constitucional y legalmente, con lo cual viciaría de nulidad su actuación.

A efectos de los particulares, si bien ni la CEcu ni la LOPGE los han considerado expresamente dentro de los efectos vinculantes del dictamen, ya que a este se lo debe considerar como la interpretación oficial del Estado respecto del asunto normativo absuelto, es claro que también resulta de obligatoria observancia para los particulares. De esta manera, los particulares que se involucran a través de una relación jurídica con

⁴⁹ Cfr. Rodolfo Barra, “Administración y Actividad Consultiva”, en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo* (Buenos Aires: Editorial RAP, 2006), 542.

una entidad pública deben tomar en consideración el criterio de interpretación que tal entidad posee respecto de una norma, como consecuencia de la absolución de la consulta realizada al PGE.

Así, el contenido de los dictámenes de la PGE otorga seguridad jurídica a los particulares respecto a su relación con la Administración Pública. Si la entidad u órgano público no procede conforme lo dictaminado por la PGE, estaría rompiendo la buena fe del administrado e iría en contra del aforismo jurídico *venire contra proprium factum nulli conceditur* o teoría de los actos propios, en especial con la seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima de su actuación frente a los administrados. De allí que, a efectos de los particulares, la obligatoriedad de los dictámenes, si bien no se expresa en los cuerpos normativos, deviene tácitamente en virtud de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En el evento que una entidad pública dejare de aplicar lo dispuesto en un dictamen de la PGE en perjuicio de un particular, este puede impugnar tal omisión. En efecto, en el caso de que los pronunciamientos de la PGE no fueren aplicados por cualquier autoridad pública, los afectados podrán interponer una acción por incumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la LOGJCC. A través de esta acción se persigue garantizar la aplicación de cualquier norma del sistema jurídico y, en el caso en particular, los dictámenes de la PGE. Cabe recalcar que dicha acción únicamente procederá cuando la norma, en este caso el dictamen, cuyo cumplimiento se persigue, se sustente en normas vigentes que contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

4.1.7. Impugnabilidad de la absolución de consulta

El artículo 173 de la CEcu dispone que “los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”. El dictamen de la PGE constituye, según ha sido analizado, a efectos jurídicos ecuatorianos, un acto administrativo normativo que puede ser objeto de varias vías de impugnación, observando los mecanismos que la Ley ha establecido para tales fines.

Así, en sede administrativa, la LOPGE dispone que el consultante podrá solicitar a la PGE la reconsideración de su pronunciamiento, dentro del término de quince días contados a partir de la fecha de notificación del dictamen, por una sola vez. La solicitud de reconsideración será debidamente fundamentada. La PGE resolverá motivadamente la reconsideración, rectificando o ratificando el pronunciamiento en el término de quince días, y este será definitivo.⁵⁰

50 Cfr. Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004, art. 13.

En sede judicial caben varios escenarios en los cuales un dictamen de la PGE podría ser impugnado. Primero, el caso en que la entidad pública consultante o cualquier otra, dado el carácter normativo general del dictamen, considere que la absolución a una consulta es adversa a los intereses públicos, cabe la posibilidad de que, luego de la reconsideración a la que me he referido en el párrafo anterior y a pesar del carácter de “definitivo” que la Ley le otorga y que ha de entenderse únicamente en sede administrativa, realice una impugnación judicial del mismo a través de una acción de anulación objetiva o por exceso de poder ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, acorde a lo dispuesto por el artículo 326.2 del COGEP. Esta opción de impugnación judicial resulta connatural a todo acto administrativo normativo, por lo que no es posible abstraer de ella a los dictámenes de la PGE, que han recibido tal caracterización de la Corte Constitucional ecuatoriana.

Segundo, el caso en que un particular considere errado un dictamen de la PGE que sirvió de base para la emisión de un acto administrativo producido respecto de él. Considerando la naturaleza auxiliar de la función consultiva de la PGE, he señalado ya que los dictámenes de la PGE sirven de sustento para la conformación de la premisa jurídica del silogismo motivacional de una actuación pública. Por ello, es posible la impugnación de un dictamen de la PGE a través de la impugnación judicial del acto administrativo que se basó en él. Esto lo podría realizar el particular a través de una acción de plena jurisdicción o subjetiva ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, acorde a lo dispuesto por el artículo 326.1 del COGEP.

Un tercer escenario cabría desde la justicia constitucional. El artículo 135 de la LOGJCC prevé la acción de inconstitucionalidad, en virtud de la cual se puede perseguir la inconstitucionalidad de cualquier acto normativo o administrativo de carácter general que vulnere normas constitucionales. En este caso, al amparo del artículo 77 de la citada ley, la demanda de inconstitucionalidad puede ser propuesta por cualquier persona, individual o colectivamente. De esta forma, el acto administrativo normativo que emite la PGE al absolver una consulta formulada por una entidad pública, podría ser materia de un proceso de inconstitucionalidad, el cual puede ser accionado por un particular con prescindencia de formar parte de la Administración Pública, así como con prescindencia de la emisión de un acto administrativo respecto de él.



4.2. Procedimiento

El procedimiento para la presentación y absolución de consultas competencia de la PGE se encuentra previsto por la LOPGE, en su artículo 13, y por la Resolución No. 024 de 2019 emitida por el Dr. Íñigo Salvador Crespo, Procurador General del Estado, a

tales efectos.⁵¹ A continuación se expone un esquema procedimental de la presentación de consultas y su absolución, acorde a los mandatos de la normativa citada.

a) Sujetos consultantes

Están en capacidad de presentar consultas a la PGE el representante legal o máxima autoridad ejecutiva de entidades, organismos o instituciones del sector público ecuatoriano, según lo define el artículo 225 de la CEcu.

Los órganos colegiados, previa resolución adoptada con la mayoría que corresponda, deberán formular sus consultas a través del representante legal de la respectiva entidad pública (LOPGE, artículo 13. Res. 24, artículo 3).

b) Temática de la consulta

Las consultas versarán sobre la aplicación de normas de jerarquía infraconstitucional sobre cuya aplicación exista duda, y no se referirán a asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis. De existir procesos judiciales pendientes o resueltos, el Procurador General del Estado se abstendrá de atender la consulta.

Las entidades creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados no podrán formular consultas sobre la aplicación de normas locales, emitidas por dichos gobiernos en ejercicio de su autonomía política (LOPGE, artículo 13. Res. 24, artículo 2).

En caso de que una consulta se refiera a normas vigentes respecto de cuya aplicación ya existiere pronunciamiento de la PGE, no será necesario nuevo pronunciamiento (Res. 24, artículo 9).

c) Requisitos de la consulta

Toda consulta deberá estar respaldada por el informe del asesor jurídico o procurador de la entidad, órgano o institución, con relación al tema objeto de la consulta. El informe jurídico deberá constar por escrito y en documento independiente, e identificará la duda sobre la aplicación de normas jurídicas que motiva la consulta, el análisis y la posición institucional sobre el tema, es decir, la opinión del consultante sobre el asunto cuestionado (LOPGE, artículo 13. Res. 24, artículo 5).

⁵¹ Procurador General del Estado, *Resolución No. 024, Procedimiento para atención de consultas que se formulen a la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 532, 17 de julio de 2019.

d) Admisibilidad de la consulta

La PGE podrá solicitar al representante legal o máxima autoridad de la entidad consultante, la reformulación de la consulta que no trate sobre la aplicación de normas, así como la ampliación del informe jurídico que la motiva.

La entidad pública deberá atender el requerimiento previsto en el inciso anterior dentro del término de 10 días. La PGE podrá insistir en su requerimiento, por una sola vez, otorgando una prórroga por un término de diez días, vencidos los cuales, de no recibir respuesta, se abstendrá de emitir el pronunciamiento solicitado y dispondrá el archivo de la consulta (LOPGE, artículo 5.g. Res. 24, artículo 4).

En todo caso, aun cuando se hubiere procedido al archivo de la consulta, la entidad, organismo o institución pública podrá presentar una nueva consulta, misma que será atendida si se cumple con los requisitos antes descritos (Res. 24, artículo 6).

e) Fase de instrucción

En forma previa a emitir su pronunciamiento, la PGE podrá solicitar el criterio jurídico institucional de organismos o entidades públicas distintas a la consultante, que ejerzan competencias, tengan conocimientos especializados o atribuciones relacionadas con la materia de consulta. Este criterio deberá ser entregado en el término de 10 días (LOPGE, artículo 5.g. Res. 24, artículo 7).

Una vez que los expedientes de consulta estén completos, serán despachados en orden cronológico de ingreso. Aquellos casos que requieran atención prioritaria serán calificados por la PGE (Res. 24, artículo 8).

f) El dictamen

El pronunciamiento de la PGE constituye un dictamen general y abstracto sobre la aplicación de normas jurídicas y no una decisión administrativa ni la sustituye o convalida en aquellos casos particulares en los cuales las respectivas autoridades de los organismos, instituciones o entidades del sector público deban adoptarla (LOPGE, artículo 13. Res. 24, artículo 1).

El pronunciamiento del Procurador General del Estado tratará exclusivamente sobre la aplicación de disposiciones jurídicas in abstracto, y no será utilizado como medio de prueba en los procesos judiciales en los que las entidades del Estado son parte (Res. 24, artículo 1).

g) Pedido de reconsideración

Si el pronunciamiento dictado fuere adverso a los intereses de las instituciones del Estado, las máximas autoridades de las entidades y organismos del sector público o sus representantes legales están obligados a solicitar la reconsideración del pronunciamiento.

La reconsideración del dictamen podrá ser solicitada dentro del término de quince días contados a partir de la fecha de notificación del instrumento que lo contiene, por una sola vez. La solicitud de reconsideración será debidamente fundamentada. A esta solicitud se adjuntará el informe del asesor jurídico o procurador del organismo, institución o entidad del sector público.

La PGE resolverá motivadamente la reconsideración, rectificando o ratificando el pronunciamiento, en el término de quince días, y este será definitivo. En consecuencia, no podrá modificarse a petición de parte (LOPGE, artículo 13. Res. 24, artículo 10).



4.3. Defensa jurídica del Estado a través de la absolución de consultas

La PGE atiende anualmente centenares de consultas⁵² que, sobre las más variadas materias y grados de complejidad, le formulan las instituciones del sector público. Las consultas, que ingresan directamente a la sede matriz de la PGE o que se remiten por las Direcciones Regionales, se reciben por el área de Documentación y Archivo, dependencia de la Secretaría General. Todo el proceso se gestiona a través del “Sistema de gestión de trámites”, que permite contar con registros y reportes sobre el estado de cada caso, desde su ingreso hasta su despacho al destinatario final, que también se realiza por el área de Documentación y Archivo.

La elaboración de los proyectos de dictámenes por los que la PGE atiende las consultas le corresponde a la Dirección Nacional de Consultoría (DNC), que está organizada en dos Subdirecciones: Consultas Administrativas y Consultas de Contratación.

Al recibirse en la DNC, cada caso de estudio se evalúa individualmente para identificar su grado de complejidad, a fin de designar al profesional o equipo de profesionales que lo atenderá. Al efecto se utiliza el siguiente procedimiento:

⁵² Los informes de Rendición de Cuentas detallan la atención de 555 preguntas en el año 2019 y 615 en el 2020

a) Revisión preliminar

- ◆ Verificación de requisitos de admisibilidad:

- ¿La consultante es una entidad del sector público?

- ¿La consulta se plantea por la máxima autoridad?

- ¿La consulta trata sobre aplicación de normas infraconstitucionales?

- ¿Se ha remitido anexo el informe jurídico?

- ¿El informe jurídico es completo o requiere ser ampliado?

- ◆ Verificación de la existencia o inexistencia de causas pendientes:

La DNC tiene acceso, autorizado y auditado, al sistema de la Dirección Nacional de Patrocinio. Adicionalmente, se realiza una revisión en el SATJE y en el buscador de causas de la Corte Constitucional.

Estas búsquedas permiten verificar si la materia de la consulta está sujeta a procesos judiciales pendientes o resueltos, evento en el que se configuraría causal de abstención.

Estos dos pasos preliminares permiten generar, de ser el caso, respuestas abstentivas, así como trámites intermedios como pedidos de reformulación o requerimiento de informe jurídico.

b) Identificación de la materia de la consulta y revisión de pronunciamientos previos

- ◆ Revisión de normativa

Superada la revisión preliminar se realiza una revisión de la normativa invocada en la consulta, lo que permite identificar su materia y la Subdirección que la conocerá, así como su contexto.

- ◆ Revisión de pronunciamientos previos sobre la materia de la consulta

El siguiente paso consiste en la revisión del “Sistema de consultas absueltas”, a fin de verificar si la PGE ya se ha pronunciado sobre la aplicación de las normas que motivan el nuevo requerimiento. En el “Sistema de consultas absueltas” se

encuentra información a partir del año 2008. Se trata de un aplicativo al que se tiene acceso en la página web institucional, el cual opera a través de un buscador de descriptores por materia, entidad o número de oficio de la PGE.

De existir pronunciamientos previos sobre la materia, cuya normativa conserve vigencia, se procederá a emitir una respuesta en tal sentido.

c) Análisis de la necesidad, o no, de realizar traslados a terceras entidades

La solicitud de criterios jurídicos de entidades distintas de la consultante se realiza en los siguientes casos:

- › La consulta trata sobre materias en las que se requieren conocimientos especializados; por ejemplo: finanzas públicas, tributario, propiedad intelectual.
- › La consulta se plantea por un gobierno autónomo descentralizado. En ese caso, se solicita el criterio de la entidad asociativa del respectivo nivel (CONGOPE, AME, CONAGOPARE), considerando que el dictamen será aplicable a todos los gobiernos del mismo nivel.

d) Designación de abogado o estructuración de equipo

- ◆ Mientras decurren los términos previstos para que las entidades atiendan los traslados o requerimientos, la DNC inicia el análisis de fondo.
- ◆ Según el grado de complejidad del caso, se designa al abogado o a un equipo de abogados que lo estudien; estos tienen a su cargo: elaborar la estructura del proyecto, recopilar doctrina o jurisprudencia aplicables y, en general, reunir información que permita elaborar un borrador preliminar.
- ◆ Se realizan reuniones internas de coordinación y revisiones, también preliminares.
- ◆ En función de la materia consultada, de ser el caso, la DNC coordina internamente con otras Direcciones Misionales de la PGE, como por ejemplo, las Direcciones Nacionales de Patrocinio, Control de la Legalidad de Contratos, Derechos Humanos, Asuntos Internacionales y Arbitraje; cuando se trate de materias de especialidad, considerando la necesidad de prevenir la litigiosidad y armonizar criterios institucionales en temas importantes.

- ◆ Cuando otra u otras instituciones, entidades u organismos del Estado presenten consultas similares sobre la aplicación de la misma o mismas normas que contiene una consulta ya ingresada, se acumulan los trámites para su atención conjunta.

e) Elaboración de proyecto de dictamen

- ◆ Estructura:

Cada dictamen tiene una estructura básica compuesta por antecedentes, análisis y pronunciamiento.

▶ Antecedentes:

Se describen las partes importantes del oficio de consulta y el informe jurídico, así como los trámites de sustanciación que se hubieren realizado: recepción directa o remitida por las Direcciones Regionales de la PGE, pedidos de reformulación, traslados y respuestas recibidas.

El informe jurídico de la consultante se contrasta con los recibidos de terceras entidades y se identifican los puntos coincidentes y discrepantes.

▶ Análisis:

Los dictámenes PGE no contienen la mera transcripción de disposiciones sino un examen sobre los enunciados normativos, que, usualmente, se exponen considerando su orden jerárquico y tomando en cuenta que el ordenamiento jurídico es un sistema, cuyas partes deben guardar entre sí la debida correspondencia y armonía, por lo que las normas no pueden ser entendidas de manera aislada.

Se realiza el contraste del informe jurídico de la consultante y los criterios de las terceras entidades públicas, esto permite profundizar en los puntos discrepantes, de haberlos, y reforzar o corregir el análisis preliminar efectuado por los abogados de la DNC.

De igual manera, se incorpora la doctrina y jurisprudencia que se haya considerado pertinente y relevante para la conformación del criterio de la PGE.

En el caso de evidenciarse la existencia de antinomias, se identifican las normas generales y las especiales, las vigentes, las reformadas, aquellas que dejaron de

regir, los vacíos normativos, reales o aparentes, y la forma de integrarlos, por ejemplo, mediante la aplicación de analogía.

De igual manera se recurre a la elaboración de líneas de tiempo. Cuando los casos implican el estudio de normativa que ha sido materia de reformas sucesivas, las líneas de tiempo tienen la virtud de permitir visualizar los cambios de la legislación positiva e identificar sus periodos de vigencia.

► **Pronunciamiento:**

Las conclusiones del análisis efectuado respecto de las consultas planteadas se expresan en la parte final del pronunciamiento, que sintetiza el criterio de la PGE sobre la aplicabilidad de una o varias normas, pero que debe ser entendido en su integridad, es decir, considerando el análisis que le sirve de base o fundamento.

f) Revisión y verificación del proyecto

De ser el caso, el borrador del proyecto es revisado por las Direcciones Misionales con las que se hay coordinado previamente y se incorporan sus sugerencias u observaciones, de haberlas; lo que permite mantener unidad institucional y reforzar el rol preventivo de la absolución de consultas como parte del ciclo de defensa.

g) Remisión al despacho del Procurador General, notificación a los destinatarios e incorporación al Sistema de Consultas Absueltas.

El proyecto de dictamen se remite junto con el expediente digital, la normativa y una ayuda memoria para revisión del despacho de la o del Procurador General del Estado; de haber observaciones se incorporan al texto.

Suscrito el pronunciamiento, el área de Documentación y Archivo, que concluye y cierra el sistema con el producto final, notifica a los destinatarios, luego de lo cual el texto íntegro del dictamen se incorpora al Sistema de Consultas Absueltas, en la página web institucional.

Los extractos de los pronunciamientos del Procurador General, que elabora la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica Institucional, se publican en el Registro Oficial.

4.3.1. El Servicio de Asesoramiento Legal Externo (ALE)

Desde la creación de la PGE, el asesoramiento legal a las instituciones del Estado ha sido una de sus facultades asignadas por el marco constitucional y legal. Pese a no tener un carácter vinculante, el ejercicio de esta función ha sido clave para orientar, desde el ámbito jurídico, las actuaciones y decisiones que adoptan las distintas entidades y organismos públicos. El número de estos últimos, de acuerdo al distributivo que utiliza el Ministerio de Economía y Finanzas, supera los tres mil; todos ellos, independientemente de la función estatal o nivel de gobierno al que se pertenezcan, son potenciales usuarios o requirentes del servicio de asesoramiento legal que ofrece la PGE.

Para atender la mencionada función así como para cumplir con el patrocinio y representación del Estado ante acciones contenciosas a nivel nacional o internacional, o para desarrollar mecanismos de mediación, o emitir pronunciamientos en derecho sobre la aplicación e inteligencia de las leyes, o ejercer el control de legalidad de los actos y contratos de las entidades estatales; la PGE se ha organizado bajo un modelo de gestión caracterizado por la división en direcciones especializadas en los diferentes ámbitos misionales. Más allá de los resultados alcanzados por este arreglo institucional, se ha evidenciado como un desafío desarrollar acciones coordinadas y articuladas entre dichas dependencias.

La oportunidad con la que se realiza el aludido asesoramiento legal, es otro aspecto que merece una especial atención. Esto se desprende, por ejemplo, de las estadísticas existentes respecto al número de consultas formales que presentan anualmente a la PGE las distintas entidades y organismos del sector público, y del número de abstenciones que frente a ellas se emiten por no ser formuladas apropiadamente. En este sentido, un asesoramiento legal ofrecido a tiempo a dichas instituciones, que les oriente sobre las temáticas y dudas que de manera recurrente les preocupa, puede incidir sustancialmente en la disminución de la cantidad de consultas presentadas y, por ende, de las abstenciones ante las mismas.

Igualmente, al analizar los factores que generan el creciente número de juicios que debe atender la PGE en defensa del interés público y patrimonio estatal⁵³, se observa que buena parte de ellos pudieron ser evitados mediante un asesoramiento legal oportuno sobre la aplicación del marco legal en determinadas situaciones. Incluso en los casos que son sometidos a métodos alternativos de solución amistosa en los que participan entidades estatales, con base en el seguimiento que hace de ellos el Centro de Mediación de la PGE, se advierte que varios se originan en un desconocimiento o inadecuada aplicación de disposiciones del marco legal relativo a las responsabilidades del propio Estado ante compromisos asumidos con terceros.

53 Según datos de la Dirección Nacional de Patrocinio de la PGE, al finalizar el 2019 superaban los 100.000 procesos judiciales.

Los casos comentados apuntan a la necesidad de fortalecer el asesoramiento legal que ofrece la PGE a las entidades y organismos del sector público desde un enfoque preventivo. Esto es, más allá de brindarlo exclusivamente cuando dichos actores institucionales acuden con sus inquietudes hasta las oficinas de la PGE, o de la absolución de consultas, resulta oportuno y efectivo facilitar el asesoramiento legal a través de herramientas tecnológicas que potencien y, al mismo tiempo, amplíen el ejercicio de dicha función hacia más entidades y organismos estatales. La necesidad de implementar esta última modalidad se ha acrecentado con el apareamiento de la pandemia del COVID-19 y del teletrabajo como una alternativa válida para mantener el funcionamiento de las tareas y servicios públicos.

Un aspecto igualmente relevante que permite el asesoramiento legal por medios electrónicos o telemáticos, es la posibilidad de optimizar los recursos disponibles.

Todas estas aristas han sido advertidas y canalizadas por la PGE y su Dirección Nacional de Consultoría a través del nuevo Servicio de Asesoramiento Legal Externo, conocido también como Servicio ALE, que permite atender a más organismos y entidades del sector público en tiempos óptimos y a un menor costo para el Estado, con un carácter preventivo.

◆ ¿Qué es el Servicio ALE?

Es un proceso estandarizado y automatizado de la Procuraduría General del Estado, con base en una plataforma virtual, que presta orientación sobre la correcta aplicación de las normas legales a las entidades y organismos del sector público. El servicio de asesoramiento efectuado no tiene carácter vinculante.

◆ ¿Cómo funciona el Servicio ALE?

Se sirve de una plataforma tecnológica administrada por la PGE, a la cual tienen acceso, en calidad de usuarios, las entidades u organismos públicos que han firmado los respectivos convenios interinstitucionales para la obtención de los códigos de usuario y contraseña.

Para garantizar la seguridad jurídica y transparencia, el servicio ALE cumple como los parámetros y condiciones previstos en su normativa de creación que regula sus modalidades y condiciones de uso mediante Resolución No. 025, publicada en el Registro Oficial No. 12, del 6 de mayo de 2019.

◆ Modalidades del Servicio ALE

El portal del Servicio ALE ofrece las siguientes modalidades a los usuarios:

- ▶ Preguntas y respuestas frecuentes: Es una base de datos amigable que se actualiza periódicamente en función de las dudas o inquietudes que con mayor frecuencia se presentan y han sido atendidas por la PGE. En esta modalidad, el usuario puede buscar y encontrar de primera mano las orientaciones a sus inquietudes y necesidades de asesoramiento.
- ▶ Solicitud de asesoramiento legal mediante correo electrónico: En caso de que el uso de la anterior modalidad no resuelva la necesidad de asesoramiento legal del usuario, este puede formular de manera concreta y precisa su pregunta mediante la modalidad de correo electrónico. Cada usuario (institución registrada en el servicio ALE) puede realizar hasta dos preguntas al mes y la respuesta a cada una será dada en máximo cuatro días laborables. Los asesores a quienes han sido asignadas las preguntas son anónimos para los usuarios, con el fin de priorizar una relación institucional estandarizada y evaluable.
- ▶ Talleres de asesoramiento virtual: Con el fin de ampliar el carácter preventivo del servicio ALE, mediante esta modalidad se busca ofrecer un espacio de asesoramiento más extendido, destinados a los servidores competentes de las instituciones u organismos estatales. Se tratan de espacios de asesoramiento legal impartidos de manera sincrónica (en tiempo real).

Sin perjuicio de otras ventajas, es destacable también la interoperabilidad tecnológica que ha promovido este servicio entre las entidades estatales que ha conectado, así como el trabajo de coordinación interdepartamental e interregional al interior de las dependencias de la PGE.

El Servicio ALE ha permitido delinear un modelo de gestión eficiente y de alto impacto para el ejercicio de la potestad de asesoramiento legal a cargo de la PGE, con el valor agregado de servir como una herramienta preventiva respecto a la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico por parte de las instituciones del sector público.



4.4. Caso paradigma

Para mediados de 2019, el Consejo de la Judicatura reparó en el hecho de que no existía ni un banco de elegibles ni jueces de nivel ocho para reemplazar a conjucees de la Corte Nacional de Justicia en el caso de que estos cesasen. Es decir, no existían las condiciones materiales para observar los mandatos del artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial para reemplazar a conjucees de la Corte Nacional de Justicia.

Considerando ello, mediante Oficio No. CJ-DG-2019-1116-OF, de 4 de octubre de 2019, el Director General del Consejo de la Judicatura presentó a la PGE una consulta respecto de la aplicabilidad del artículo 40 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial para que el Pleno del Consejo de la Judicatura pudiera calificar la imposibilidad de sustituir a los conjucees de la Corte Nacional de Justicia que cesaren en sus funciones, como una situación extraordinaria y emergente de los servicios de justicia y, de esta forma, poder nombrar conjucees temporales.

Para absolver esta consulta, la PGE consideró como premisa fundamental que “el numeral 15 del artículo 326 de la CRE prohíbe la paralización de los servicios públicos, e incluye, entre ellos, a la justicia; concordantes, los artículos 15 y 17 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) establecen que la administración de justicia “es un servicio público, básico y fundamental del Estado”.”

Entre otros puntos, la PGE también consideró que “respecto de los conjucees de la Corte Nacional de Justicia, el inciso tercero del artículo 182 de la CRE dispone que “serán seleccionados con los mismos procesos y tendrán las mismas responsabilidades y el mismo régimen de incompatibilidades que sus titulares”.” Así como lo previsto por el artículo 40 del Código Orgánico de la Función Judicial, que motivó la consulta y que “clasifica a los servidores judiciales en titulares y temporales; y, en la parte final del numeral 2 prevé, entre los casos en que procede la designación de servidores temporales, aquel en que se requiera “atender necesidades extraordinarias o emergentes del servicio de justicia”.”

De estas premisas constitucionales y legales, además de otras que constan en el dictamen 06221, de 15 de octubre de 2019, la PGE concluyó que:

Considerando que el artículo 200 del COFJ establece los mecanismos específicos de selección de los conjucees de la Corte Nacional de Justicia se concluye que, de no contarse con un banco de elegibles de conjucees de la Corte Nacional, ni jueces de nivel octavo de la carrera judicial, es de

↑ exclusiva responsabilidad del Pleno del Consejo de la Judicatura calificar las circunstancias extraordinarias o emergentes del servicio de justicia que justifiquen la aplicación de la parte final del numeral 2 del artículo 40 del COFJ, así como establecer el mecanismo para la designación temporal de dichos servidores judiciales.

Es así como, a través del dictamen citado, la PGE se pronunció sobre la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas en relación a la manera en que jurídicamente era superable la ausencia de reemplazos para conjuceces de la Corte Nacional de Justicia que cesaren definitivamente en sus funciones, posibilitándose de esta manera la integración de la más alta corte de justicia del país y garantizándose la continuidad en la prestación del servicio público de administración de justicia.

Fuentes

Normativas

República del Ecuador, *Constitución 1830*, Riobamba, Imprenta del Gobierno, octubre 1830.

República del Ecuador, *Constitución 2008*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008

Presidente de la República, *Decreto Supremo No. 188*, Registro Oficial 706, 2 de agosto de 1928.

Congreso de la República del Ecuador I, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial No. 372, 19 de julio de 2001.

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 024, Procedimiento para atención de consultas que se formulen a la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 532, 17 de julio de 2019.

.....

Bibliográficas

Barra, Rodolfo, “Administración y Actividad Consultiva”, en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo* (Buenos Aires: Editorial RAP, 2006).

Bezzi, Osvaldo Héctor, “Los Actos de Administración: la Figura del Dictamen Jurídico”, en *REDEA: Derechos en acción*, año 3, núm. 9 (La Plata: Universidad Nacional de la Plata, 2018).

Bielsa, Rafael, *Ciencia de la Administración* (Buenos Aires: Depalma,1955).

Cassagne, Ezequiel, “La función consultiva jurídica en la Administración argentina”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, núm. 23 (Montevideo: UM, 2013).

Font i Llovet, Tomás, “Órganos consultivos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 108 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,1985).

Oyarte Martínez, Rafael, “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, en *Foro Revista de Derecho*, núm. 6 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006).

Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema* (Madrid: INAP–Marcial Pons, 2003).

Secaira Durango, Patricio, *Teoría General del Derecho Administrativo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003).

.....

Tesis

Chiriboga, Paola, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006). “El paradigma del Derecho Administrativo blando: Un análisis del dictamen del Procurador General del Estado”. Tesis, Universidad San Francisco de Quito, 2019.

.....

Sentencia

Sentencia No. 002-09-SAN-CC, de la Corte Constitucional para el período de transición, publicada en Registro Oficial 566 Suplemento, 8 de abril de 2009.



5

CONTROL DE LA LEGALIDAD DE ACTOS Y CONTRATOS



5.1. **Ámbito conceptual**

5.1.1. **El control administrativo**

La finalidad del Estado, en su entendimiento contemporáneo, es la de tutelar los derechos de las personas a través de la gestión de la cosa pública. En el cumplimiento de esta finalidad, la administración pública está sujeta a cumplir con las atribuciones y deberes que le confiere la Constitución y la ley, siempre sometida al principio de actividad reglada, esto es, ejerciendo únicamente las competencias específicas que le hayan sido conferidas y actuando dentro de los parámetros y límites que se le hubiere impuesto desde la perspectiva procedimental. De allí que el actuar administrativo se encuentre bajo permanente escrutinio y evaluación para determinar la corrección de sus resultados.

Es así que la actividad de las entidades y órganos administrativos se encuentra sometida al control de otras entidades administrativas, a las cuales la Constitución y la ley han conferido la competencia para realizar una censura pública del actuar administrativo. El control de la actividad pública posee, como uno de sus principales objetivos, la coordinación de la actividad estatal en su conjunto con los postulados reguladores de tal actividad. Es por ello que el ámbito de control es extenso y comprende desde el control del presupuesto institucional hasta el control de legitimidad de los actos y contratos administrativos. El alcance del control depende de las competencias específicas que la Constitución y la Ley hayan conferido a la entidad pública.

El mandato constante en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, respecto al carácter eminentemente reglado de la actividad administrativa, confirma la necesidad de que se apliquen mecanismos de control a las actuaciones de la Administración Pública, para evitar que se emitan o consumen actos que se encuentren

reñidos con la Constitución o la Ley y que vulneren derechos o garantías ciudadanas. En este sentido, Marienhoff manifiesta que “el control es una garantía de legitimidad y oportunidad de la actividad del Estado que logra la eficiencia y la moralidad y, por tanto, es indispensable la existencia de medios de fiscalización no solo de la Administración Pública sino de quienes ejercen la actividad y de quienes tratan con ella.”⁵⁴

Dicho autor reconoce la necesidad de un sistema de control en sus diferentes instancias dentro de la organización administrativa; para ello es imprescindible la adecuada distribución de competencias ejercidas por cada órgano estatal, de manera que se pueda lograr un control eficaz. De esta forma, el control público de la actuación administrativa constituye un acto o conjunto de actos por medio del cual una entidad estatal debidamente autorizada, examina, audita o fiscaliza una actuación realizada por otra entidad u organismo público, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicha actuación se han observado todos los requisitos materiales y formales exigidos por la normativa.⁵⁵

El control administrativo en sí es uno de los elementos que integran y definen el Estado de Derecho y el Estado democrático. De hecho, el control de la actividad administrativa se constituye en uno de los paradigmas de la democracia incorporada al Estado: ya que la norma jurídica es el límite del control de poder, lo hace susceptible de su verificación, por lo que es sustancial en la democracia. El control deviene, entonces, en un instrumento efectivo de la limitación del poder, considerando, dentro de este, a todas las formas y vías que posee el sistema político y jurídico para supervisar el ejercicio de los poderes públicos.⁵⁶

La administración pública posee diferentes formas de control en la gestión de sus actos. La principal manifestación jurídica del control gubernamental se basa en el autocontrol que la administración realiza de sus propias actividades. No obstante, la administración pública en su constante afán de cumplir con sus finalidades, observa distintas formas de control a más de las señaladas. Existen, de hecho, varios tipos de controles administrativos que se clasifican, principalmente, en razón del sujeto que realiza el control y del momento en el que se ejerce el control.⁵⁷

En razón del sujeto que realice el control, este se clasifica en interno o interorgánico, y en externo o extraorgánico. El control interno se realiza por las propias entidades

54 Miguel MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998).

55 Cfr. Emilio FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, *Derecho Público –Administrativo, Constitucional, Fiscal–* (Buenos Aires: Editorial AS-TREA, 1981), 161.

56 Cfr. Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, “El control administrativo”, en *Revista Misión Jurídica*, vol. X, núm. 12 (Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2017), 179.

57 En los tipos de control, seguimos a: Sofía SALVADOR AYALA, *El ejercicio de la potestad de control en la fase precontractual de los procedimientos de contratación pública* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019), 18-21. Víctor GRANDA AGUILAR, *El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 41-49.

para la efectiva utilización de los recursos públicos, para garantizar la correcta gestión administrativa, aplicar los correctivos adecuados y detectar irregularidades que deban ser sancionadas. El control externo está a cargo de las instituciones de control cuya competencia radica en la Constitución o la Ley, entre ellas la PGE o la Contraloría General del Estado. Los dos tipos de control deben estar coordinados para garantizar su autonomía y eficiencia de su gestión.

Según el momento en el que se realice, el control puede ser previo, concurrente o posterior.

El control previo prescribe políticas de control antes del acto, por ejemplo: antes de la emisión del permiso, de la licencia o de la autorización. El control previo se utiliza para actividades que se tiene previsto realizar, en este caso la autorización en el ámbito de la administración pública, a más de control jurídico previo es una forma de conferir competencias para el desarrollo de una actividad.

El control concurrente se verifica en la ejecución del acto, esto es, se realiza al mismo tiempo de la actividad controlada; por ejemplo: la fiscalización de obra. En el control concurrente se utiliza la constatación respecto a lo que se está ejecutando; el veto como forma jurídica de control ínter orgánico para detener la actividad, de ser el caso; el visto bueno para que mientras se está desarrollando la actividad se revisen los aspectos formales para llegar a la conclusión de estar bien o mal; la intervención como forma jurídica de control, que consiste en sustituir la administración controlada por la entidad de control, quien asume la competencia de la entidad controlada. Cuando parece insuficiente corregir al órgano, la entidad de control puede asumir las competencias de la administración controlada o desarrollarlas de manera periódica.

El control posterior se verifica una vez ejecutada la actividad administrativa y tiende a comprobar que ella haya sido realizada conforme a la normativa. En el control posterior se encuentra la aprobación, como medio para liberar efectos jurídicos; la no aprobación, que tiene efectos suspensivos de la actividad, si aún se estuvieran ejecutando los efectos de la actuación administrativa; la sanción en el evento que la actividad administrativa hubiera culminado; la rendición de cuentas como herramienta del control social, forma constitucional de comunicar a la ciudadanía de sus actividades respecto del ejercicio, facultades y competencias; debe rendir cuentas al titular, que es el pueblo.

Existen otras formas de clasificar al control administrativo, como los criterios jerárquicos o locativos, sin embargo, por ser aquellos meramente teóricos no revisten mayor importancia a efectos del presente documento.

Para finalizar, se ha de considerar que el control administrativo no se debe confundir con el control político previsto en la Constitución, que es ejecutado por la

Función Legislativa para la supervisión y fiscalización de la gestión pública, a su vez dividido en: anterior, cuando aprueba el Presupuesto General del Estado, posterior para revisar el informe anual del Presidente de la República y concurrente en las actividades administrativas.

5.1.2. La facultad contralora de la PGE

El artículo 237.4 de la Constitución de la República del Ecuador prevé entre las competencias de la PGE el “*controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.*” En consonancia, la LOPGE, en su artículo 3.g, dispone que corresponde a la PGE el supervisar el cumplimiento de los contratos que celebre el sector público y proponer o adoptar, con este fin, las acciones judiciales necesarias en defensa del patrimonio nacional y del interés público; mientras que en su Disposición General Séptima, se prevé que la PGE podrá solicitar de las autoridades, funcionarios, organismos, entidades o dependencias del sector público, la rectificación o modificación de los actos o contratos que se hubieran adoptado con violación de la Constitución de la República o de la ley.

De esta forma, dada su naturaleza de organismo asesor jurídico del Estado, la Constitución y la ley han conferido a la PGE una facultad contralora en lo que se refiere a los actos y contratos que hubiesen suscrito las entidades y organismos del sector público ecuatoriano.

El control de legalidad que corresponde a la PGE comprende la verificación del cumplimiento de la normativa legal aplicable a cada proceso y en cada fase de la contratación. Esta verificación y análisis profesional y selectivo de evidencias son efectuados con posterioridad a la gestión de los actos y contratos, con el objeto de determinar:

- a) La razonabilidad de la información;
- b) El cumplimiento de los procedimientos;
- c) La justificación y motivación de la necesidad de las contrataciones;
- d) La capacidad o habilidad para contratar;
- e) La existencia o no de causales de nulidad;
- f) El cumplimiento o no de los principios de: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación en la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, incluido los de consultaría; y,

- ◇◇◇ g) El cumplimiento o no de las disposiciones contenidas en las normas de contratación del sector público, incluidos los sectores estratégicos, ambientales, empresas públicas, filiales y subsidiarias.

El control administrativo de la contratación pública ejercido por la PGE constituye un procedimiento planificado, estructurado, coordinado, sistémico, objetivo e independiente, que establece el ámbito de control y, sobre la base de los instrumentos de trabajo, concluye con la emisión del informe escrito, que contiene los antecedentes, base normativa, actos y hechos administrativos, y los resultados de la verificación y análisis realizados, observaciones, conclusiones y recomendaciones.⁵⁸

En la PGE se ha encargado la gestión de la facultad contralora a la Dirección Nacional de Control de la Legalidad de Contratos,⁵⁹ instancia conformada por personal profesional, idóneo y experto, sujeto a las normas técnicas y al Código de Ética institucional y profesional, que mantiene una actitud mental independiente, apartada de subjetividades, afectos o desafectos e influencias externas. El equipo de la Dirección Nacional de Control de la Legalidad de Contratos valora objetivamente los hechos, la conveniencia y oportunidad contractual, los resultados, impactos, consecuencias y el cumplimiento normativo. Su gestión es sustentable, verificable y garantiza la transparencia y seguridad jurídica.

La facultad de control de legalidad de los actos y contratos establecida constitucionalmente en favor de la PGE coexiste con las de otros órganos públicos de control. Así, mientras la actuación de la PGE en esta temática se corresponderá con su naturaleza de asesor y patrocinador judicial de los intereses públicos –lo cual se demostrará en el acápite siguiente–; el Servicio Nacional de Contratación Pública se encargará de un control específico de la operatividad misma del proceso de contratación; mientras que la determinación de responsabilidades tanto administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal por tales contrataciones queda a cargo de la Contraloría General del Estado. La declaratoria judicial de los efectos del control corresponderá, evidentemente, a los órganos jurisdiccionales competentes.

5.1.3. Naturaleza jurídica de la facultad contralora de la PGE

En su origen, a la PGE correspondía realizar un control previo de la legalidad de los contratos a ser celebrados por las entidades del sector público. En efecto, la LOPGE disponía, en su artículo 3.f, que correspondía a la PGE la emisión de informes razonados

⁵⁸ Registro Oficial No.460, 01 de junio del 2011.

⁵⁹ Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, publicado en el Registro Oficial, Edición Especial, No. 63 de 29 de octubre de 2013 (reformado por la Resolución No. 007 de 7 de noviembre de 2018): Artículo 37.

y motivados sobre los contratos administrativos cuya cuantía superase la base para concurso público de ofertas, así como sobre los contratos que se encontraban sujetos a la Ley de Modernización del Estado. Estos informes versaban sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios, debían ser previos a la suscripción o celebración del contrato, eran de cumplimiento obligatorio y debían ser emitidos en el término de quince días, contados a partir de la fecha en que se recibía la solicitud con sus documentos justificativos. En casos excepcionales, debidamente justificados, dicho término podía ampliarse por diez días improrrogables y por una sola vez. La falta de emisión del informe en dicho término se entendía como dictamen favorable.⁶⁰

La naturaleza previa del control de legalidad de la PGE sobre los contratos administrativos se mantuvo vigente hasta el año 2008, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuerpo normativo que en su artículo 15 dispone que el control que realiza la PGE a los procedimientos de contratación efectuados por las entidades del sector público será posterior, a la par que la Disposición Derogatoria Tercera suprimió el literal f) del artículo 3 y el literal b) del artículo 14 de la LOPGE.⁶¹ Desde esta perspectiva, la naturaleza del control de legalidad que ejerce la PGE sobre los contratos administrativos sería, en la actualidad, posterior.

Esto se ratifica con lo dispuesto por el artículo 65 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, norma que prevé las causales de nulidad del contrato administrativo y encarga a la PGE, tan pronto tenga conocimiento de la verificación de cualquier de las causales, el demandar la nulidad del contrato ante los organismos jurisdiccionales competentes, a fin de que estos últimos hagan cumplir el ordenamiento jurídico salvaguardando los intereses del Estado. Lo anotado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.

Ahora bien, es importante señalar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no derogó un importante mandato de la LOPGE que habilita a la PGE a realizar un control de legalidad concurrente –y no solo posterior– en lo que respecta a los contratos administrativos. Así, se mantiene con plena vigencia la Disposición General Séptima de la LOPGE, en virtud de la cual la PGE puede solicitar de las autoridades, funcionarios, organismos, entidades o dependencias del sector público la rectificación o modificación de los actos o contratos que se hubieran adoptado con violación de la Constitución o de la ley. De esta manera, el control de legalidad, como competencia de la PGE sobre los contratos administrativos, no se reduce a un control meramente posterior, sino que el mismo va a comprender la labor de verificación del cumplimiento de la normativa aplicable a cada proceso y en cada fase de la contratación administrativa.

60 Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 3. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril de 2004.

61 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 de 22 de julio del 2008.

Se debe considerar, no obstante, que el control administrativo concurrente de los actos y contratos administrativos, competencia de la PGE, carece de carácter vinculante de manera directa. Ni la Disposición General Séptima de la LOPGE, ni la Resolución No. 008 de la PGE⁶² –cuerpo normativo secundario emitido para desarrollar los mandatos de la citada Disposición General Séptima–, prevén una naturaleza obligatoria para los informes emitidos por la PGE dentro de un control de actos o contrataciones administrativas. Todo lo contrario, de lo previsto por el artículo 10 de la mencionada Resolución No. 008, se concluye que el incumplimiento de las modificaciones, enmiendas o correcciones solicitadas por la PGE a la entidad controlada, podría tener como penalidad la solicitud de la declaratoria de nulidad del contrato administrativo por parte de la PGE. Esto hace concluir que tales modificaciones, enmiendas o correcciones no tienen ningún carácter vinculante u obligatorio de manera directa para la entidad que es sujeto de control. Así, aunque la PGE detecte, dentro de los procesos de contratación, anomalías en el cumplimiento de las normas que regulan esta materia, no podrá exigir de manera inmediata, directa y obligatoria que se reformen tales anomalías, ya que su facultad de rectificación o modificación de actos o contratos prevista en la Disposición General Séptima no tiene carácter obligatorio o vinculante.⁶³ En estos casos, es decir, ante el incumplimiento de la solicitud de rectificación, la PGE comunica tal circunstancia a la Contraloría para que esta imponga las sanciones que considere pertinentes.

Corresponde a la PGE, consecuentemente, esperar a la etapa posterior de la celebración del contrato para poder tomar medidas correctivas, es decir, proceder a realizar las acciones jurisdiccionales correspondientes para que se declare la nulidad del contrato administrativo. Esta situación en particular hace que el ejercicio del control que ejerce la PGE quede en las mismas condiciones iniciales. Es decir, únicamente realizando un efectivo control posterior del actuar de la administración, en cuanto a los contratos celebrados por las entidades estatales.

Para finalizar, es importante señalar que los resultados del ejercicio de la facultad contralora de la PGE, que se instrumentalizan a través de un informe, deben ser remitidos a la Contraloría General del Estado en el evento de que se haya confirmado la inobservancia de algún mandato normativo en la contratación; esto, de conformidad con lo ordenado por el artículo 80 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.⁶⁴

62 Procurador General del Estado, *Resolución No. 008, Políticas administrativas para la gestión de la Dirección Nacional de Contratación Especial y Dirección Nacional de Contratación Pública, en el ejercicio del control de los actos y contratos, asesoramiento legal a las entidades, empresas y organismos del sector público y personas jurídicas de Derecho privado que dispongan de recursos públicos y capacitación en la normativa aplicable a la contratación del Estado*, Registro Oficial No.460, 01 de junio del 2011.

63 Cfr. Leónidas Chilinginga CASTILLO, *El papel de la Procuraduría General del Estado en la nueva estructura estatal* (Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014), 100 y ss.

64 Registro Oficial No. 595, Suplemento, 12 de junio del 2002.

Se concluye entonces que si la naturaleza jurídica del control administrativo sobre la contratación pública que posee la PGE no tiene alcance previo, ni su carácter concurrente posee efectos vinculantes, su incorporación en el sistema nacional de control es fundamental, pues operando conjuntamente con otros organismos especializados, como la Contraloría General del Estado o el Servicio Nacional de Contratación Pública, no existe una superposición de competencias sino una coordinación de las mismas, así como un ejercicio especializado de las facultades connaturales que pertenecen a cada entidad, donde la PGE, lejos de ser un juzgador, es un asesor y un patrocinador jurisdiccional de los intereses públicos.

5.1.4 Finalidad de la facultad contralora de la PGE

La facultad de control administrativo de la PGE sobre los contratos administrativos tiene por finalidad el prevenir, advertir y observar que los actos y procedimientos preparatorios, precontractuales, suscripción del contrato, su ejecución y liquidación cumplan las disposiciones previstas en la norma legal que rige para la contratación pública, y que se sujeten a los sistemas de planificación y presupuestos del Estado.

La supervisión de que en los procesos de contratación se haya promocionado la participación mayoritaria de ofertas dentro del marco de la competitividad y que los requisitos exigidos en los pliegos guarden relación con la realidad tecnológica y profesional nacional y se adecúen a la naturaleza de la contratación, son otras de las finalidades de la función contralora, a las que se añaden las de verificar que las contrataciones busquen la realización de los objetivos de la contratación pública del Estado ecuatoriano, que se optimicen los recursos públicos y que las autoridades, servidores, contratante y contratista hayan procedido con transparencia, oportunidad, agilidad, igualdad, publicidad, participación nacional, efectividad y eficacia en la ejecución de la contratación.⁶⁵

De esta manera, la finalidad de las competencias contraloras de la PGE se traduce en ejecutar una completa auditoria jurídica a los contratos administrativos, la cual se materializa a través de una serie de análisis y verificaciones técnicas de control de los procedimientos contractuales públicos, que han de fundarse, en todos los casos, en la normativa que para tales efectos ha sido emitida.

⁶⁵ Procurador General del Estado, Resolución No. 008, Políticas administrativas para la gestión de la Dirección Nacional de Contratación Especial y Dirección Nacional de Contratación Pública, en el ejercicio del control de los actos y contratos, asesoramiento legal a las entidades, empresas y organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos y capacitación en la normativa aplicable a la contratación del Estado, artículo 1.6.



5.2. Procedimiento

El procedimiento para el ejercicio de la facultad contralora de los contratos administrativos, competencia de la PGE, se encuentra previsto por la Resolución No. 008 de 2011 y la Resolución No. 011 de 2019, emitida esta última por el Dr. Íñigo Salvador Crespo, Procurador General del Estado, a tales efectos.⁶⁶ A continuación se expone un esquema procedimental del control administrativo de la PGE sobre la contratación pública, acorde a los mandatos de la normativa citada.

a) Temporalidad del control

Considerando lo previsto en la Disposición General Séptima de la LOPGE y la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 del Servicio Nacional de Contratación Pública,⁶⁷ las fases de un procedimiento de contratación pública en las cuales la PGE puede realizar controles administrativos son tres:

Fase preparatoria: Fase de la contratación pública que incluye: la elaboración y modificación del plan anual de contrataciones, la elaboración de estudios de mercado, elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia, elaboración del presupuesto referencial y emisión de certificación presupuestaria, elaboración de estudios, elaboración y aprobación de pliegos, conformación de la comisión técnica u otorgamiento de delegación, y toda actividad hasta antes de la publicación del procedimiento en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Fase precontractual: Fase de la contratación pública que se inicia con la publicación del procedimiento en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública; etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificación de condiciones contractuales o de pliegos y cancelación del procedimiento; etapa de recepción, apertura, convalidación de errores, verificación, y calificación de ofertas; informe de la comisión técnica o del delgado; resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto; y todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación.

Fase contractual: Fase de la contratación pública que incluye todas las actuaciones para la formalización y ejecución del contrato, incluyendo su suscripción y registro en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública;

⁶⁶ Procurador General del Estado, Resolución No. 011, Registro Oficial No. 397, 2 de enero de 2019.

⁶⁷ Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, 31 de agosto de 2016.

la administración de la ejecución contractual, incluidos los registros de entregas parciales en caso de haberlas, presentación y pago de planillas, según el objeto de contratación y las actas de entrega-recepción provisionales y definitivas, según corresponda, además de la liquidación de los contratos en cualquiera de sus formas y la finalización del procedimiento. En caso de ser pertinente la realización de órdenes de trabajo, órdenes de cambio y contratos complementarios cubriendo la totalidad de los eventos.

b) Origen del control

El control se podrá iniciar por:

- › Plan Anual de Control de la PGE;
- › Por oficio, dispuesto por la máxima autoridad de la PGE o su delegado, en aplicación de las atribuciones constitucionales;
- › A petición de las funciones del Estado, entidades gubernamentales u otros organismos;
- › Iniciativa de la entidad contratante;
- › Denuncias, solicitudes, información de la ciudadanía, medios de comunicación, entre otros. (Res. 008, artículo 1.3)

c) Planificación del control legal de procedimientos de contratación

La actividad de control es planificada, a fin de asegurar y actualizar el conocimiento y comprensión del entorno en que se desarrolla la entidad a controlar, y poder evaluar, así, el nivel de riesgo, las áreas críticas, potenciales observaciones y programar la naturaleza, oportunidad y alcance de los procedimientos a aplicar. Incluirá:

- › Caso sujeto a control;
- › Proceso y procedimiento de contratación;
- › Objeto de la verificación con la determinación del motivo y período;
- › Conocimiento de las actividades que ejecuta la entidad a controlar;

- › Determinación de la estructura organizativa de la entidad y sus autoridades;
- › Identificación de funcionarios participes en el proceso sujeto a control y sus competencias;
- › Disposiciones legales vigentes y aplicables al caso;
- › Construcción de instrumentos de trabajo (cuadros de registro);
- › Desarrollo del control legal; y,
- › Conclusiones y recomendaciones. (Res. 008, artículo 1.4)

d) Lugar del control

La verificación puede hacerse dentro de la Procuraduría General del Estado (internamente) o en la institución contratante (in situ).

La recolección y estudio de la información será registrada y documentada en una Matriz de Control, la misma que será flexible y contendrá las evidencias, documentación, aclaraciones, información solicitada y proporcionada sobre el caso, observaciones y comparación con la normativa legal. Este instrumento de trabajo deberá ser permanentemente actualizado. (Res. 008, artículo 1.4)

e) El programa de control y el cronograma de gestión

En cada caso concreto se atenderá un programa de control, que constituye un procedimiento secuencial y ordenado de los pasos a ejecutarse, su alcance, el personal y el momento en el que deberán ser aplicados; con el fin de obtener evidencia competente, suficiente y relevante, necesaria para alcanzar el logro de los objetivos del control.

El programa de control se materializará en el cronograma de gestión, el que permitirá conocer la duración aproximada del control y de cada procedimiento. El cronograma de gestión contendrá la determinación de:

- › Desarrollo del control legal: Inicio del control, ejecución del control, validación del control, observaciones y aprobaciones y salida;
- › Instrumentos de trabajo: Cuadro de planificación, matriz de control, cuadro resumen e informe;

- › Recursos de personal y especialistas en caso necesario;
- › Directivos y funcionarios de la entidad controlada, relacionados al caso;
- › Normativa y políticas aplicables; y,
- › Presupuesto de tiempo. (Res. 008, artículo 1.5)

f) Comunicación para descargos

En plena observancia del artículo 76.7.a de la Constitución, durante la ejecución del control, debe notificarse de todas las actuaciones a las personas comprendidas en los procesos que se controla, estén o no prestando servicios en la entidad, a fin de que, en un plazo fijado, presenten sus aclaraciones, criterios, documentación pertinente para su evaluación y consideración en el informe y, de ser el caso, facilitar la adopción oportuna de acciones correctivas. (Res. 008, artículo 1.7)

g) Observaciones preliminares

Ejecutado el control se emitirá un documento que contendrá las observaciones preliminares sobre las presuntas deficiencias o potenciales irregularidades identificadas en el procedimiento de control. Las observaciones considerarán los siguientes contenidos:

- › Condición: Situación o hecho detectado;
- › Criterio: Norma, disposición o parámetro de medición transgredido;
- › Efecto: Resultado adverso o riesgo potencial identificado; y,
- › Causa: Razón que motivó el hecho o incumplimiento.

En las observaciones preliminares se considerarán la materialidad e importancia relativa, el nexo entre los hechos detectados y la persona a la que se le atribuye el hecho. Las aclaraciones, criterios y pronunciamientos presentados por los funcionarios auditados en el proceso de control serán debidamente evaluados por la Dirección a cargo del control, poniendo énfasis en la relación con los juicios formulados y la nueva documentación revisada y no incluida durante el control. (Res. 008, artículo 1.8)

h) Informe de control

El informe es el documento escrito que contiene el resultado final del trabajo, fundamentado en las evidencias obtenidas durante el control y la aplicación normativa; contiene las observaciones, conclusiones, recomendaciones a los funcionarios de la entidad controlada y estamentos de control pertinentes.

Los informes que se emitan deben estar debidamente motivados, conforme lo prevé el artículo 76.7.1 de la Constitución, y se caracterizarán por la verificación de la conformidad de una situación jurídica a una norma, así como por la concisión, exactitud y objetividad al exponer los hechos. En ellos se deberá señalar claramente las modificaciones, enmiendas o correcciones que debe implementar la entidad, ya sea para el caso materia del control o para procesos posteriores.

De conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se podrá pedir la nulidad del contrato de ocurrir los presupuestos que al efecto contiene la citada ley. Cuando fuere pertinente, los informes de control legal que emita la Procuraduría General del Estado serán remitidos a la Contraloría General del Estado, en aplicación del Art. 80 de su Ley Orgánica. (Res. 008, artículo 1.10)



5.3. Defensa jurídica del Estado a través del control de legalidad de actos y contratos

La PGE ejerce el control de legalidad a los actos y contratos que suscriban las entidades y organismos del sector público, el cual se orienta a la prevención de incumplimientos normativos en el ámbito de la contratación administrativa; es decir, además de ser una atribución constitucional, constituye una estrategia en la defensa jurídica del Estado por medio de la promoción de procedimientos enmarcados en las normas y principios que rigen la materia.

Como se indicó en el numeral anterior, el control podrá iniciar por: Plan Anual de Control, que se construye con base a criterios objetivos de selección de casos; de oficio; a petición de alguna de las funciones del Estado, entidades gubernamentales u otros organismos; iniciativa de la entidad contratante; denuncias propuestas por las mismas entidades contratantes, ciudadanía en general o medios de comunicación⁶⁸, que

⁶⁸ Artículo 1, numeral 3 de la Resolución Administrativa No. 8, de la PGE, publicada en el Registro Oficial 460 de 01 de junio de 2011.

se reciben en el edificio matriz o en las Direcciones Regionales⁶⁹ a través de la oficina de Documentación y Archivo, en donde se ingresa el caso al sistema de gestión de trámites y se lo redirecciona al destinatario final.

El desarrollo del control legal está a cargo de la Dirección Nacional de Control de la Legalidad de Contratos (DNCLC o la Dirección) organizada en dos subdirecciones: Contratación Pública, que se encarga de aquellas contrataciones realizadas por las entidades que conforman las funciones del Estado y gobiernos autónomos descentralizados; y Contratación especial, que analiza los procedimientos llevados a cabo por empresas públicas y las relacionadas a los sectores estratégicos.

Al recibirse una solicitud de control, denuncia, o elegirse un caso de oficio, se identifica la entidad contratante, el objeto de la contratación, tipo de procedimiento y demás generalidades del caso, a fin de encaminar su tratamiento a la Subdirección que corresponda; y, posteriormente, designar al profesional que se encargará de su análisis.

Al respecto, cabe resaltar que la Dirección dispone de un grupo solvente y especializado de abogados; evidencia de esto es que la mayoría de ellos (90 %) cuenta con titulación de cuarto nivel y/o experticia en campos específicos, como hidrocarburos, eléctrico, gobiernos seccionales, etc.

5.3.1. Control de la legalidad de procedimientos de contratación pública

El procedimiento y actividades que constituyen el control de legalidad de procedimientos de contratación estatal se desarrollan en el término máximo de 180 días⁷⁰ y se describen a continuación:

Fase I. Del análisis previo y autorización

Con una duración máxima de 90 días, abarca las siguientes actividades:

- ◆ **Recolección de información y documentación:** A través de la revisión del Portal Institucional del SERCOP y de la solicitud, por escrito, a las entidades contratantes u otras que dispongan información de interés para el caso en análisis. Para ello,

⁶⁹ En el contexto de la crisis sanitaria mundial generada por el COVID-19 se habilitó la dirección electrónica secretaria_general@pge.gob.ec para la recepción de toda la documentación que se ingrese a la institución.

⁷⁰ El término de 180 días puede variar dependiendo de la complejidad de caso analizado, volumen de la documentación estudiada o de la carga de trabajo del abogado especialista. De todas formas, cualquier prórroga debe darse conforme lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Resolución 11 de 3 de diciembre de 2018, emitida por el Procurador General del Estado.

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, letra g), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se concede el término de 10 días para su envío, tiempo que es susceptible de prórroga, en caso de que la institución a la que se le solicita lo requiera.

Adicionalmente, es importante señalar que en todos los casos se genera un pedido a Contraloría General del Estado para que informe si ha efectuado acciones de control a la contratación que se analiza, en cuyo caso se archiva el expediente. Por otro lado, si no lo ha hecho o dichas acciones se encuentran ejecutándose, se continua con el trámite de control de legalidad.

- ◆ Construcción de la matriz de control: Esta herramienta consta de 4 columnas, en las cuales se identifican los actos administrativos o de simple administración que debió efectuar la entidad en cada fase, dependiendo del tipo de procedimiento, se registra luego la normativa aplicable a cada uno de ellos (deber ser), se anotan las actuaciones generadas por la entidad (ser), y, finalmente, las observaciones o incumplimientos producto de la inferencia de las columnas anteriores, de existir.

La utilización de la matriz es esencial para el desarrollo de una labor de control técnica, ordenada, minuciosa y objetiva; además, permite la identificación y análisis de los problemas jurídicos existentes en las contrataciones.

- ◆ Solicitud de inicio de control o archivo: Utilizando como argumento las observaciones y evidencias recogidas en la matriz, hasta los 80 días de esta etapa, se debe solicitar al señor Procurador General del Estado o su delegado autorice: a) el inicio de control, lo cual se notifica a la Contraloría General del Estado y a la entidad contratante para que esta última ejerza su derecho a la legítima defensa, precautelando así el cumplimiento del debido proceso a través de la observancia del derecho aludido; o b), el archivo: cuando luego de un análisis pormenorizado no se encontraron inobservancias a la normativa que motiven pasar a la fase II.

Fase II. De la elaboración del informe de control legal

Una vez autorizado y notificado el inicio de control, conforme lo explicado anteriormente, se procede a la elaboración del informe correspondiente, oficios y demás documentos de trabajo que son revisados y corregidos por las Subdirectoras y Director, para lo cual se dispone del término máximo de 60 días, susceptibles de prórroga, de conformidad a lo dispuesto en la Resolución 11 de 3 de diciembre de 2018.

Los informes emitidos guardan una estructura amigable y son expresados en lenguaje sencillo, para facilitar su lectura a los servidores públicos en general y no solo

a aquellos que conforman la entidad controlada, pues, como se expresó, la labor de control de legalidad no tiene la finalidad de generar sanciones, dado que la PGE carece de competencia para hacerlo, sino que se pretende prevenir los incumplimientos y omisiones en los procedimientos de contratación pública.

Fase III. De la aprobación del informe de control legal

Una vez generado el informe en la DNCLC, este se envía al despacho del señor Procurador General del Estado o su delegado para su revisión, aprobación y suscripción final. Toda revisión o corrección a dicho informe se realiza en el término máximo de los 30 días que dura esta fase.

Una vez suscrito el Informe de Control Legal y los oficios de notificación, este se remite a la Contraloría General del Estado, a la entidad contratante y, de ser necesario, a otras instancias.

5.3.2. Control de la legalidad de actos administrativos

El control de actos administrativos se origina por solicitud de una entidad del Estado o por denuncia; y, para mantener coherencia con el control legal de los procedimientos de contratación pública, el Informe se ha desarrollado en el término máximo de 180 días, respetando en su desarrollo, los derechos y garantías constitucionales de los peticionarios y de terceros.

Es importante recalcar que se concede a las entidades absoluta libertad de, en cualquier momento, proporcionar la información adicional que consideren relevante e inclusive se realizan reuniones, actualmente de forma virtual, para que expongan sus criterios. Dicha información y criterios son tomados en cuenta en el correspondiente análisis.



5.4. Caso paradigma

El Dr. Íñigo Salvador Crespo, Procurador General del Estado, mediante nota manuscrita de 25 de septiembre de 2019, inserta en el memorando interno No. 104-DNCLC-2019, aprobó los parámetros de selección para iniciar el control de legalidad de los casos notificados por el Servicio Nacional de Contratación Pública a la PGE, en relación a diversas inobservancias a la ley por parte de entidades del sector público, entre los que se encontraba la Licitación de Obra signado con el código LICO-HGPT-VC-03-2018, llevado adelante por el Gobierno Autónomo Descentralizado de la

Provincia de Tungurahua, cuyo objeto fue la construcción del asfaltado de la vía Tiliví-Límite provincial, cantón Ambato, con un presupuesto referencial de USD 1.946.832,12 (sin incluir IVA).

Luego de obtener la información del portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública y la información requerida y remitida por la entidad contratante, la actividad de control comprendió la verificación y revisión de la actividad administrativa correspondiente a las fases: preparatoria, precontractual y contractual, hasta la suscripción del contrato y el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y resolutivas vigentes, así como los principios de contratación del Estado con el fin de precautar el interés público y la seguridad jurídica.

Como resultado de la actividad de control efectuada, se identificaron varias inobservancias a la normativa y se generaron las correspondientes recomendaciones, las cuales tienen por objeto motivar acciones preventivas para futuras contrataciones por parte de las entidades públicas. Tales recomendaciones fueron:

- a.** La Comisión Técnica para los procedimientos de licitación de obras debe contar con el Director Financiero y el Director Jurídico o sus respectivos delegados, con derecho a voz pero sin voto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 párrafo cuarto del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación.
- b.** La máxima autoridad de la entidad contratante, en la resolución de aprobación de pliego, debe también disponer el inicio del procedimiento.
- c.** La máxima autoridad de la entidad contratante debe considerar el artículo 116 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a efectos de contabilizar el plazo de ejecución del contrato.
- d.** En el cronograma del procedimiento deben cumplirse los términos dispuestos para la etapa de preguntas y respuestas, y para la entrega de ofertas, previstos en los artículos 299 y 300.1 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP.

e. En el pliego de los procedimientos de licitación de obras se debe observar lo dispuesto en el artículo 35, párrafo primero de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública; es decir que el compromiso de asociación o consorcio debe constar en documento privado suscrito por sus partícipes, lo cual debe ser considerado por la Comisión Técnica al momento de evaluar las ofertas.

f. En la elaboración del pliego de un procedimiento de licitación de obras se deben considerar los porcentajes que constan en el cuadro de experiencia general y específica mínima requerida para procedimientos de contratación de Régimen Común, cuya reforma consta en la Resolución No. RE-SERCOP-2018-000093 de 16 de octubre de 2018.

g. Publicar en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública toda la información relevante de cada procedimiento de contratación pública, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

h. Una vez suscritos los contratos sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, publicarlos en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, en el término máximo de cinco días.

Este organismo de control solicitó a la entidad contratante informar sobre las acciones adoptadas respecto de las recomendaciones contenidas en el informe de control. Así, mediante oficio No. 0636 de 16 de septiembre de 2020, ingresado a la PGE el mismo día con el número 07655-2020-AD-IS, relacionado con el Informe de Control Legal del procedimiento de Licitación de Obras LICO-HGPT-VC-03-2018 para la construcción del asfaltado de la vía Tiliví-Límite provincial, cantón Ambato, el Prefecto del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Tungurahua informó a esta entidad de control las acciones que se han ejecutado en torno a las observaciones y recomendaciones efectuadas, entre las que constan:

1. La creación de la Unidad de Compras Públicas, dentro de la Dirección Financiera, como órgano administrativo especializado en materia de contratación pública, encargado de impulsar y tramitar

las diferentes contrataciones que en ejercicio de sus competencias y facultades realiza el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Tungurahua.

2. Se ha puesto en conocimiento de los diferentes Directores Departamentales el Informe de Control Legal, disponiendo el cumplimiento de las recomendaciones formuladas.

3. La Dirección Financiera del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Tungurahua ha generado reuniones de trabajo con las diferentes Direcciones Departamentales a fin de unificar los procedimientos para la ejecución de procesos contables, presupuestarios y de contratación pública; se ha elaborado un instructivo para la aplicación de los diversos de los procesos de compras públicas y se ha efectuado una capacitación en materia de contratación pública dirigida a funcionarios y servidores de la Dirección Financiera.

A través de este caso paradigma se confirma la importancia práctica de la facultad contralora de la PGE respecto de los contratos administrativos, donde la actividad coordinada con otras entidades públicas, como el Servicio Nacional de Contratación Pública, culmina en el mejoramiento de la gestión pública de un gobierno autónomo descentralizado, además de una actividad pública apegada a los mandatos normativos relativos a lo contractual.

Fuentes

Normativas

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril de 2004.

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 de 22 de julio del 2008.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 008, Políticas administrativas para la gestión de la Dirección Nacional de Contratación Especial y Dirección Nacional de Contratación Pública, en el ejercicio del control de los actos y contratos, asesoramiento legal a las entidades, empresas y organismos del sector público y personas jurídicas de Derecho privado que dispongan de*

recursos públicos y capacitación en la normativa aplicable a la contratación del Estado, Registro Oficial No.460, 01 de junio del 2011.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 094, Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial Edición Especial No. 63 de 29 de octubre de 2013

Procurador General del Estado, *Resolución No. 011*, Registro Oficial No. 397, 2 de enero de 2019.

Servicio Nacional de Contratación Pública, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, 31 de agosto de 2016.

.....

Bibliográficas

Antúnez Sánchez, Alcides, “El control administrativo”, en *Revista Misión Jurídica*, vol. X, núm. 12 (Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2017).

Chiliquinga Castillo, Leónidas, *El papel de la Procuraduría General del Estado en la nueva estructura estatal* (Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014).

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Derecho Público –Administrativo, Constitucional, Fiscal–* (Buenos Aires: Editorial ASTREA, 1981).

Granda Aguilar, Víctor, *El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016).

Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998).

SALVADOR AYALA, Sofia, *El ejercicio de la potestad de control en la fase precontractual de los procedimientos de contratación pública* (Quito; Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019).



6

MEDIACIÓN



6.1. Ámbito conceptual

6.1.1. Antecedentes históricos

Desde la antigüedad, la mediación, como método para la solución de conflictos a través de la participación de una tercera persona neutral y colectivamente valorada, ha sido una práctica constante en las diversas comunidades, sociedades y culturas.⁷¹ En la Atenas clásica, los *Thesmotetas* realizaban una labor disuasiva respecto de las intenciones litigiosas de los ciudadanos, buscando avenir a las partes del posible proceso para que solucionen directamente el conflicto. A estos acuerdos ya se les otorgan fuerza de sentencia. En Roma, desde la Ley de las XII Tablas –Tav. 1.6: *Rem ubi pacunt, orato*– el pacto o la transacción representaron una forma de acuerdo de autocomposición amistoso que tenía lugar entre ofendido y ofensor al accionar un proceso ante el Pretor; renunciaban, a través de ese acuerdo, al juicio que se estaba preparando. Es decir, la renuncia a las pretensiones mutuas y la construcción del acuerdo era el objetivo que, además, ponía fin al conflicto –el Pretor actuaba en esta fase como un facilitador–.⁷²

En época medieval, en los reinos de Castilla y León, apareció la figura del *pacis adsertor* o pacificador, un funcionario de la corona encargado de buscar la avenencia entre personas en conflicto, una figura muy cercana al juez de paz. Durante la Edad Moderna, la mediación también se utilizó en el ámbito del Derecho Internacional, debido a la importancia del establecimiento de relaciones y al respeto de los pactos basados

71 Carolina Macho Gómez, “Origen y evolución de la mediación: El nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, No. 3 (Madrid: Ministerio de Justicia, 2014), 933.

72 Carmen Lázaro Guillamón, “La transacción romana y el actual acuerdo de mediación”, en *Studia Prawnoustrojowe*, No. 25 (Olsztyn: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, 2014), 173.

en la autoridad, respeto siempre difícil de conseguir en este ámbito del derecho. La coactividad/coercitividad de las normas es de complicado cumplimiento debido a la soberanía de los países, y es muy difícil establecer vínculos de obligación que no se basen en la fuerza bruta o en la convicción asumida por respeto a la autoridad reconocida. En la Edad Moderna, la justicia entre los Estados sólo se podía acordar a través de los buenos oficios, el arbitraje y la mediación.⁷³

En Francia, la conciliación fue establecida por la Asamblea Nacional en las leyes del 6 y del 24 de agosto de 1790. Operaba como una etapa previa al nacimiento del proceso civil, ante una oficina llamada *Bureau de país et de conciliation*. A inicios del siglo XIX, respecto de España y sus territorios ultramarinos, la Constitución de Cádiz de 1812 establecía la conciliación como un mecanismo de solución de controversias entre particulares. De esta manera, se declara la conciliación obligatoria y previa a todo juicio. Sin el intento conciliatorio no se podía entablar proceso civil y penal sin injuria, aunque en la fase resultase infructuosa.⁷⁴ La conciliación, bajo el entendimiento de etapa procesal de obligatoria observancia, también se encontró prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil ecuatoriana de 1931.

Ahora bien, es a inicios del siglo XX el momento en el que se puede afirmar que aparece la mediación en su entendimiento contemporáneo, esto es, como medio de solución de conflictos, alternativa a la conciliación administrada por el poder judicial. Este mecanismo comenzó a emplearse como tal en el ámbito laboral durante la década de los treinta en los Estados Unidos de América. Posteriormente, en los años sesenta, la mediación empezaría a extenderse a otras áreas, primero a la civil y comercial, y, en segundo lugar, a la familiar. Todos estos acontecimientos supusieron la base para el nacimiento del denominado Movimiento ADR –*alternative dispute resolution*–, el cual pronto se reflejó en distintas leyes.

En el Ecuador, importantes hitos de la mediación pueden ser identificados en la Ley de arbitraje comercial de 1963, en el Código del Trabajo de 1991 –que incorporó la mediación laboral–, así como en la Constitución de 1996, cuyo artículo 118 reconoció expresamente la validez y vigencia de los métodos alternativos para la solución de controversias. Finalmente, en 1997, con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación⁷⁵, se regularon con carácter general los procedimientos y efectos de estos mecanismos, y se los puso en valor frente al proceso judicial y a la heterocomposición que, hasta entonces, mantenían un indiscutido predominio.

73 Santiago Miranzo de Mateo, “Origen y evolución del concepto mediación”, en *Revista de Mediación*, No. 5 (Madrid: Universidad Carlos III, 2010), 9.

74 José Fernando Merino Merchán, “La Constitución de 1812 y el arbitraje”, en *Revista de las Cortes Generales*, No. 85 (Madrid: Congreso de los Diputados, 2012), 31 y ss.

75 Congreso de la República del Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial No. 145, 4 de septiembre de 1997.

6.1.2. La mediación como procedimiento alternativo de solución de controversias

Un conflicto es una confrontación entre dos o más personas que resulta de la incompatibilidad de sus posiciones, de tal modo que cada uno presenta una pretensión contrapuesta. Tradicionalmente, la única forma que se consideraba para solucionar dicha controversia era el proceso judicial, en virtud del cual, por medio de una sentencia, se determinaba su solución. Acudir a la vía jurisdiccional siempre ha involucrado un proceso cuya duración ha sido larga en el tiempo, debido a una serie de motivos tales como las formalidades del trámite y el elevado número de causas pendientes de resolución; lo que da como resultado la saturación del sistema judicial y, en consecuencia, la antes señalada dilación de la administración de justicia.⁷⁶

Por esta desfavorable situación de la función judicial, se vio la necesidad de encontrar otras opciones mediante las cuales las personas resuelvan sus controversias y no vean como la única opción el proceso judicial. En este sentido, los Estados –iniciando por Estados Unidos de América– propugnaron por la implementación en el ordenamiento jurídico de los medios alternativos para la solución de conflictos. De tal modo, se denominan alternativos porque se presentan como opción al proceso judicial, es decir son procedimientos extrajudiciales de resolución de las controversias.⁷⁷

Uno de los paradigmas de estos métodos es la mediación, la cual constituye un procedimiento alternativo de solución de controversias entre dos o más personas, caracterizado por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial respecto de las partes en conflicto que aceptan que las apoye en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley.⁷⁸ El tercero, que es llamado mediador, no toma decisiones por las partes, sino que facilita su comunicación a través de un procedimiento metodológico, tomando en cuenta sus pretensiones y posiciones y centrándose en las verdaderas necesidades e intereses de las partes para lograr su avenimiento, de tal forma que se pueda lograr un fin pacífico a la controversia.⁷⁹

La mediación es un proceso no adversarial, organizado por etapas a través del diálogo entre las partes de un conflicto, permitiéndoles, de esta manera, confrontar propositivamente sus puntos de vista y buscar, con la ayuda del mediador, una solución al conflicto que les opone. El mediador es un facilitador que estimula a las partes a

76 Carlos Peña Gonzáles, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos” en *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997), 37.

77 Marta Gonzalo Quiroga, “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general” en Marta Gonzalo Quiroga, dir., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (Madrid: DIKYNSON, 2006), 27.

78 Francisco Puy Muñoz, “La expresión «mediación jurídica»”, en Helena Sotelo Muñoz (Coord.), *Mediación y solución de conflictos* (Madrid: Tecnos, 2017), 21.

79 Dirección Nacional del Centro de Mediación PGE, *Manual operativo del Centro de Mediación PGE* (Quito: PGE, 2007), 2.

que logren un acuerdo; este no tiene ni autoridad ni poder sobre ellas, puesto que no está ahí sino por voluntad de las partes. Este tercero no es ni juez ni negociador, sí un planificador creativo. En la mediación participa un tercero neutral e imparcial que ayuda a las partes a negociar cuestiones, no necesariamente jurídicas, para llegar a un resultado mutuamente aceptable.⁸⁰

Los principios básicos de la mediación son: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, autocomposición, buena fe, transigibilidad de la materia y carácter definitivo. La voluntariedad en el proceso de mediación es esencial, pues las partes son libres, en primer lugar, para decidir someterse a esta forma de solución de conflictos, desistir en cualquier momento –lo cual también puede hacerlo el mediador–, y adoptar la solución que ellos consideren mejor. La imparcialidad se refiere a que el mediador debe tratar objetivamente al conflicto para identificar los intereses y necesidades de los implicados. De tal modo, si el mediador presenta algún interés en el objeto del conflicto o tiene algún parentesco, afinidad o enemistad con una de las partes, se debe excusar y remitirlas a otro mediador. La neutralidad hace referencia a que, en el proceso de mediación, el mediador debe llevar a cabo su tarea prescindiendo de sus propios valores y principios, sin orientar a las partes intervinientes hacia soluciones presididas por tales principios, sino respetando estrictamente los valores de cada una de ellas; en otras palabras, es una persona neutral que no se orienta a ninguna de las partes de un conflicto. La confidencialidad dispone que la información proporcionada durante las sesiones de la mediación y todo lo que en el procedimiento ocurra no debe ser divulgado, es totalmente privado, por lo que ni el mediador ni las partes pueden revelar o hacer público ningún dato proveído, salvo que exista su consentimiento.⁸¹

La autocomposición implica que en la mediación son las partes, no el mediador, quienes formulan las propuestas de solución y finalmente quienes definen los términos del acuerdo. El principio de buena fe es uno de los generales del Derecho, según el cual las partes deben mostrar honestidad y lealtad en sus actuaciones; su actuar debe ir encaminado a la tutela del Derecho, y en el caso de la mediación, debe estar orientado a encontrar una solución que satisfaga los intereses de las dos partes. También las partes deben actuar de manera correcta y honesta al momento de cumplir lo acordado, sin crear obstáculos o dilatar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el acuerdo.⁸² La transigibilidad de la materia significa que el objeto de la controversia, dentro de las leyes, esté en posibilidad de solucionarse a través de la negociación y decisión libre de las partes. La materia transigible son asuntos, temas, conflictos respecto de los cuales sea

80 Gladys Stella Álvarez, “Diferencias entre conciliación y mediación”, en *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997), 82.

81 Lucía García, *Mediación: Prevención y alternativa al litigio* (Madrid: Dykinson, 2003), 135-50. Martha Liliana Suárez Romero, *La mediación como procedimiento alternativo de solución de controversias en la contratación pública* (Quito: USB-E, 2017), 26-29.

82 Mario Schilling, *Manual de Mediación* (Santiago de Chile: Cuatro Vientos, 2002), 23-6.

posible transar, esto es, que las personas puedan disponer de estos. En general, se refiere a asuntos particulares de interés privado. Existen ciertas prohibiciones o exclusiones en materia transigible, por ejemplo, el estado civil de las personas y típicamente la materia penal ha sido tratada como no transigible, porque no se acepta la idea de que se pueda transigir sobre el delito cometido o la pena a imponerse.⁸³ Finalmente, en el caso de que a través de la mediación las partes hayan arribado a una solución del conflicto, dicha solución tendrá el carácter de definitivo, esto es, los acuerdos a los que se haya arribado tendrán la validez jurídica de una sentencia ejecutoriada e idénticos efectos que esta.⁸⁴

6.1.3. La mediación administrada por la PGE

Con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997, se habilitó la creación de Centros que administrasen los procedimientos de mediación establecidos por la Ley. La PGE, consciente de la importancia de difundir este método alternativo de solución de conflictos en casos en los que estuviesen involucradas entidades del sector público y, considerando la previsión del artículo 11 de la LOPGE que habilitaba a los organismos y entidades del sector público a someterse a procedimientos de mediación nacional, decidió organizar su propio Centro e institucionalizar a la mediación como uno de sus procesos misionales.

Así, el 27 de julio de 1999, el Centro de Mediación de la PGE obtuvo su primer registro en el entonces denominado Consejo Nacional de la Judicatura, de hecho, fue el cuarto centro de mediación en haber obtenido su registro a nivel nacional. La misión del Centro es promover la cultura de paz y la solución de controversias, optimizando los recursos públicos mediante la difusión y la conducción técnica de los procedimientos de mediación entre instituciones o empresas del sector público y personas naturales o jurídicas del sector privado. Desde entonces, el Centro de Mediación de la PGE ha venido prestando sus servicios de manera ininterrumpida en favor de una solución más ágil, rápida y económica de conflictos transigibles en los que se vean involucradas instituciones del Estado ecuatoriano.

La evolución normativa del marco regulatorio de las responsabilidades y actividades del Centro de Mediación de la PGE ha sido la siguiente: mediante Resolución No 037, del Procurador General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 158 de 29 de agosto de 2007, reformada mediante Resolución No. 093 de 12 de marzo de 2008, publicada en Registro Oficial No. 312 de 9 de Abril del 2008, se expidió el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado; mediante

83 Elizabeth Córdova Pontón, *Transigibilidad en el Derecho Ecuatoriano* (Samborondón: UEES, 2016), 15.

84 Mercedes de Prada y José María Carabante, *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica* (Madrid: Netbiblo, 2010), 172.

Resolución No. 57, publicada en el Registro Oficial No. 797, de 26 de septiembre de 2012, se expidió el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Mediación de la PGE. Mediante Resolución No. 37, publicada en el Registro Oficial No. 673, de 20 de enero de 2016, se expidió el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Mediación de la PGE que se encuentra hasta la actualidad vigente.

Gracias a su experiencia en la resolución de conflictos, el Centro ha sido reconocido a nivel nacional y, luego de más de dos décadas desde el inicio de sus actividades, cuenta con 10 oficinas a nivel nacional y 30 mediadores registrados. El Centro de Mediación de la PGE da tratamiento a conflictos en materias de lo Civil, Laboral Público y Privado, Mercantil, Societario, Familia, Tributario y Derechos Humanos, con especial énfasis en los temas de Contratación Pública y Derecho Administrativo. La solución de controversias con instituciones del Estado o casos de divergencia en el uso de recursos públicos, son las principales áreas de trabajo del Centro.

6.1.4. La materia transigible: requisito fundamental de la mediación

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación define a la mediación como un procedimiento para solución conflictos que recaigan en materia transigible. Este requisito adopta una relevancia aún mayor cuando nos referimos a un procedimiento de mediación donde se encuentra en conflicto una entidad del sector público, cuyos derechos e intereses, por regla general, resultan no transigibles. Considerando que la principal temática a la cual se dedica la mediación administrada por la PGE son temas de Contratación Pública y Derecho Administrativo, resulta necesario referirse a este particular.

Partimos del hecho que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley antes citada, pueden someterse al procedimiento de mediación, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir. De tal modo que las personas jurídicas de Derecho Público pueden hacer uso de la mediación para solucionar los conflictos que se susciten con otras entidades públicas o con particulares. Así lo dispone el tercer inciso del antes referido artículo: el Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva.

Ahora bien, ¿qué es lo que puede transigir el sector público y qué no? Las potestades y facultades públicas, así como su ejercicio, no son materia susceptible de transacción, pues ellas son una manifestación de la soberanía encargada por la población al Estado, lo cual las vuelve irrenunciables. Tampoco cabe la revisión de los actos administrativos por medio de la conciliación o mediación, pues ello entraría en pugna con la prerrogativa estatal de la creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales, es decir, la facultad de crear vínculos jurídicos por medio de los actos de la administración. De igual manera, no es

posible la mediación sobre las prerrogativas públicas relativas a la ejecución de los contratos administrativos, es decir, sobre las cláusulas que versan básicamente sobre la dirección y control que la Administración Pública ejerce en el cumplimiento del contrato; la modificación unilateral o *potestas variandi*; la potestad sancionadora; y la ejecución directa del contrato.⁸⁵

Pueden sí ser materia de transacción y, consecuentemente, de mediación ciertos efectos de un acto o contrato administrativo. En efecto, es posible mediar sobre los efectos del acto administrativo y no sobre la legalidad del mismo. No existe discusión sobre la competencia de la Administración Pública para emitir actos administrativos, hacerlo sería admitir que no se está frente al poder estatal, manifestado a través de sus órganos, investidos en sus actos de presunción de legalidad; hacerlo sería estar frente a la inexistencia del ordenamiento jurídico y del poder de imperio del Estado. En cambio, los efectos de dichos actos bien pueden ser objeto de controversia, es decir, a manera de ejemplo, no está en discusión la facultad de la administración para imponer multas al contratista incumplido, mas sí el cálculo de ellas.⁸⁶ Ciertamente lo aquí afirmado tendrá una dinámica propia dependiendo de la materia específica de la que se trate, pues la materia tributaria en Ecuador, por ejemplo, no puede ajustarse a estos postulados, ya que los efectos de su actuación son eminentemente patrimoniales y respecto de ellos, en la generalidad de los casos, no cabe transacción alguna, puesto que ello supondría el detrimento de la potestad impositiva tal como se encuentra actualmente concebido el sistema tributario nacional.



6.2. Procedimiento

El procedimiento para llevar a cabo una mediación ante el Centro de Mediación de la PGE se encuentra previsto por su Reglamento, emitido mediante Resolución No. 037 de fecha 22 de diciembre de 2015, del Procurador General del Estado.⁸⁷ A continuación se expone el esquema procedimental de la mediación ante el Centro de Mediación de la PGE, acorde a los mandatos de la normativa citada.

a) Personas que pueden solicitar la realización de una mediación:

- › Personas jurídicas de Derecho Público, a través de sus máximas autoridades.
- › Personas jurídicas de Derecho Privado, a través de sus representantes legales.

⁸⁵ Felipe Aguilar Feijoó, *La materia transigible en la mediación del sector público* (Quito: UASB-E, 2008), 70-79.

⁸⁶ Héctor Romero Díaz, *La conciliación judicial y extrajudicial* (Bogotá: Legis, 2006), 167-168

⁸⁷ Procurador General del Estado, *Resolución No. 037, Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 673, 20 de enero de 2016.

- › Personas naturales legalmente capaces.
- › Un juez dentro de un proceso jurisdiccional donde las partes hubiesen aceptado someterse a mediación.
- › Un fiscal en temas de tránsito que no impliquen delitos (LAM, artículo 46. Res. 37, artículo 20).

b) Inicio del procedimiento

Para iniciar el procedimiento de mediación se requiere:

- › Solicitud de mediación escrita de ambas partes o de una de ellas, exista o no previo convenio de someter las controversias a mediación;
- › Derivación judicial o
- › Derivación del fiscal en temas de tránsito (LAM, artículo 46; Res. 37, artículo 20).

c) Solicitud de mediación:

La solicitud de mediación a ser presentada en el Centro de Mediación de la PGE deberá contener:

- › Nombres y apellidos de los solicitantes y la calidad en que comparecen;
- › Direcciones de las partes, números telefónicos, podrán incluir números de casilla judicial de los profesionales que los patrocinen, correo electrónico, etc.;
- › Un resumen de la naturaleza del conflicto susceptible de mediación;
- › Firma de los solicitantes y/o de su abogado patrocinador;
- › Nombramiento del representante legal del solicitante, de ser el caso;
- › Otros documentos relacionados con el conflicto, tales como: contratos, informes, partidas de nacimiento, etc.; y delegación, poder o procuración judicial;

- › De tratarse de un caso con el sector público, una declaración de que existe o no un proceso administrativo, arbitral o judicial pendiente, así como examen especial de la Contraloría General del Estado que incluya los detalles del o los procesos (LAM, artículo 45. Res. 37, artículo 21).

d) Presentación de la solicitud de mediación

La solicitud de mediación deberá ser presentada en la secretaría del Centro de Mediación, para lo cual se dejará constancia de la fecha, hora de ingreso y la firma de responsabilidad del funcionario que la recibe.

e) Admisión

Presentada la solicitud, corresponde al Director del Centro evaluar la admisibilidad del caso. Si la solicitud cumple con los requisitos antes referidos se dispondrá el inicio al expediente del caso. Si la solicitud no cumple con tales requisitos, el Director del Centro requerirá al solicitante que la complete. Si de la petición se desprende que la controversia materia de la solicitud de mediación no versa sobre materia transigible, el Director del Centro la inadmitirá a trámite (Res. 37, artículo 22).

f) Designación del mediador

Con la apertura del expediente, el presidente del Centro o su delegado designará al mediador que intervendrá en el procedimiento. El mediador aceptará la designación o se excusará por escrito, según sea el caso, dentro del término de cuarenta y ocho horas. De no hacerlo, se dejará constancia y se procederá con la designación de un nuevo mediador. Designado el mediador, y en cualquier etapa del procedimiento, el Presidente o su delegado, de oficio o a petición de parte, podrá sustituirlo y designar a un nuevo mediador.

Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes. Además, por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación (LAM, artículo 49. Res. 37, artículo 23 y 24).

g) Convocatoria a audiencia de mediación

El mediador señalará día y hora a fin de que tenga lugar la audiencia de mediación, para lo cual convocará a las partes por escrito, notificando dicha convocatoria por

cualquier medio disponible. En la medida de lo posible, el mediador coordinará la fecha y hora de la audiencia previamente con las partes, atendiendo su disponibilidad. En caso de intervención de un organismo o entidad del sector público, se notificará obligatoriamente a la PGE, conforme lo dispuesto en la LOPGE (Res. 37, artículo 25).

h) Las audiencias de mediación

El mediador instalará la audiencia de mediación, en la que intervendrán las partes involucradas en el conflicto, por sus propios derechos o por medio de sus delegados o apoderados. El mediador convocará a tantas audiencias cuantas sean necesarias para alcanzar el acuerdo total o parcial, de ser posible. Las audiencias de mediación podrán ser conjuntas o privadas. Dentro de las audiencias, el mediador utilizará las técnicas y herramientas que considere útiles para el manejo del conflicto y la búsqueda de una solución a la controversia.

El mediador actuará de conformidad con los principios de neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, ética y respetando la voluntad de ambas partes. A las audiencias de mediación podrán asistir observadores con fines académicos y/o expertos neutrales, siempre que las partes y el Centro lo autoricen y suscriban un convenio de confidencialidad. Quienes participen en las audiencias dejarán constancia de su comparecencia en la hoja de registro de asistencia, proporcionada por el mediador, quien también firmará. Las audiencias de mediación y la suscripción del acta podrán efectuarse en las instalaciones del Centro de Mediación de la PGE o donde las partes convengan, con la presencia del mediador (Res. 37, artículos 26, 27 y 35).

i) Cierre del procedimiento

El procedimiento de mediación concluye con cualquiera de los siguientes instrumentos:

- › El acta de acuerdo total de mediación, cuando las partes han resuelto integralmente el conflicto.
- › El acta de acuerdo parcial de mediación, cuando las partes resuelvan parte del conflicto.
- › El acta de imposibilidad de acuerdo, cuando realizado el procedimiento de mediación las partes no han resuelto el conflicto.

- › La constancia de imposibilidad de mediación, cuando convocadas las partes, por dos ocasiones, unas de ellas o ambas no asistieren de manera consecutiva; o por falta de acreditación de los comparecientes.
- › La razón motivada sentada por el mediador, por causas no especificadas en los numerales anteriores (Res. 37, artículo 29).

j) Reapertura del procedimiento de mediación

Las partes, de mutuo acuerdo, podrán solicitar la reapertura de un procedimiento de mediación que haya concluido con cualquier documento de cierre. Si este proceso concluye con un acuerdo total o parcial se lo marginará en el documento de cierre anterior. Esto no requerirá de un nuevo procedimiento de mediación (Res. 37, artículo 36).



6.3. Defensa Jurídica del Estado a través de la Mediación

El Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado recibe anualmente centenares de solicitudes de mediación, las cuales se encuentran reflejadas en el Informe que cada año presenta el Procurador General del Estado en su rendición de cuentas. Las solicitudes ingresan a través de dos grandes grupos:

1) Las peticiones directas, que son aquellas que ingresan mediante petición de una o de ambas partes y que se refieren a las materias de:

- ◆ Contratación Pública. Esta es la materia con el mayor número de solicitudes ingresadas y en la que el Centro de Mediación se especializa; se trata de controversias que se han generado entre Instituciones Públicas o entre Instituciones Públicas y particulares;
- ◆ Administrativa,
- ◆ Civil,
- ◆ Inquilinato,
- ◆ Laboral, tanto público como privado,
- ◆ Mercantil,
- ◆ Societario,
- ◆ Niñez y Adolescencia
- ◆ Ambiental.

Por otra parte, se tramitan aquellos procesos que ingresan por derivaciones judiciales de todas las materias transigibles, siendo estas últimas un porcentaje pequeño en comparación con las peticiones directas. Dentro de estas tenemos además las derivaciones realizadas por la Fiscalía General del Estado en asuntos de tránsito en las que exista únicamente daño material.

El ingreso de las solicitudes de mediación se lo realiza directamente a las oficinas de planta central, mediante correo electrónico institucional, a través de la Secretaría General, que posteriormente envía los documentos a la Secretaría del Centro de Mediación a fin de que conozca el trámite el Director/a Nacional del Centro y posteriormente direcciona las solicitudes a los mediadores de planta central o de las direcciones regionales en donde se ofrece este servicio, tales como: Dirección Regional 1 ubicada en Guayas y que abarca el trabajo en las ciudades de Guayaquil, Machala, San Cristóbal, Santa Cruz, Babahoyo, Santa Elena y Quevedo; Dirección Regional de Loja, que abarca el trabajo en las ciudades de Loja y Zamora; Dirección Regional de Manabí que abarca el trabajo en la ciudad de Portoviejo; Dirección Regional de Chimborazo que abarca el trabajo en las ciudades de Riobamba y Ambato; y, la Dirección Regional de Azuay que abarca el trabajo en las ciudades de Cuenca, Azogues y Macas.

Una vez ingresada la solicitud de mediación, esta se tramita mediante el Sistema de Gestión de Trámites que permite contar con el registro y reportes sobre el estado y avance de cada proceso, desde su inicio hasta su culminación con el documento de cierre respectivo. El Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, una vez que ingresa la petición, realiza el manejo de los procesos de la siguiente manera:

a) Revisión Preliminar

◆ Verificación de los requisitos de admisibilidad:

- ▶ ¿La solicitud de mediación detalla claramente los generales de ley de las partes?
- ▶ ¿La solicitud de mediación detalla, en términos generales, la naturaleza de la controversia?
- ▶ ¿La materia a tratarse en el proceso de mediación es transigible?
- ▶ ¿La solicitud de mediación cuenta con los documentos habilitantes de los solicitantes?

- ▶ En el caso de que el solicitante sea una persona natural, si lo hace por sus propios derechos, se requerirá de la incorporación de su cédula de ciudadanía; y, si lo hace en representación de otro, el poder o procuración judicial debidamente otorgados.
- ▶ En el caso de ser una persona jurídica, el nombramiento del representante legal actualizado y debidamente registrado; y,
- ▶ Otros documentos relacionados con el conflicto.
- ▶ En caso de tratarse de una Institución Pública, ¿La solicitud de mediación cuenta con la declaración de que existe o no un proceso administrativo, arbitral, judicial o examen especial de la Contraloría General del Estado pendiente?
- ▶ En los casos que la cuantía supera los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América ¿se encuentra incorporado el pago por concepto de servicios iniciales de mediación?
- ▶ ¿La solicitud de mediación está completa o requiere ampliación?

b) Designación del Mediador/a

- ◆ Una vez verificados los requisitos de admisibilidad de la solicitud de mediación y que la misma sea admitida, el Director/a Nacional del Centro de Mediación o su delegado designarán al mediador o mediadora.
- ◆ Conocida la designación del proceso de mediación, el mediador o mediadora deberá aceptarla o excusarse en el término de las cuarenta y ocho horas posteriores.
- ◆ En los casos en el que el mediador o mediadora no aceptara o se excusara de conocer el trámite dentro del término establecido se dejará la respectiva constancia y se procede a designar un nuevo mediador o mediadora.

c) Convocatorias

- ◆ Una vez que el mediador o mediadora acepta la designación del proceso de mediación, este generará el documento de convocatoria señalando el día y hora de la audiencia, de conformidad a la disponibilidad de la agenda, e invitará a las partes; en los casos en los que una de las partes sea una institución pública, se

convoca a su máxima autoridad; en el caso de ser una de las partes un Gobierno Autónomo Descentralizado, se convoca a la máxima autoridad y al Procurador Síndico; y, adicionalmente, se convoca a la Procuraduría General del Estado como a la Contraloría General del Estado

d) Audiencias de Mediación

- ◆ En el día y hora de la audiencia programada por el mediador o mediadora, se verifica la comparecencia de las partes o de sus delegados debidamente acreditados, se procede a la firma del registro de asistencia y se incorpora al expediente los documentos que las partes entregan dentro del proceso a fin de legitimar su intervención.
- ◆ Instalada la audiencia, el mediador o mediadora procede a dar su discurso inicial por medio del cual hace conocer a las partes la forma en la que se va a llevar el proceso, es decir las convocatorias, las audiencias, la manera en que permitirá que ambas partes intervengan, los límites de respeto y cordialidad dentro de los que debe manejarse el proceso.
- ◆ El mediador o mediadora aplicará las técnicas que considere necesarias a fin de que las partes encuentren una solución a su controversia.
- ◆ El mediador o mediadora en virtud de sus atribuciones podrá manejar audiencias conjuntas o privadas.
- ◆ El mediador o mediadora realizará las audiencias necesarias con las partes a fin de que éstas alcancen un acuerdo total o parcial, o hasta que una de las partes manifieste su voluntad de no continuar con el proceso de mediación.

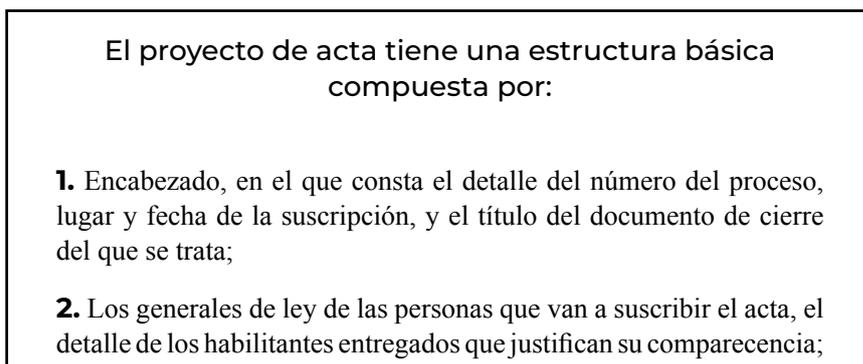
e) Etapa de cierre

- ◆ Una vez realizadas las audiencias en los días y horas señaladas en el procedimiento de mediación, sea que las partes han logrado llegar a acuerdos o no lo han logrado y a petición de una ellas, le corresponde al mediador o mediadora realizar el documento de cierre correspondiente:
 - ▶ Acta de Acuerdo Total. Este documento es emitido siempre que las partes han resuelto su conflicto en su totalidad.

- ▶ Acta de Acuerdo Parcial. Este documento es emitido en los casos en los que las partes han resuelto una parte del conflicto.
 - En aquellos casos en los que interviene una entidad pública y se haya alcanzado un acuerdo total o parcial, la misma deberá presentar los informes de carácter técnico, económico y jurídico, y en caso de existir erogación de recursos, la certificación presupuestaria, de forma previa a la elaboración del documento de cierre; si una de las partes es un Gobierno Autónomo Descentralizado deberá enviar además la autorización del Consejo Provincial o Concejo Municipal.
- ▶ Acta de Imposibilidad de Acuerdo. Este documento es emitido en los casos en los que las partes no han logrado resolver su controversia.
- ▶ Constancia de Imposibilidad de Mediación. Este documento es emitido en los casos en los que habiendo realizado las convocatorias en dos ocasiones consecutivas, las partes o una de ellas no han asistido. Se genera también por falta de acreditación de los comparecientes.
- ▶ Razón. Este documento no se encuentra previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación, pero si dentro del Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, ya que se ha visto la necesidad de que se realice un documento de cierre del proceso de mediación cuando las partes han gestionado el conflicto con el mediador o mediadora durante las audiencias realizadas, pero deciden firmar un documento privado que pone fin a su controversia fuera del proceso de mediación.

f) Proyecto de acta

◆ Estructura



- ↑
- 3.** Antecedentes, en los que se hace una relación de los hechos que originaron la controversia;
 - 4.** La base legal;
 - 5.** Los acuerdos a los que llegaron las partes; en los casos que interviene una institución pública se harán constar los informes técnico, económico, jurídico y en caso de erogación económica, la certificación presupuestaria;
 - 6.** La aceptación de las partes;
 - 7.** La determinación de la cuantía; y en caso de proceder, el valor de la tarifa por los servicios de mediación y la parte que deberá realizar el pago;
 - 8.** Las firmas de las partes y del mediador designado.

g) Revisión del Proyecto de Acta

- ◆ Una vez elaborado el proyecto de acta, le corresponde al mediador o mediadora remitir el proyecto de acta mediante el Sistema de Gestión de Trámites, a la Subdirección del Centro de mediación, a fin de que esta realice las observaciones que correspondan; en el caso de existir observaciones, la devuelve al mediador/a para que corrija las observaciones realizadas; o, de ser el caso, remite el proyecto de acta a la Dirección del centro a fin de que lo revise y se realice observaciones o para que se envíe el trámite al mediador con el visto bueno para la firma.

h) Firma de Acta

- ◆ En los casos en los que se ha elaborado una acta de acuerdo total o parcial, el mediador o mediadora convoca a las partes a la audiencia de suscripción del acta, en la cual las partes, antes de proceder a la firma, revisan el documento y proceden a suscribirlo; en aquellos procesos en los que la cuantía supere los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, las partes deberán cancelar con anterioridad a la audiencia de suscripción de acta el valor que se encuentra establecido en el acta y que corresponde a un porcentaje de la cuantía, de conformidad al sistema tarifario emitido por el Centro de Mediación, exceptuándose de dicho pago los temas de Niñez y Adolescencia, los que son solicitados por personas de la tercera edad o personas con discapacidad, los de derivación judicial, los temas amparados en el Código del Trabajo y la Ley Orgánica del Servicio Público; y las conciliaciones en asuntos de tránsito.

- ◆ En los casos en que las partes no han alcanzado un acuerdo, le corresponde al mediador o mediadora convocar a las partes a fin de que las mismas, en la audiencia de suscripción de acta, revisen el documento y procedan a suscribirlo. Sin embargo, en estos casos pueden suceder dos circunstancias:

- › Que una de las partes no concurra a la audiencia para suscribir el acta. En este caso, el mediador o mediadora convoca a una segunda audiencia, en la cual se firma el acta con la parte que concurra.
- › Que no concurra ninguna de las partes a la suscripción del acta. En este caso el mediador/a realizará tres convocatorias para la firma del acta. En la tercera, incorporará un párrafo en el cual se comunica a las partes que si no manifiestan su interés en el proceso o no asisten a la audiencia, el mediador/a procederá a la firma del documento de cierre, sentará la razón correspondiente y dispondrá el archivo del procedimiento de mediación. Con ello, el Centro de Mediación se evita tener procesos abiertos durante mucho tiempo, en los cuales las partes ya perdieron su interés y no asisten a las audiencias.

- ◆ En los casos de constancia o razón, el mediador/a emite el documento de cierre, procede a suscribirlo y envía con un oficio a las partes, debidamente firmado por la Dirección del Centro de Mediación o su delegado, para su conocimiento.

i) Archivo

- ◆ Generado el documento de cierre y debidamente suscrito, el mediador o mediadora procede al archivo del expediente, para lo cual es entregado a la Secretaría del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, debidamente foliado, a fin de sea enviado al archivo pasivo.



6.4. Caso Paradigma

En virtud del principio de confidencialidad que rige el procedimiento de mediación, recogido en la Ley de Arbitraje y Mediación y en el Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, lo expuesto en el presente acápite ha sido elaborado con una finalidad ilustrativa.

El Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado recibe anualmente varios pedidos de mediación que, después de ser revisados y autorizados a trámite, son asignados a un mediador para que este los gestione convocando a las partes a reunirse en un espacio de diálogo que les permita poder llegar a un acuerdo. El servicio brindado por el Centro de Mediación de la PGE tiene cobertura a nivel nacional; cuenta con mediadores en las ciudades de Quito, Guayaquil, Loja, Esmeraldas, Machala, Portoviejo, Riobamba y Tulcán que atienden a diversidad de asuntos, en su gran mayoría de contratación pública y controversias de índole administrativa.

Ya que la mayoría de casos gestionados por el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado se tratan de casos que involucran a una Institución Pública que tiene un conflicto con otra Institución Pública, con una persona natural o una empresa privada, el mediador tiene la función de canalizar el diálogo entre las partes y cuando estas llegan al acuerdo solicitar a la parte pública los informes jurídico, técnico, financiero y la certificación presupuestaria que avalen el acuerdo arribado. En este punto, se puede considerar que tanto el Centro de Mediación de la PGE y sus mediadores contribuyen proactivamente en la búsqueda de soluciones, conjuntamente con las partes, en especial los representantes, asesores y delegados de las entidades y empresas del sector público, considerando que el llegar a un acuerdo viable y justificado por la Institución Pública con informes técnico, económico, jurídico y existencia de disponibilidad de recursos para atender las obligaciones que se asuman, evita que una controversia se convierta en un futuro litigio que genere mayores erogaciones al Estado y pueda terminar en el pago de intereses y valores adicionales.

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina: “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

Adicionalmente, el artículo 47 de la Ley *Ibidem* preceptúa: “El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo, (...) El acta de mediación que consta en este acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio (...)”. De lo establecido en la normativa citada, la mediación es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos y es un proceso voluntario y sobre todo flexible, que brinda a las partes cierta versatilidad para resolver sus conflictos y que estos puedan llegar a un acuerdo válido, ejecutable y a la medida, considerando las necesidades de las partes, lo que en procesos judiciales no tendrían cabida.

Un ejemplo de lo señalado constituye un caso que se ventiló en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado entre una empresa privada y una entidad financiera pública, en el cual la empresa privada por motivos de la pandemia se iba a liquidar anticipadamente y tenía obligaciones de pago pendientes con la entidad financiera pública.

El proceso de mediación se instauró en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado y la parte solicitante, en este caso la empresa privada, argumentó que debido a la pandemia se vieron en la obligación de liquidar anticipadamente la compañía y que, al efectuarse esta disolución, no tendrían en un futuro la liquidez suficiente para cancelar las obligaciones adquiridas previamente con la entidad financiera pública, por lo que planteó la posibilidad de entregar a cambio de la deuda un bien en dación de pago avaluado en una suma superior a la de la deuda con la entidad financiera pública.

Cabe señalar que, al ser la audiencia de mediación un espacio abierto de diálogo después de intercambiar criterios, la empresa privada estaba dispuesta a trabajar de forma coordinada con la entidad financiera pública con el fin de transparentar el avalúo del bien a ser entregado e implementarlo de conformidad con la necesidad de la entidad financiera pública.

Finalizada la primera audiencia, ambas partes trabajaron conjuntamente de conformidad con la agenda trazada en la audiencia de mediación y, una vez que se intercambiaron criterios jurídicos y técnicos sobre el bien a entregar, así como documentos económicos y financieros, la propuesta fue aceptada por la entidad financiera pública, considerando que esta última tenía una necesidad institucional de adquirir un bien de iguales características al bien propuesto en entrega en dación en pago por la empresa privada.

Una vez aceptada la propuesta, la entidad financiera pública tuvo que elaborar los documentos de soporte del acuerdo, de conformidad con el artículo 31 del Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado que preceptúa: “Art. 31.- De las Actas de Acuerdo Total y Parcial de Mediación: (...) b.2) De intervenir una entidad del sector público, se hará constar lo siguiente: a) El informe técnico, de fiscalización o del administrador del contrato; b) Informe económico-financiero, de ser el caso; c) Informe jurídico fundamentado, pronunciándose favorablemente sobre la conveniencia y legalidad de los acuerdos arribados en la mediación, así como que se trata de materia transigible; y, d) Certificación presupuestaria, conforme lo dispuesto en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuando los acuerdos impliquen la erogación de recursos públicos”.

Es importante señalar que los informes solicitados a las instituciones públicas son el insumo que utilizan los mediadores para elaborar el acuerdo, ya que en estos se debe evidenciar el por qué es beneficioso para la institución el arribar al acuerdo y cómo este se va a ejecutar desde un punto de vista jurídico, técnico y financiero. En este caso particular, la entidad financiera pública efectuó el análisis correspondiente planteándose tres diferentes escenarios en cuanto al cobro de la deuda; concluyó que el escenario más óptimo para recaudar las obligaciones que tenía la empresa privada era la dación en pago del bien propuesto, considerando que además del cobro anticipado de las obligaciones, el ente de control de la entidad financiera pública exigía la implementación de un bien inmueble de las mismas condiciones que el bien propuesto en dación de pago por la empresa privada. Después de la revisión documental y de ajustar la propuesta económica por parte de la empresa privada, el resultado final de la negociación brindó a la entidad financiera pública un bien con un beneficio en su favor del 19,68%, considerando que la empresa privada ajustó el precio del bien y aceptó efectuar la implementación del mismo.

Este caso es un claro ejemplo de la versatilidad que ofrece la mediación para llegar a acuerdos a la medida que sean beneficiosos para ambas partes y, sobre todo, que sean ejecutables. Como podemos ver, el acuerdo alcanzado fue beneficioso para ambas partes, sobre todo para la pública, ya que satisficieron su necesidad institucional mediante la entrega del bien requerido y cumplieron de forma anticipada la obligación pendiente, evitando así pasar por un concurso de acreedores o por un juicio que implica gasto de personal y tiempo transcurrido. Así es factible evidenciar que el llegar a un acuerdo ejecutable, justificado y viable que genere satisfacción tanto a la parte pública como a la privada, evitando un juicio futuro, es una forma activa y válida de precautelar los intereses del Estado.

Fuentes

Normativas

Congreso de la República del Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial No. 145, 4 de septiembre de 1997.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 037, Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 673, 20 de enero de 2016.

Bibliográficas

- Aguilar Feijó, Felipe. *La materia transigible en la mediación del sector público* (Quito: UASB-E, 2008).
- Córdova Pontón, Elizabeth. *Transigibilidad en el Derecho Ecuatoriano* (Samborondón: UEES, 2016).
- Dirección Nacional del Centro de Mediación PGE. *Manual operativo del Centro de Mediación PGE* (Quito: PGE, 2007).
- García, Lucía. *Mediación: Prevención y alternativa al litigio* (Madrid: Dykinson, 2003), 135-50. Martha Liliana Suárez Romero, *La mediación como procedimiento alternativo de solución de controversias en la contratación pública* (Quito: USB-E, 2017).
- Gonzalo Quiroga, Marta. “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general” en Marta Gonzalo Quiroga, dir., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (Madrid: DIKYNSON, 2006).
- Lázaro Guillamón, Carmen. “La transacción romana y el actual acuerdo de mediación”, en *Studia Prawnoustrojowe*, No. 25 (Olsztyn: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, 2014).
- Macho Gómez, Carolina. “Origen y evolución de la mediación: El nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, No. 3 (Madrid: Ministerio de Justicia, 2014).
- Merino Merchán, José Fernando. “La Constitución de 1812 y el arbitraje”, en *Revista de las Cortes Generales*, No. 85 (Madrid: Congreso de los Diputados, 2012).
- Miranzo de Mateo, Santiago. “Origen y evolución del concepto mediación”, en *Revista de Mediación*, No. 5 (Madrid: Universidad Carlos III, 2010).
- Peña Gonzáles, Carlos. “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos” en *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997).
- Prada, Mercedes de, y Carabante, José María. *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica* (Madrid: Netbiblo, 2010).
- Puy Muñoz, Francisco, “La expresión «mediación jurídica»”, en Helena Sotelo Muñoz (Coord.), *Mediación y solución de conflictos* (Madrid: Tecnos, 2017).
- Romero Díaz, Héctor. *La conciliación judicial y extrajudicial* (Bogotá: Legis, 2006).
- Schilling, Mario. *Manual de Mediación* (Santiago de Chile: Cuatro Vientos, 2002).
- Stella Álvarez, Gladys. “Diferencias entre conciliación y mediación”, en *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997).



7

PATROCINIO NACIONAL



7.1. Ámbito conceptual

7.1.1. Antecedentes históricos

El antecedente más remoto de la figura contemporánea del abogado del Estado se encuentra en las ordenanzas dictadas en Francia por Felipe el Hermoso, en 1302. Tales ordenanzas fueron dictadas cuando la monarquía francesa se esforzaba por estructurar un Estado administrativa y jurídicamente independiente del poder universal del papado. Se crearon los cargos de *Procureurs du roi* y *Avocats du roi*, los cuales conformaron una institución denominada le *Gens du roi*. Esta institución y sus funcionarios constituían los defensores de los intereses del rey y la corona en causas jurisdiccionales; buscaban la prevalencia del orden público.⁸⁸

En un segundo período, los *Procureurs du roi* adquieren la obligación de proteger los intereses de la sociedad en su conjunto, además de los del rey. Los *Procureurs du roi* se consolidaron como miembros activos de la corte, siendo elegidos de entre los mejores abogados, ya que los estudios jurídicos de la época se brindaban en igualdad de condiciones o también podían ser escogidos por la destreza jurídica demostrada en los tribunales judiciales de la época, lo que implicaba ya un conocimiento dentro del sistema judicial.⁸⁹

En Castilla, en el mismo siglo XIII, Alfonso X emitió *Las Partidas*, donde aparece el antecedente ibérico del procurador en calidad de “personero”.⁹⁰ Una de las categorías del “personero” era la de defensor del bien público, era su misión “mirar por el bien público

⁸⁸ Jean Carbasse, *Histoire du Parquet* (Paris, PUF, 2000), 333.

⁸⁹ Adhémar Esmien, *Histoire de la Procédure Criminelle en France* (Paris: Editions Panthéon Assas, 2010), 64.

⁹⁰ Laura Beck Varela y María Julia Solla, *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho* (Madrid: Dykinson, 2018), 147.

e comun de la dicha çibdad e vecinos della.” El eje fundamental de su acción son los fundamentos jurídicos constitutivos del bien común de villas y ciudades.⁹¹

Un par de siglos adelante en el tiempo, el régimen español estableció dos tipos de procuradores para sus territorios ultramarinos. El primero, de naturaleza jurisdiccional, era un funcionario de la Real Audiencia. Los títulos XVIII, XXIV y XXVIII del Libro Segundo de las Leyes de Indias –cuerpo normativo que regía nuestros territorios durante la colonia– contenía todo lo referente a las cualidades, funciones y demás temas relacionados con fiscales, abogados y procuradores de las Audiencias Reales en Indias. Los procuradores eran nombrados por el rey y estaban sujetos a una acreditación por parte de la Real Audiencia, institución que otorgaba la licencia correspondiente para el ejercicio de sus funciones según la Ley 4 Título XXVIII Libro Segundo de las Leyes de Indias.⁹²

La otra clase de procuradores corresponden a dignatarios municipales. Los cabildos tuvieron un rol fundamental en la organización de la población de los nuevos territorios. Entre sus funciones se encontraban la defensa de la ciudad, la administración de justicia en primera instancia, el cuidado de la salubridad y otras tantas. Estaban integrados comúnmente por dos alcaldes y por seis regidores o concejales, núcleo administrativo que se complementaba con un cuerpo de funcionarios, de entre los cuales se encontraba al “procurador”, quien era un importante funcionario elegido por los regidores y que actuaba como representante legal del cabildo. Se encargaba de intervenir en trámites y peticiones hacia la corona, tanto como de participar en casos de venta, compra, repartición de tierras de la administración territorial a la que pertenecía.⁹³

En época republicana, la figura del Procurador General de la Nación aparece por primera vez en el “Reglamento Provisional para el establecimiento del Poder Judicial”, expedido por el Congreso de Angostura –1819–. Durante la Gran Colombia se fueron estableciendo procuradores públicos, procuradores municipales –1825– y el Ministerio Público –1830–, que estaba dirigido por el Procurador General de la Nación y estaba integrado por los Procuradores Generales de los Departamentos, los Procuradores de Provincia y los Síndicos Personeros. La República del Ecuador, una vez autónoma, también reguló a la figura de un procurador público en 1837. En efecto, para tal año, el presidente Vicente Rocafuerte creó la función de Defensor del Fisco, funcionario dependiente del Poder Ejecutivo, cuya misión era la defensa del patrimonio nacional.⁹⁴ El cargo de Defensor del Fisco se mantuvo vigente desde entonces, y fue ejercido por juristas de la talla de Luis Felipe Borja Pérez en 1890.⁹⁵

91 Francisca Amorós Vidal, “El síndico personero: la voz del común”, en Ma. Cruz Gómez Molina (Coord.), *III Congreso Turístico Cultural del Valle de Ricote* (Madrid: Consejo Turístico Cultural Valle de Ricote, 2005), 405-425.

92 Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán, *Recopilación compendiada de las Leyes de Indias* (Madrid: Ignacio Boix, 1846), 235.

93 Jorge Garcés, *Libro de Cabildos de la ciudad de Quito 1597-1603* (Quito: Talleres Tipográficos Municipales, 1937), 183.

94 Jorge Núñez y otros, *Historia de la PGE 1928 – 2008* (Quito: Trama, 2008), 16-18.

95 Rafael Cordero, “El Progresismo”, en *Revista de la Universidad Católica*, núm. 29 (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1981), 262.

Ahora bien, la institución del Procurador General del Estado tal como hoy la conocemos, tiene su origen en 1928. El 2 de agosto de tal año y como parte de los procesos modernizadores del Estado ecuatoriano, se promulgó el Decreto Supremo No. 188 emitido por el presidente Isidro Ayora Cueva, a través del cual se creó el cargo de Procurador General de la Nación. De inicio, esta autoridad era nombrada por el Presidente de la República y se mantenía adscrita a él.⁹⁶ Desde entonces, la función paradigmática de esta autoridad pública es la de ejercer el patrocinio de las causas judiciales en las que se encuentre involucrado el Estado, sus entidades, organismos e instituciones.

7.1.2. La representación y el patrocinio judicial nacional del Estado y sus instituciones

La defensa del Estado en procesos jurisdiccionales ha cobrado vital importancia en los Estados modernos, debido a los esquemas políticos y sociales adoptados que han demostraron pasar de un Estado menos responsable, como el Estado liberal, que no asumía mayores obligaciones jurídicas y, por lo tanto, los litigios y condenas en su contra no eran tan representativos. Esta situación se reformó por completo con la adopción del Estado de bienestar, el cual implicó la extensión de la responsabilidad jurídica y del riesgo judicial con el aumento de funciones y prestaciones del Estado; llevando consigo la evolución de las diferentes doctrinas de responsabilidad estatal.⁹⁷

De esa manera, al ejercicio del poder público, a la imposición unilateral de la voluntad estatal y a las potestades relacionadas con la eficacia de las actuaciones, como la autotutela, corresponde necesariamente la obligación de responder al particular que argumente ante un juez el haber sufrido un daño o mengua en sus derechos con ocasión de actuaciones del poder público. Es así como en los Estados democráticos de Derecho, se evidencia la presencia de conflictos judiciales entre el Estado u órganos que lo componen y los particulares. En estos casos, el Estado debe defenderse y ser partícipe del debido proceso que ha de observarse hasta arribar a una decisión judicial respecto de las pretensiones del actor.⁹⁸ En otros casos, son los intereses públicos los que deben ser defendidos de las actuaciones u omisiones de los particulares. El Estado, entonces, habrá de entablar los procesos que fueren necesarios en pos del restablecimiento de la plena observancia del Derecho y el resarcimiento, de ser el caso, de los perjuicios que el particular haya ocasionado contra el patrimonio público.

96 Presidente de la República del Ecuador, *Decreto Supremo No. 188*, Registro Oficial 706, 2 de agosto de 1928.

97 Helena Alviar García, Diego López Medina y César Rodríguez Garavito, “Defensa judicial del Estado: ¿Justicia mediante el litigio?”, en *Dejusticia* (Bogotá: Dejusticia, 2005), 4.

98 Reinaldo Alvarado Bermúdez, *Defensa judicial del Estado: Elementos para su construcción* (Bogotá: Universidad Libre, 2012), 25.

Todo esto justifica la necesidad de que el Estado se defienda jurídicamente por medio de estrategias en el desarrollo de procesos judiciales específicos que se desarrollen ante jueces nacionales; e igualmente, se asesore y gestione su defensa por medio de un organismo público técnico jurídico que cuente con abogados expertos en el manejo de esos conflictos para contrarrestar, entre otros aspectos, el eventual éxito de las pretensiones de la parte demandante y los lesivos resultados al patrimonio o al interés público.

Es así que la representación y el patrocinio judicial del Estado y sus instituciones es la función que por antonomasia corresponde a la PGE, la cual le ha sido otorgada por mandato del artículo 237 de la Constitución. En virtud de esta función, la PGE está llamada a actuar en calidad de abogado, ya sea de la parte actora o demandada, dentro de un proceso jurisdiccional en representación de los derechos e intereses de las personas jurídicas que conforman el Estado o del Estado en su conjunto. En efecto, la PGE está legalmente facultada para proponer acciones legales ante jueces nacionales en defensa del patrimonio nacional y del interés público, contestar demandas e intervenir en las controversias que se sometan a la resolución de los órganos de la Función Judicial o actuar como tercerista sin limitaciones en procesos o procedimientos que interesen al Estado o a las entidades u organismos del sector público.⁹⁹

Cabe señalar que la función de representación y patrocinio judicial nacional de la PGE no es absoluta respecto de todas las entidades y organismo del sector público ecuatoriano. La LOPGE ha establecido las siguientes políticas respecto a la participación de la PGE como patrocinador de los procesos judiciales nacionales en los que se encuentre involucrado el Estado o sus instituciones. De esta forma, corresponde a la PGE:

- › Representar y patrocinar judicialmente a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público.
- › Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público.¹⁰⁰

⁹⁹ *Ley Orgánica de la PGE*, artículo 5, literal a).

¹⁰⁰ *Ley Orgánica de la PGE*, artículo 3, literales b) y c).

De esta manera, el patrocinio judicial de la PGE será obligatorio respecto de aquellos organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica; y potestativo respecto de los casos que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos. Conviene entonces establecer con claridad como diferenciar la naturaleza del sujeto público respecto de su personalidad jurídica.

7.1.3. Personalidad jurídica de los órganos y entidades estatales

La actividad estatal se ejerce a través de los órganos del poder público, según lo dispone el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana. De allí que nuestro sistema jurídico siga los postulados de la Teoría del órgano, cuyo fundamento, en términos concretos, se refiere a que la persona jurídica Estado expresa su voluntad a través de los distintos órganos que lo integran.¹⁰¹

Los postulados de esta teoría son apreciables en mayor medida en las actividades de la Función Ejecutiva, donde la Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única.¹⁰² Por lo tanto, en este caso todos los órganos dependientes de la Función Ejecutiva, tales como los Ministerios y dependencias de éstos, como son las Secretarías Nacionales, Secretarías Técnicas, Direcciones y Subdirecciones etc., excepto los de la administración pública institucional, carecen de personalidad jurídica propia y, en consecuencia, la actividad de dichos órganos le será imputada directamente al Estado.

Por otro lado, y apartándose de los contenidos más rigurosos de la Teoría del órgano, existen entes estatales que gozan de personalidad jurídica propia, lo que constituye que el mismo órgano se convierta en centro de imputación de la relación jurídica: órgano público-administrados, se forma de esta manera un ente autónomo, independiente e individual. Ejemplos de ellos son las Superintendencias, la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo, así también los Gobiernos Autónomos Descentralizados.¹⁰³

En Ecuador existen órganos públicos que gozan de personalidad jurídica propia y otros que carecen de ella. A estos últimos corresponde de manera vinculante el patrocinio y representación en causas jurisdiccionales de la PGE, mientras que aquellos deberán defender sus intereses institucionales por sí mismos; pueden contar para ello con el apoyo de la PGE si se considera que el caso amerita una defensa judicial conjunta en pos de la

101 Mélanges Carré de Malberg, *El Espíritu de las Leyes y la Separación de Poderes* (París: Eisenmann, 1933), 83-84.

102 Esto lo disponía el artículo 9 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, cuerpo normativo que, si bien ha sido derogado tácitamente por el Código Orgánico Administrativo, hay quien sostiene que, al menos en los contenidos orgánico funcionales del Ejecutivo, se mantendría vigente.

103 Leónidas Chilibingua Castillo, *El papel de la PGE en la nueva estructura estatal* (Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014), 26 y ss.

mejor tutela jurídica de los intereses del Estado. Respecto de aquellos, en cualquier caso, corresponderá siempre a la PGE realizar la supervisión de la defensa judicial que realicen de los procesos en los que se encuentren involucrados.

Esto lo ratifica la LOPGE, que de manera expresa dispone que las entidades y organismos del sector público e instituciones autónomas del Estado, con personería jurídica, comparecerán a juicio, por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales, toda vez que el patrocinio de las entidades con personería jurídica y entidades autónomas de conformidad con la ley o los estatutos respectivos, incumbe a sus representantes legales, síndicos, directores o asesores jurídicos o procuradores judiciales, quienes serán civil, administrativa y penalmente responsables del cumplimiento de esta obligación en las acciones u omisiones en las que incurrieren en el ejercicio de su función, sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Procurador.¹⁰⁴

7.1.4. La finalidad del patrocinio judicial nacional del Estado y sus instituciones

La PGE ha realizado con éxito la defensa del Estado ecuatoriano y de sus instituciones, ha desarrollado estrategias jurídicas y procesales cuidadosamente elaboradas con la finalidad de obtener los mejores resultados en las diferentes materias en las que es demandado y en casos en que el Estado sea actor.

La PGE, a través de sus abogados, interviene en las causas de gran importancia y trascendencia para el país, con repercusión jurídica e impacto social; realiza la defensa técnica con resultados positivos. Para el efecto, el equipo de la PGE coordina todas las acciones a seguir dentro de los casos, profundizando en las estrategias jurídicas de defensa que van a ser aplicadas en cada uno de ellos. También realizan reuniones de trabajo con las diferentes instituciones del Estado con los propósitos de orientar, asesorar, organizar y analizar las estrategias jurídicas correspondientes a cada caso.

En las causas que se sustancian en otras ciudades del país, la Dirección Nacional de Patrocinio de la PGE coordina acciones con los Directores Regionales de la PGE respecto de la posición jurídica institucional a ser sostenida ante las autoridades judiciales, como en otros casos. Dependiendo de la sensibilidad e importancia de ciertas causas, los abogados de la ciudad de Quito intervienen en forma directa en el patrocinio de estas, así como también asesoran a los equipos de las Direcciones Regionales. Cabe señalar que el trabajo de la PGE, en este ámbito, se ha enmarcado en una filosofía de servicio y de defensa técnica jurídica, en aplicación de las funciones y atribuciones legalmente establecidas.

104 *Ley Orgánica de la PGE*, artículo 7.

El patrocinio judicial nacional ejercido por la PGE en las distintas materias se concreta al obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses del Estado; persigue la debida declaración, reconocimiento o ejecución de un derecho cuando el sector público se constituye en el actor del proceso, o buscando la confirmación judicial de actuaciones del sector público que, pese a encontrarse apegadas a Derecho, han sido impugnadas por los particulares. Esto último, cuando el Estado posee la calidad de demandado.



7.2. Procedimiento

Para asegurar la oportuna atención de los procesos o causas judiciales, investigaciones, procedimientos de solución alternativa de conflictos (mediación) y trámites administrativos que ingresan y que requieran la participación de la Dirección Nacional de Patrocinio de la PGE, y con el fin de garantizar una gestión efectiva que conlleve a una adecuada defensa técnica de los intereses del Estado, se ha emitido el Manual de Procedimiento - Gestión de Patrocinio (DNP-SP01). El procedimiento interno gira en torno a cuatro ejes: Gestión de citaciones y notificaciones; Gestión de boletas; Hojas de ruta; y Delegación interna y externa.

El procedimiento de Gestión de citaciones y notificaciones comprende las actividades desde la recepción de la citación o de la notificación, o la revisión de la notificación por el Coordinador en el caso de Garantías Constitucionales, hasta la asistencia a la audiencia (sentencia ejecutoriada y/o archivo del proceso), envío de la delegación externa o la recepción escaneo de la fe de presentación de la contestación a la demanda.

El procedimiento de Gestión de boletas comprende las actividades desde el retiro de las boletas de los casilleros judiciales y/o recibir las boletas electrónicas o recibir las boletas enviadas al Director o al Abogado/a (materia Penal) hasta la presentación de escritos, de ser el caso, o la intervención directa en diligencias/audiencias (Materias Contencioso Administrativo y Tributario, Civil y Laboral); la elaboración del informe interno o la asistencia a la audiencia (Materia Penal), o a su vez el envío del oficio de contestación, ya sea mediante correo electrónico interno o externo, o a través del Subproceso de Gestión de Documentación de la Secretaría General.

El procedimiento de Hojas de ruta comprende las actividades que suceden desde que la hoja de ruta ingresa, ya sea a través del Gestión de Documentación o mediante el Subproceso de Gestión del Despacho del Procurador, hasta tomar nota y archivar la hoja de ruta en el sistema, en caso de que no requiera respuesta, o hasta la preparación de escrito judicial, oficio o delegación y posterior entrega virtual o física en los juzgados o tribunales, o que el oficio o la delegación haya sido remitido por la unidad de la Secretaría General que corresponda. El procedimiento de Delegación interna y externa comprende las actividades desde la disposición para la elaboración de delegación hasta la ubicación del expediente en la percha e incluirlo en orden numérico.



7.3. Área constitucional

7.3.1. Ámbito conceptual

El proceso constitucional es el sistema mediante el cual se definen, en el ámbito jurisdiccional, todos los problemas derivados de la supremacía, defensa e interpretación de la Constitución. A través del proceso constitucional se establecen las instituciones y los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar, si es el caso, las violaciones a los mismos.¹⁰⁵

Integran el contenido de lo procesal constitucional la composición, organización y atribuciones de los órganos que ejercen la jurisdicción constitucional; los procedimientos que siguen las acciones, demandas, recursos, consultas, etc. ante la misma jurisdicción; la estructura y contenido de las sentencias, autos y declaraciones constitucionales, así como las relaciones, contactos y diferencias que existen entre las jurisdicciones constitucional, ordinaria y administrativa.¹⁰⁶

Se divide el contenido de esta materia en tres grandes áreas: a) La jurisdicción constitucional de la libertad, relativa a la defensa y protección de las libertades públicas y de los derechos fundamentales de las personas; b) La jurisdicción constitucional orgánica, concerniente “a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos del poder” mediante, por ejemplo, el control de constitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos; y c) La jurisdicción constitucional transnacional, que se ocupa de “las relaciones cada vez más intensas, y por tanto los conflictos entre el ordenamiento constitucional y los Derechos Internacional y comunitario”, principalmente con referencia a los derechos humanos.¹⁰⁷

Si bien los procesos constitucionales han de ser iniciados a petición de parte, y la actividad de esta tendrá un rol protagónico respecto a la aportación de hechos, argumentos y pruebas, el principio de oficialidad –que supone la impulsión y la instrucción de oficio del procedimiento de parte del juez– es el que informa a los procesos constitucionales. Esto, dado el interés público que revisten los casos donde la problemática que se discute es la eventual violación de un derecho reconocido y garantizado por la norma fundamental del Estado. Para la instrucción de oficio, corresponde al juez un rol activo en la investigación de los hechos, independientemente de lo que hagan los interesados particulares en el caso.¹⁰⁸

105 Eduardo Ferrer, *Derecho Procesal Constitucional* (México: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003), 323.

106 Pablo Dermizaky Peredo, “El Derecho Procesal Constitucional” en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 4 (Santa Cruz: Iuris Tantum, 2007), 4.

107 Domingo García, *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (Lima: Grijley, 2000), 95.

108 Pablo Dermizaky Peredo, “El Derecho Procesal Constitucional” en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 4 (Santa Cruz: Iuris Tantum, 2007), 7.

En lo que se refiere a Ecuador, su opción por el modelo de “Estado constitucional de derechos y justicia”, se ve reflejada en las garantías jurisdiccionales que ha previsto en su Carta Magna, con el fin de tutelar jurisdiccionalmente, de manera eficaz e inmediata, los derechos reconocidos en ella y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; así como para tutelar la eficacia y la supremacía constitucional. Las garantías jurisdiccionales son:

- › La acción de protección. Tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.¹⁰⁹
- › La acción de hábeas corpus. Tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.¹¹⁰
- › La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición por autoridad competente y de acuerdo con la ley.¹¹¹
- › La acción de habeas data. Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico.

109 Constitución de la República de Ecuador, artículo 88.

110 Constitución de la República de Ecuador, artículo 89.

111 Constitución de la República de Ecuador, artículo 91.

Asimismo, tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.¹¹²

- › La acción por incumplimiento. Tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.¹¹³
- › La acción extraordinaria de protección. Procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.¹¹⁴

7.3.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas constitucionales

El litigio estratégico de la defensa del Estado por parte de la PGE se desarrolla de forma coordinada (Art. 226 CRE) e institucionalizada, para lo cual, las estrategias empleadas por los abogados de la PGE, de la Subdirección de Asuntos Constitucionales del Área de Patrocinio Nacional, parten no solo del conocimiento del derecho sino de la habilidad para argumentar, de forma verbal y/o escrita, la línea de defensa que corresponda, tomando en consideración lo siguiente:

Enfocar con claridad y precisión los temas principales para que la decisión del juez se enmarque en la constitucionalidad o no de las alegaciones efectuadas por los accionantes, respecto de la vulneración o no de los derechos constitucionales, con base en los argumentos y los documentos. Trabajo en equipo a través de la coordinación con las entidades demandadas para la verificación de la información o expedientes, las pruebas a aportar en las diligencias correspondientes, análisis del cumplimiento de la normativa y respeto de las garantías constitucionales dentro de dichos procedimientos y que consten en los respectivos expedientes, así como la coordinación de las intervenciones o refuerzos a efectuar o reparto en el ejercicio de la defensa técnica del Estado para dar claridad al juez sobre el tema puesto a su conocimiento y resolución.

112 Constitución de la República de Ecuador, artículo 92.

113 Constitución de la República de Ecuador, artículo 93.

114 Constitución de la República de Ecuador, artículo 94.

Dentro de la coordinación, también se efectúan verificaciones, previas a la diligencia o proceso judicial, del cumplimiento de las normas y de las garantías constitucionales dentro de los procedimientos incoados o en el mismo acto administrativo impugnado, para acertadamente efectuar la defensa técnica con sustento documental y con la normativa aplicable al caso en concreto y que se desvirtúen peticiones *extra petita* de los accionantes o cuestiones que no tengan relación con el litigio principal abordado, entre otras cuestiones inherentes.

Reforzar temas de fondo o técnicos con el objeto de sustentar la improcedencia de las acciones incoadas en contra del Estado, confrontando la realidad de los hechos con la aplicación del procedimiento debido para enfocar la defensa jurídica del Estado que conoce el procedimiento a profundidad y la normativa aplicable; con ello se pretende garantizar que el rol de la PGE resguarde la seguridad jurídica de las instituciones que han cumplido con las garantías constitucionales en los procedimientos administrativos que se cuestionan en la vía constitucional.

Revisar de forma constante el enfoque de argumentaciones que puedan servir en defensa de los intereses del Estado, el contenido de las sentencias, resoluciones en general o autos que emite la Corte Constitucional; así como la jurisprudencia vinculante o casos escogidos y resueltos por su gravedad, novedad y relevancia nacional y constitucional, en torno a principios y derechos constitucionales a ser desarrollados o analizados a más profundidad; o de las argumentaciones enriquecedoras de sentencias específicas en casos concretos para su aplicación en las alegaciones respectivas en la línea de defensa previamente coordinada con las entidades del Estado y asesorar con su contenido a las entidades para la aplicación en casos en concreto que se encuentren litigando.

Analizar con anticipación posibles conflictos de interés (personales e institucionales, o de otra índole como temas políticos o mediáticos, o por existir evidentes vulneraciones a derechos constitucionales, etc.) para que se tome la mejor decisión respecto al rol o intervención de la PGE, en los casos específicos en los que pueda existir este conflicto de interés.

Enmarcar que el esfuerzo de las y los abogados del Estado no se limita a los resultados del proceso (resolución favorable), por cuanto no se puede controlar el raciocinio que el juez vaya a emplear en sus decisiones; es por ello que se observa la existencia de decisiones judiciales contradictorias en casos de naturaleza fáctica similar, aunque provengan de igual o distinta entidad del estado, pero con aplicación normativa similar.

Efectuar alegaciones argumentativas en casos concretos que conlleven a encuadrar la pretensión y los elementos fácticos con las causales de improcedencia de la acción, lo que aporta a la generación de jurisprudencia o doctrina. Por ejemplo, cuando se analiza la pretensión y se enmarca en la causal de improcedencia prevista en el numeral 5 del Art. 42

de la LOGJCC, enfatizando que se declarará un derecho en favor del accionante cuando solicita que, sin el cumplimiento de requisitos legales, se le conceda lo que pretende en sus solicitudes, en desigualdad y discriminación del resto de personas que sí deben cumplir con dicha formalidad y que, a través de una acción de protección, pretenden omitir el cumplimiento del ordenamiento jurídico y de las normas infra constitucionales que son aplicables para un procedimiento determinado.

Evitar que se declare vulneración de derechos y coadyuvar en la recomendación de que se aprueben acuerdos conciliatorios entre las partes procesales, sin que se declare dicha vulneración, estableciendo las condiciones más favorables para su eficaz cumplimiento por parte del Estado.

Tener capacidad de redacción para el planteamiento de acciones o contestaciones que se efectúen dentro de los procedimientos incoados en contra del Estado o que el Estado deba accionar, (esto es, en la demanda, en la contestación a la demanda, en traslados corridos por los juzgadores, en la presentación de recursos o rechazo de los mismos, observaciones a informes periciales, entre otros asuntos) de manera sencilla, clara, comprensible, cumpliendo los requisitos legales y las formalidades de fondo y forma previstas en el ordenamiento jurídico y en las directrices institucionales propias o en coordinación con las entidades del Estado.

La Subdirección de Asuntos Constitucionales de la Dirección Nacional de Patrocinio de la PGE cuenta con un grupo especializado de abogados que, además de contar con sólidos conocimientos en la rama, también tienen conocimientos de varias áreas del derecho, debido a la diversidad de tópicos que se abordan a través de la defensa jurídica de las instituciones del Estado, frente a la interposición de cualquiera de las garantías jurisdiccionales o acciones constitucionales que los administrados accionan en contra de las diferentes entidades del sector público.

Sin ahondar demasiado en las garantías jurisdiccionales que se encuentran plenamente establecidas en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, es preciso indicar que la Procuraduría es notificada con alrededor de 150 a 200 acciones de garantías jurisdiccionales diarias (Acciones de protección, habeas data, habeas corpus, acceso a la información, medidas cautelares, etc.), que por su naturaleza tienen fecha de audiencia dentro de las 24 o 48 horas siguientes a la calificación de la acción. Es así que, el tiempo siempre será un factor que determina la rápida toma de decisiones que, dependiendo de la complejidad, los factores políticos o mediáticos, hace que exista incluso niveles de aprobación que determinará la intervención directa o la supervisión de las causas. Lo mismo ocurre con las causas que se tramitan ante la Corte Constitucional que, si bien cuenta con términos más amplios para contestar o pronunciarse, deberán ser previamente discutidas o puestas en conocimiento del subdirector, director e incluso contar con la aprobación o revisión final del señor Procurador General del Estado.

7.3.3. Caso paradigma: patrocinio de causas constitucionales

En el año 2012, el señor Julian Paul Assange pidió asilo en la Embajada del Ecuador en Gran Bretaña, conforme el derecho internacional. El Estado ecuatoriano confirió el asilo al Sr. Assange y lo acogió en las instalaciones de una misión diplomática del Ecuador en el exterior, asegurando principalmente su integridad, salud, derecho a la defensa y asistencia legal, entre otros. Además, procuró una salida diplomática a la situación del Sr. Assange.

El 16 de octubre de 2018 el señor Baltazar Garzón, abogado y jefe del equipo jurídico internacional del Sr. Assange, advirtió públicamente sobre la posibilidad de demandar al Estado ecuatoriano por la supuesta violación de derechos constitucionales por haberse emitido un protocolo de convivencia ante varios excesos cometidos por el asilado.

Primera instancia, desarrollo del proceso:

El 19 de octubre, el equipo de abogados defensores del asilado Sr. Julian Paul Assange, a través del abogado Carlos Poveda, presentó una Acción de Protección en contra del Dr. José Valencia Amores, Canciller y Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y del Dr. Iñigo Salvador Crespo, Procurador General Del Estado. La audiencia fue fijada por la jueza constitucional para el 25 de octubre de 2018 y, una vez instalada, fue suspendida por temas técnicos y de traducción. El 29 de octubre del 2018, finalmente, se realizó la audiencia de acción de protección.

Los abogados del accionante alegaron la supuesta vulneración al derecho a la integridad personal, igualdad y no discriminación, a opinar y expresar su pensamiento libremente, el derecho al trabajo, al honor y al buen nombre; entre otros, a favor del accionante, como asilado y como ciudadano ecuatoriano.

La PGE presento dos fuertes líneas argumentativas en la audiencia:

I) Respecto de la pretensión de la demanda, la misma no se enmarca en lo establecido en el art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador, CRE; y art. 39 de la LOGJCC, pues el accionante solicitaba: “10.2 Se disponga que el contenido del denominado Protocolo Especial de Visitas, Comunicaciones y Atención Médica al señor Julian Paul Assange, no se aplique al asilado por ser inconstitucional en fondo, forma y establecer mecanismos restrictivos de derechos.”

La demanda presentada desnaturaliza a la acción de protección, como garantía constitucional pues pretendía inducir al juez constitucional para que se pronuncie sobre el control abstracto de constitucionalidad que es competencia exclusiva de la Corte Constitucional.

II) Respecto de los requisitos para la procedencia de la acción de protección: la demanda no reunía los requisitos de procedibilidad determinados en el art. 40 de la LOGJCC. No existía vulneración de derechos constitucionales, toda vez que la potestad soberana del Estado ecuatoriano de adoptar las medidas que considere necesarias dentro de su territorio para garantizar la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, nace de los artículos 1 y 393 de la CRE. Dicha potestad, en el ámbito internacional, faculta al Estado a adoptar medidas que garanticen los derechos de sus habitantes, y de manera específica, en el presente caso, aseguren la convivencia, la salud y seguridad del accionante y los funcionarios que laboran en la embajada del Ecuador en Gran Bretaña, así como de sus usuarios; habida cuenta que la prestación de servicios públicos que realiza el Estado ecuatoriano en su embajada no deben verse afectados por ninguna actuación del asilado. El protocolo especial adoptado por el legitimado pasivo es un instrumento de convivencia, como un conjunto de reglas que permiten la armónica coexistencia de los derechos del asilado y terceros, de manera que no se puede afirmar que haya alguna afectación a derecho fundamental alguno.

El protocolo se encontraba enmarcado dentro del respeto al debido proceso, entendido este como “el respeto de las garantías y derechos fundamentales del individuo, de la tutela efectiva de las libertades e intereses legítimos de los ciudadanos, su tratamiento digno, justo y equitativo, dentro de un marco de referencia que pretende la satisfacción de los fines esenciales del derecho y del Estado (...) y la realización de la armonía o paz social, entre otras premisas que pueden darle el contenido necesario para su sustento.”

El Estado ecuatoriano había actuado en todo momento con sujeción al principio de seguridad jurídica, debido proceso y tutela de derechos humanos. El protocolo adoptado por el Estado ecuatoriano dentro del marco de respeto y tutela de los derechos humanos, tiene por objeto establecer reglas de convivencia y seguridad entre el asilado, los funcionarios de la embajada y los usuarios, en atención al espacio físico y del tiempo transcurrido desde el otorgamiento del asilo, tomando como base el incumplimiento reiterado del asilado de los compromisos adoptados con el Estado ecuatoriano.

Debe resaltarse que la situación de privación de libertad que el accionante describe en su demanda no devenía de ningún acto del Estado ecuatoriano, que había garantizado la seguridad del accionante y había tratado de implementar todas las medidas posibles para su bienestar desde el año en el que voluntariamente solicitó el asilo; así como tampoco podían desconocerse las actuaciones del Estado a fin de garantizar una salida diplomática y de mejorar el estatus del asilado en todo momento. Este rol del Estado ecuatoriano como estado garantista de derechos no debía ser soslayado por el accionante

por encontrarse disconforme con el mencionado protocolo, pues todas y cada una de las actuaciones del Estado como garante de derechos habían sido probadas por el legitimado pasivo conforme los documentos actuados en la audiencia, en sujeción a lo dispuesto en el art. 16 de la LOGJCC.

Es innegable que los derechos contenidos en la norma constitucional son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; no obstante, estos derechos no son ilimitados ni absolutos. Así, el principio de progresividad de los derechos consiste en que el contenido de los derechos se desarrolle a través de la adecuación jurídica a los preceptos constitucionales. De manera que el protocolo tendía precisamente a tutelar el ejercicio de los derechos del asilado, en coexistencia con los derechos de terceros, sean estos funcionarios y usuarios que también deben ser tutelados y que han sido soslayados por el accionante en reiteradas ocasiones.

El accionante aseveraba que se había vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación, sobre ello la Corte Constitucional ha señalado que “el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones, es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables a situaciones concretas presentadas en uno o varios presupuestos fácticos.” En el presente caso la situación del accionante en la Embajada del Ecuador en Gran Bretaña es una situación particular y única, no existen antecedentes de iguales características y responde a los reiterados incumplimientos del asilado a los compromisos adoptados con el Estado ecuatoriano conforme lo ha demostrado la entidad accionada.

Es en atención a ello que el Estado ecuatoriano había emitido el protocolo, no sólo dada la prolongada situación del asilo y el limitado espacio físico de la embajada sino también de la necesidad de brindar un servicio público en los términos establecidos en el artículo 227 de la CRE: principios de eficacia, eficiencia, calidad, etc.; de manera que este instrumento de convivencia está enfocado en garantizar y tutelar derechos, y dar paso a una convivencia armónica y segura tanto del asilado como terceros cuyos derechos también el Estado debe tutelar.

Por lo anterior, se concluye que la demanda no cumplía ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 40 de la LOGJCC; de manera que indefectiblemente al no cumplir con ellos, se incurre en al menos dos causales de improcedencia de la acción de protección. Sobre la improcedencia de la acción de protección, el numeral primero del art. 42 *ibidem*, en su causal 1, advierte que la acción de protección es improcedente cuando de los hechos se desprenda que no exista vulneración de derechos y el numeral 3 establece que tampoco es procedente cuando se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto. Cuanto más en la misma pretensión de la demanda se reconoce que se

demanda la inconstitucionalidad por el fondo y forma del protocolo. En atención a estos argumentos, la PGE pidió se rechace la acción de protección por incurrir en las causales de improcedencia establecidas los numerales 1 y 3 del art. 42 de la LOGJCC.

Al finalizar la audiencia se negó la acción de manera oral y los abogados del accionante interpusieron recurso de apelación. La sentencia que negó la acción fue notificada el 05 de noviembre de 2018.

Segunda instancia, desarrollo del proceso:

El recurso de apelación por sorteo recayó en la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha. Se convocó a audiencia de estrados el 12 de diciembre de 2018 a las 08h30.

Sobre el recurso de apelación, la PGE argumentó que le corresponde a la Corte Provincial realizar el examen y la interpretación de los derechos vulnerados, ante la interposición del recurso de apelación, para efectos de asegurar la protección judicial de los mismos y evaluar, por tanto, si la presunta omisión constituye un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho fundamental; pero en este sentido, correspondía realizar un análisis de la sentencia del inferior y no volver a juzgar lo ya resuelto, pues aquello atenta contra el principio de independencia interna que distingue las competencias de los jueces de primera instancia. Por tanto, se debe valorar la supuesta vulneración de garantías constitucionales, más no valorar la prueba en sí, ejercicio que ya fue realizado con anterioridad.

El accionante no había establecido un nexo causal claro entre los derechos que alegaba como vulnerados y el acto judicial impugnado, sin especificar cuáles fueron las supuestas vulneraciones en que incurrió el juez de instancia al momento de declarar improcedente la acción; por tanto, son meras alegaciones carentes de sustento jurídico, que sólo expresan la disconformidad del accionante respecto de una sentencia desfavorable a sus intereses.

Sobre la motivación de la sentencia, la PGE argumentó que la motivación es una obligación de los operadores de justicia al momento de tutelar los derechos de las personas, ya que esta se constituye en la explicación coherente, lógica y clara de las ideas, acompañada de los razonamientos realizados por los jueces, respecto a los hechos del caso concreto en relación con las normas jurídicas aplicables a este. En este caso, el juez había verificado en su sentencia que el legitimado pasivo ha obrado en ejercicio de sus competencias conforme las potestades a él asignadas por mandato constitucional, convenciones internacionales y normativa infraconstitucional, sin que omitiera ni se extralimitara en sus funciones.

Así, en la demanda se pretendía declarar la inconstitucionalidad del Protocolo Especial de Visitas, Comunicaciones y Atención médica, normas de convivencia que sólo tenían por fin garantizar los derechos del asilado y se reclamaba la supuesta vulneración de algunos derechos, temas que fueron analizados y resueltos de manera clara y completa en la parte motiva de la sentencia: (4.6; 4.7) En este sentido, la jueza constitucional reconoció la necesidad que tenía la entidad accionada de regular la convivencia dentro del territorio de la embajada ecuatoriana y garantizar la seguridad de sus ocupantes y usuarios, habida cuenta que la inusual y prolongada situación del asilo y los reiterados incumplimientos del accionante de acuerdos previos con el Estado Ecuatoriano, parámetro analizado con detenimiento en los puntos 4.6 y 4.7 de la decisión judicial recurrida.

De la sentencia se evidenciaba que el juzgador había realizado un análisis de las competencias del Ministerio de Relaciones Exteriores respecto de la potestad soberana del Estado para delinear la política en las relaciones internacionales, garantizando la pacífica convivencia y seguridad de los usuarios y funcionarios de la embajada en coexistencia con el asilado, el principio de seguridad jurídica y lo demostrado en la acción de protección para llegar a una decisión; precisamente, uno de los razonamientos del juez fue que las pretensiones del accionante no se probaron conforme lo señala el art. 16 de la LOGJCC; es decir, no hubo la demostración fáctica y jurídica de la vulneración de derechos, puesto que sólo se alegó vulneración de derechos sin probar particular alguno al respecto.

Conforme lo dispuesto en el art. 16 de la LOGJCC, la entidad accionada y la PGE actuaron las pruebas para demostrar que no existía ninguna vulneración a derechos constitucionales, en este sentido la sentencia resolvió todos los puntos de la demanda respecto de los hechos alegados y los medios probatorios actuados en la audiencia. En atención a ello, se solicitó que se emita el fallo rechazando el recurso de apelación presentado y confirmando la sentencia venida en grado. El 21 de diciembre de 2018, en sentencia, se rechazó el recurso de apelación y se confirmó la sentencia venida en grado; culminó así el caso, con la salvaguardia jurídica de los intereses del Estado ecuatoriano gracias a la participación de la PGE.



7.4. Área civil

7.4.1. Ámbito conceptual

El Derecho privado es el conjunto de normas que regulan lo relativo a los particulares y sus relaciones entre sí o con los entes públicos cuando actúan como particulares – es decir, sin ejercer sus potestades públicas–. Las normas de Derecho privado se caracterizan por estar inspiradas en el interés de la persona, existir igualdad entre las

partes y fundamentarse en la autonomía privada. La principal rama del Derecho privado es el Derecho civil, el cual regula la personalidad y las relaciones más comunes de la convivencia humana.¹¹⁵ En efecto, el Derecho civil comprende las siguientes materias:

- › El Derecho de las personas, que regula el inicio y fin de la existencia de las personas naturales y jurídicas, la capacidad jurídica y la administración de los bienes de los incapaces, los derechos de la personalidad, los atributos de la personalidad; es decir, los elementos que determinan las condiciones de cada individuo en su relación jurídica con los demás; tales como, el estado civil, el domicilio, la nacionalidad, y ciertos derechos calificados de personalísimos, por cuanto no pueden transmitirse o transferirse a otras personas;
- › El Derecho de las obligaciones y los contratos, que regula los hechos, actos y negocios jurídicos, y sus consecuencias y efectos vinculantes;
- › El Derecho de cosas o de bienes, que regula lo que se conoce como derechos reales y, en general, las relaciones jurídicas de los individuos con los objetos o cosas; tales como, la propiedad, los modos de adquirirla, la posesión y la mera tenencia;
- › Normas de responsabilidad civil;
- › El Derecho de familia que regula las consecuencias jurídicas de las relaciones de familia, provenientes del matrimonio y del parentesco. Sin perjuicio, que parte de la doctrina la considera una rama autónoma del Derecho;
- › El Derecho de sucesiones o sucesorio, que regula las consecuencias jurídicas que vienen determinadas por el fallecimiento de un individuo en cuanto a las formas de transmisión de sus bienes y derechos a terceros;
- › Por último, también incluye normas genéricas aplicables a todas las ramas del Derecho, como la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, y normas de Derecho internacional privado. Por esta última razón, el Derecho civil recibe su denominación de Derecho común.¹¹⁶

Los Derechos civiles se clasifican en patrimoniales y extrapatrimoniales. Los patrimoniales que son el conjunto de bienes, servicios, derechos, intereses, utilidades y ganancias, que corresponden al patrimonio de la persona, que pueden ser valorizados

¹¹⁵ Federico Arnau, *Lecciones de Derecho civil* (Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: 2008), 20 y ss.

¹¹⁶ Adriana de los Santos, *Derecho civil* (México: Red Milenio, 2012), Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: 2008), 11 y ss.

monetariamente, dinerariamente, económicamente, matemáticamente, pueden ser transferidos, enajenados, cuantificados, medidos, pesados, etc. son de libre disposición. Los extrapatrimoniales son aquellos de carácter inmaterial, cualitativos, que no pueden ser valorizados económicamente, ni medidos, ni pesados, que no pueden expresarse matemáticamente, no pueden ser transferidos ni enajenados.

Cuando la contienda judicial se refiera a esta clase de derechos subjetivos disponibles para sus titulares, lo lógico es que el poder de disposición de que disfrutaban las partes fuera del proceso deba trasladarse también al ámbito procesal.¹¹⁷ De allí, cuando los procesos versen sobre derechos e intereses de carácter exclusivamente privado, han de configurarse conforme al principio dispositivo, en virtud del cual, corresponde a las partes dar inicio al proceso, fijar su objeto y determinar incluso libremente el modo de terminarlo –optando de entre los distintos modos que la ley prevea para el efecto–. El principio dispositivo, en sentido estricto propugna la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción.¹¹⁸ El fundamento de este principio se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico, acogido por ordenamientos jurídicos, que reconocen constitucionalmente el derecho a la propiedad privada –art. 66.26 CRE–. Este reconocimiento constitucional implica una distinción clara entre intereses privados y públicos y, por tanto, exige que el proceso civil deba estar informado por el principio dispositivo.¹¹⁹

Los procesos en materia civil se encuentran normados por el Código Orgánico General de Procesos, cuerpo legal que establece dos tipos de procedimientos de conocimiento –ordinario¹²⁰ y sumario¹²¹–, dos trámites ejecutivos –ejecutivo¹²² y monitorio¹²³– y el trámite común de ejecución. De igual manera prevé recursos ordinarios –ampliación,¹²⁴ revocatoria, reforma¹²⁵ y apelación¹²⁶– y extraordinarios –hecho¹²⁷ y casación¹²⁸– para la impugnación de las resoluciones judiciales.

117 Andrés de la Oliva Santos y Pilar Peiteado Mariscal, *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva* (Madrid: UDIMA, 2014), 248.

118 Juan Montero Aroca y otros, *Derecho Jurisdiccional I* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 261.

119 Joan Picó i Junoy, “Los Principios del Nuevo Proceso Civil”, en Jaime Alonso-Cuevillas (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen I (Barcelona: Ecomonist & Jurist, 2000), 30-31.

120 Código Orgánico General de Procesos, artículo 289 y ss.

121 Código Orgánico General de Procesos, artículo 332 y ss.

122 Código Orgánico General de Procesos, artículo 347 y ss.

123 Código Orgánico General de Procesos, artículo 362 y ss.

124 Código Orgánico General de Procesos, artículo 253.

125 Código Orgánico General de Procesos, artículo 254.

126 Código Orgánico General de Procesos, artículo 256 y ss.

127 Código Orgánico General de Procesos, artículo 266 y ss.

128 Código Orgánico General de Procesos, artículo 278 y ss.

7.4.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas civiles

La PGE en materia civil, especialmente tiene a su cargo una serie de causas de diferentes ámbitos, pues es tan amplio su espectro de acción debido a las diversas situaciones que se plantean en esta especialidad. Las materias de incidencia se encuentran determinadas en el Código Civil, su aplicación y defensa le compete a esta área de la PGE, entre las que podemos enunciar las siguientes:

- › Amparos posesorios planteados respecto de bienes del Estado.
- › Acciones de nulidad de sentencias.
- › Nulidad de instrumentos públicos especialmente de escrituras públicas.
- › Demandas de terminación de contratos de arrendamiento.
- › Ejecución de sentencias.
- › Cobro de servicios profesionales.
- › Cobro de facturas. Se toma en cuenta para la intervención la cuantía y a partir de ello, cuando estas son elevadas se interviene en forma directa, cuando son cuantías bajas se señala casilla judicial; y si es en contra de ministerios se les otorga una delegación externa.
- › Sucesiones intestadas. El Estado ecuatoriano entra como un beneficiario conforme lo determinan los Arts. 1032 y 1033 del Código Civil. En este caso, se otorga la delegación civil externa a la Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria (INMOBILIAR), institución encargada de administrar los bienes del Estado.
- › Partición de bienes hereditarios.
- › Juicios de reivindicación.
- › Juicios de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
- › Inscripciones tardías de nacimiento.
- › Demandas de daños y perjuicios.
- › Acciones de daño moral.

Una vez que las demandas ingresan a la Subdirección de Patrocinio Civil, son analizadas y se da la disposición para su intervención directa, o bien se dispone la supervisión conforme lo dispone el Art. 5, literal c) de la LOPGE, otorgándole la facultad de intervenir directamente en cualquier estado o etapa procesal, bien para replantear el proceso, aplicación de normas o bien para plantear recursos horizontales o de apelación en defensa de los intereses del estado.

La PGE, a través de la Subdirección de Patrocinio Civil, es notificada en demandas de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; se dan juicios entre particulares y se procede a citar o notificar a la PGE, en cuyo caso se señala casilla judicial y se solicita al juez se deje de contar con la PGE, por no revertir interés público; y que sólo se debe contar con los Gobiernos Autónomos Municipales Descentralizados, de conformidad con la Disposición General Décima del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

En la mayoría de causas civiles, la PGE señala casillero y supervisa la causa; pero hacemos énfasis e intervenimos de manera directa, contestando la demanda y defendiendo los intereses del Estado ecuatoriano en los juicios de daño moral y daños y perjuicios como las causas de mayor incidencia, especialmente por las exageradas cuantías o pretensiones de los demandantes, acciones que han sido objeto de análisis también debido a la competencia de los juzgados civiles, por lo que la Corte Nacional emitió la Resolución No. 04-2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 513, de 2 de junio de 2015, en la que determinó que dichas acciones debían cumplir con ciertos requisitos para que sean conocidas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; las demás pasaron a ser de competencia de los Juzgados Civiles. Resulta un caso particular el que estas demandas de daños y perjuicios o daño moral contra el Estado sean conocidas por la Jurisdicción Civil, como lo determina el artículo 2 de dicha Resolución, que establece:

Artículo 2.- La jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer las acciones por indemnización de daños y perjuicios establecidas en los artículos 185.6 y 217.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, siempre que la indemnización que se pretenda se derive de casos de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad estatal, o de sus empleados y funcionarios públicos. No corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa los juicios de indemnización de daños y perjuicios en los que se reclame únicamente la reparación de un daño pecuniariamente cuantificable y separable de una actuación administrativa.

Estas dos clases de acciones requieren un análisis previo para poder plantear la defensa, ya que tienen una carga probatoria muy específica y demostrarla es una de las causales por las que suelen ser rechazadas las demandas, ya que toman en cuenta la defensa jurídica de la PGE. Estos casos son los que revisten mayor atención y análisis, por varios motivos, en lo principal debido a las elevadas cuantías, la determinación del término para reclamar el derecho (prescripción), y las pretensiones planteadas en la demanda.

La PGE ha identificado elementos sustanciales que han sido argumentos técnicos jurídicos mediante los cuales se han obtenido sentencias favorables. Estos elementos se encuentran determinados en la ley y la doctrina, pero al ser dos figuras jurídicas que tienen una relación muy estrecha en cuanto a derechos para quienes consideran haber sido víctimas de alguna forma de daño, perjuicio o falta grave a la dignidad por parte de una institución pública, generan un gran interés para ser demandadas.

El aporte significativo de la PGE en las demandas de daño moral y daños y perjuicios que comúnmente se las considera como acciones idénticas, se fundamenta en la premisa de plantear la diferenciación entre estas dos acciones ante los jueces y tribunales, tomando en consideración el tipo de perjuicio ocasionado y la temporalidad de plazos y/o términos para demandar. En el caso de daños y perjuicios, esta acción implica un perjuicio patrimonial, y su tiempo de prescripción es de 10 años. En las acciones de daño moral, el perjuicio tiene una connotación subjetiva encaminada a demostrar la afectación social o moral del afectado, y el término legal para iniciar la acción es de 4 años a partir del cometimiento del acto; es ahí donde la línea argumentativa y de defensa de la PGE tiene relevancia, al ser acogida por los jueces y tribunales, alcanzando sentencias favorables al Estado.

El análisis del conjunto de estos y otros elementos son los que hacen la diferencia en la intervención de la defensa técnica de la PGE, para el éxito y obtención de sentencias apegadas a derecho, con un análisis jurídico y doctrinario de argumentos válidos que sustentan una defensa en pro de los intereses del Estado.

7.4.3. Caso paradigma: patrocinio de causas civiles

La señora Martha Lorena Corral Villalba ingresó a laborar en el Ministerio de Finanzas el 1 de junio del 2013, como servidor público 6; con fecha 24 de abril del 2015, según su demanda, fue retirada de su lugar de trabajo en el Ministerio de Finanzas y conducida a la Unidad de Delitos Flagrantes de Quito, donde se le inició una instrucción fiscal por el presunto delito de Extorsión; se emitió la sentencia el 30 de julio de 2015 por el Juez de la Unidad Judicial Penal con competencia en delitos flagrantes, en la que se ratificó su estado de inocencia.

La pretensión de la accionante busca en sentencia se condene al pago de reparación por el daño moral supuestamente ocasionado y fija una cuantía de USD 300.000,00. La demanda por daño moral surge a partir de la desvinculación laboral del Ministerio de Economía y Finanzas de la señora Martha Lorena Corral Villalba, derivada de una investigación policial por delito de extorsión, iniciado por la Fiscalía General del Estado, por comunicaciones realizadas al interno del Ministerio y por las publicaciones de notas de prensa realizadas sobre la política institucional de condenar todo acto de corrupción.

La intervención de los abogados del área de lo civil se centra en tomar los aspectos jurídicos específicos para la defensa. En la causa bajo análisis, propuso como defensa la inexistencia del nexo causal entre "... el motivo que justifica el daño moral y que este provenga del accionar o negligencia ilícita o culposa del agente del daño, siendo este último el llamado por ley a responder...". En el presente caso, al no existir de manera clara y real los supuestos daños, no se cumple con el presupuesto establecido en el artículo 2232 del Código Civil que señala que: "La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado.", así como tampoco existe el nexo causal entre los hechos, el derecho y los demandados, por lo que se torna improcedente hablar de reparación de daño moral.

En el caso propuesto, la defensa de la PGE advierte que la actora en su demanda, plantea hechos que no se encuentran sustentados en base legal y sin tener derecho alguno a demandar daño moral, determinando que la presente causa no cuenta con los presupuestos jurídicos a los que se refieren los artículos 2214 y 2231 del Código Civil. Además, se aclara que las personas jurídicas no cometen delitos ni cuasidelitos. Bajo estos argumentos, la PGE plantea su defensa como excepciones de fondo. La PGE es quien plantea la excepción previa de prescripción de la acción para demandar un supuesto daño moral, excepción previa que es aceptado por la Jueza de la Unidad Judicial Civil, cuya decisión es apelada por la parte accionante.

La Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en segunda instancia, determina una violación al proceso por parte de la Juez inferior, por haberse dictado mediante auto interlocutorio, la aceptación de la excepción planteada por la PGE de prescripción, lo que conllevó que se declare la nulidad a partir de la audiencia preliminar, debiendo sustanciarse el proceso ante otro juez de lo civil.

Al volver a sustanciarse la audiencia preliminar, el juez, mediante auto, niega la excepción previa de prescripción planteada por la PGE, siendo apelada esta decisión judicial por los abogados de la PGE. En sentencia emitida por el Juez de la Unidad Judicial Civil concluye que "se desecha la demanda planteada por falta de pruebas".

La contestación a la demanda tiene por ley una estructura establecida; las excepciones previas, que están sujetas a criterio del juzgador y pueden o no ser aceptadas en audiencia, como ocurrió en el presente caso; y las excepciones de fondo, que resultan del análisis de cada caso y la prueba que se tenga.

Fue importante el planteamiento de los abogados del área civil de proponer la prescripción de la acción, ya que, pese a la fundamentación realizada en audiencia, el juez la negó, por lo que la defensa de la PGE debió apelar de esta decisión y sustentarla en segunda instancia ante la Sala Especializada de la Corte Provincial; bajo los argumentos de la defensa de los abogados del área de lo civil de la PGE se logró obtener una sentencia favorable, aplicando la excepción previa de prescripción como se lo había planteado por la defensa institucional.

En razón del tiempo transcurrido desde el 24 de abril del 2015, fecha en la que tal como señala en su demanda “...Fui conducida a la Unidad de Delitos Flagrantes de esta ciudad de Quito... donde se me inició una instrucción fiscal; y se me acusó por el presunto delito de extorsión...”, hasta el 17 de mayo del 2019, fecha en que fue citada la PGE, es decir 4 años, 23 días de exceso de tiempo para demandar por daño o dolo. Argumento demostrado, y sostenido por la defensa de los abogados de la PGE, concluye el proceso, en segunda instancia, con una sentencia favorable. La decisión del juez fue la siguiente: “... SEXTO (Decisión): Por lo antes expuesto, con fundamento en el Art. 295.1 del COGEP, Resuelvo: aceptar la excepción previa de prescripción de la acción ordinaria y por ser una excepción no subsanable, se declara sin lugar la demanda...”. Quedó, de esta manera, precautelado el interés público en debida aplicación de la legislación vigente.



7.5. Área penal

7.5.1. Ámbito conceptual

Corresponde al Derecho sustantivo penal determinar qué hechos o conductas deben ser objeto de tipificación penal. A lo procesal penal le corresponde, como instrumento de la función jurisdiccional, determinar si la conducta tipificada en la Ley penal debe ser castigada mediante la imposición de la pena. Los términos delitos, pena y proceso son rigurosamente complementarios y no se puede excluir a ninguno de ellos. De modo que, para la imposición de una pena, será siempre indispensable la existencia previa de un proceso penal finalizado con sentencia condenatoria.

El proceso penal está caracterizado por ser el cauce para la aplicación del *ius puniendi*, configurado como una potestad soberana del Estado de Derecho destinada a

restablecer el orden jurídico perturbado con la imposición de las penas correspondientes a la comisión de los delitos tipificados. De este modo, el Estado garantiza el justo derecho a la reparación de los ciudadanos perjudicados por la comisión de los actos delictivos erradicando la autotutela. Ahora bien, la gravedad de las consecuencias de los procesos penales exige la aplicación al proceso penal de una serie de garantías procesales que eviten el sometimiento del ciudadano a vejaciones odiosas o a una condena injusta.

Los caracteres del proceso penal vienen determinados por su fundamento y finalidad y se ponen de manifiesto en la contraposición con el fundamento, principios y características que rigen en el proceso civil que ha sido analizado. En cuanto a su fundamento, el proceso penal, a diferencia del civil, que pretende el restablecimiento de un derecho subjetivo privado lesionado, tiene como fin ejercer el *ius puniendi* del Estado para el restablecimiento del orden jurídico quebrantado por la infracción de la norma. Ello, sin perjuicio de que en el proceso penal también pueda ejercitarse, por el perjudicado y junto con la acción penal, la acción civil para la reparación del daño causado y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados y, además, medidas de reparación inmaterial, que tornan efectiva a la justicia restaurativa y no sólo se enfoca en la sanción del responsable, sino también en la víctima de la infracción penal. Respecto a los principios que rigen ambos procesos, en el proceso civil, conforme con la disponibilidad de la acción civil, resultan de aplicación el principio dispositivo y de aportación de parte. En el proceso penal, por el contrario, rigen los principios de oficialidad y de investigación de oficio, con base en el carácter indisponible de la acción penal. Sin perjuicio de los escasos supuestos de delitos perseguibles sólo a instancia de parte.¹²⁹

En efecto, el proceso penal no es disponible por las partes, por lo que no puede ser suspendido, interrumpido o modificado por voluntad de las partes. Tampoco resulta admisible, a diferencia de lo que sucede para el proceso civil, el allanamiento, la renuncia o el desistimiento, salvo respecto a los denominados delitos privados. No obstante, cabe precisar que existen ciertas manifestaciones del principio de oportunidad que permiten una cierta disponibilidad del objeto del proceso. Así sucede, por ejemplo, con la denominada conformidad del acusado basada en un principio de consenso con paralelismo con otras figuras de corte anglosajona, como son el “plea guilty”, si bien este comporta un reconocimiento de culpabilidad y no es, en puridad técnica, una conformidad con la pena más grave solicitada.¹³⁰

129 José María Rifá Soler, Manuel González e Iñaki Riaño Brun, *Derecho procesal penal* (Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006), 29-30

130 *Ibidem*, 42

Los procesos en materia penal se encuentran normados por el Código Orgánico Integral Penal, cuerpo legal que establece un procedimiento ordinario¹³¹ y cuatro procedimientos especiales –abreviado, directo, expedito y para el ejercicio privado de la acción penal¹³²–. De igual manera, prevé recursos ordinarios –apelación¹³³– y extraordinarios –casación,¹³⁴ revisión¹³⁵ y hecho¹³⁶– para la impugnación de las resoluciones judiciales.

7.5.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas penales

En el área penal, la PGE ejerce la representación judicial y el patrocinio del Estado como víctima de la infracción penal, de conformidad con el artículo 237, numerales 1 y 2 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 441, numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) y los artículos 3, letra a) y 5, letras a) y b) de la Ley Orgánica de la PGE. El Código de Procedimiento Penal recogía la posibilidad que el Estado fuera ofendido; sin embargo, no se preveía específicamente su participación en el proceso.

A partir de la vigencia del COIP, se reconoció al Estado la calidad de víctima de la infracción penal. Como sujeto procesal, la víctima puede intervenir en el proceso con o sin acusación particular. En el caso de la PGE, la acusación particular se presenta, en representación del Estado como víctima de la infracción penal, al amparo de los artículos 11, numeral 1 y 432, numeral 3 del COIP. Desde entonces, la PGE ha comparecido como acusador particular en 20 causas, de las cuales 15 corresponden al período en el que el Dr. Íñigo Salvador Crespo ha actuado como Procurador General del Estado.

A estos casos se suman aquellos en los que la PGE ejerce la defensa técnica de las acusaciones particulares presentadas por otras instituciones y todas las investigaciones que se encuentran en fase preprocesal. En la Subdirección Penal se reciben diariamente notificaciones de la Fiscalía y de los juzgados, tribunales y salas de las cortes, relacionadas a noticias de delito o procesos penales en marcha. Estas notificaciones se revisan para determinar:

- › Si el delito está relacionado con una posible afectación a la administración pública.
- › Si la institución directamente relacionada a los hechos cuenta o no personería jurídica.

131 Código Orgánico Integral Penal, artículo 580 y ss.

132 Código Orgánico Integral Penal, artículo 634 y ss.

133 Código Orgánico Integral Penal, artículo 653 y ss.

134 Código Orgánico Integral Penal, artículo 656 y ss.

135 Código Orgánico Integral Penal, artículo 658 y ss.

136 Código Orgánico Integral Penal, artículo 661 y ss.

Cuando se ha determinado que se trata de uno de los delitos contra la eficiencia de la administración pública (ej. peculado), o que está relacionado con alguno de ellos (ej. delincuencia organizada para cometer cohecho), se asigna a un abogado para que revise el expediente fiscal, obtenga toda la información disponible sobre el caso, determine si le corresponde intervenir a la PGE o a otra institución pública, coordine con los servidores de las instituciones relacionadas a los hechos, asista a la diligencias que se señalen, sugiera actuaciones que permitan esclarecer los hechos e informe periódicamente sobre los avances del caso, entre otras actividades.

Considerando que la mayoría de delitos contra la eficiencia de la administración pública tienen la característica de ser imprescriptibles, las investigaciones suelen durar varios meses o años hasta reunir suficientes elementos que permitan iniciar un proceso penal o, en su defecto, archivar la investigación. Los criterios para definir la asignación de casos son:

- › La complejidad de los hechos.
- › El tipo de delito.
- › La cantidad de sospechosos o procesados.
- › La carga laboral de cada uno de los abogados.
- › El rol de actuación de la PGE.

En la mayoría de procesos se asigna al menos a dos abogados de la Subdirección, ya que, a causa de la duración extensa de las investigaciones suelen presentarse cruces de horarios en las diligencias de las distintas causas. Cuando un caso reviste mayor complejidad, se asigna un grupo de abogados responsables del proceso. El equipo mantiene reuniones frecuentes durante el transcurso de la investigación para definir escenarios, posibles diligencias, fortalezas y debilidades de la investigación.

Dentro de la definición de la estrategia jurídica de la PGE, lo más importante es analizar los hechos del caso, a la luz de los elementos de tipicidad del delito atribuido y en contraste con los elementos probatorios que sean necesarios para determinar que el delito existe y quiénes participaron en él. De manera paralela a la asistencia a las diligencias investigativas, los abogados deben revisar el expediente fiscal para analizar la documentación que se va agregando, determinar los hechos más relevantes a los que se ha hecho referencia en las versiones y estudiar los peritajes. En caso de considerarlo necesario, se requiere la práctica de nuevas diligencias o la ampliación o aclaración de los peritajes.

Durante la etapa de instrucción se analiza si corresponde presentar la acusación particular a la PGE o se coordina con las entidades, directamente relacionadas con los hechos, para que lo hagan. En caso de que no se presente la acusación particular, los abogados asignados al caso elaboran un informe sobre los motivos de esta decisión. Para la presentación de la acusación particular, por parte de los abogados de la PGE o de otras instituciones, se preparan las delegaciones correspondientes, de conformidad con el artículo 432, numeral 3 del COIP.

Para la comparecencia a las audiencias, según el rol de actuación de la PGE, los abogados preparan guiones de sus intervenciones en los cuales se exponen los puntos principales, de acuerdo el tipo de audiencia. Se preparan también posibles respuestas a argumentos de la contraparte. Finalmente, una vez que se emiten las resoluciones, los abogados analizan si cabe o no presentar recursos. En caso de que no sea factible hacerlo, y se trata de una sentencia desfavorable para el Estado, el abogado responsable elabora un informe en el que se explican los motivos.

7.5.3. Caso paradigma: patrocínio de causas penales

El juicio más relevante en el área penal fue el caso Sobornos 2012-2016, por el delito de cohecho, dentro de la causa 17721-2019-00029G. Este caso se relaciona con el esquema de corrupción diseñado, dirigido y utilizado por funcionarios públicos de la Presidencia de la República, Vicepresidencia de la República, Ministerio Coordinador de los Sectores Estratégicos, Ministerio de Transporte y Obras Públicas y Secretaría Nacional del Agua SENAGUA; a través del cual se adjudicaban contratos y se suscribían contratos con empresarios que, a cambio, entregaron sobornos que beneficiaron, personalmente, a los sentenciados y/o al movimiento Alianza País.

El 5 de mayo de 2019 se dio formulación de cargos en contra de Pamela Martínez y Laura Terán (proceso No. 17282-2019-01537). Prisión preventiva para ambas. El 1 de junio de 2019 se dio formulación de cargos en contra de María de los Ángeles Duarte y Alexis Mera (proceso No. 17721-2019-00029 G). Prisión preventiva para Mera; presentación periódica, uso de dispositivo electrónico y prohibición de salida del país de Duarte junto a la prohibición de enajenar bienes y la incautación. El 19 de junio de 2019 se realizó reformulación de cargos en contra de María de los Ángeles Duarte y Alexis Mera (antes concusión, luego asociación ilícita, cohecho y tráfico de Influencias). Acumulación de los dos procesos.

El 3 de julio de 2019 se dio apelación al auto de prisión preventiva en contra de Alexis Mera. Se dispone su arresto domiciliario, uso del dispositivo electrónico y prohibición de salida del país. El 8 de agosto de 2019 se realizó la vinculación de Rafael Vicente Correa Delgado, Jorge David Glas Espinel, Walter Hipólito Solís Valarezo, Roldán Vinicio

Alvarado Espinel, Viviana Patricia Bonilla Salcedo, Christian Humberto Viteri López, Yamil Farah Massuh Jolley María Augusta Enríquez Argudo, Francisco Javier Noboa López e Ítalo Romano Centanaro Villacís, Cai Runguo José Enrique Verdú Rodríguez, Alberto José Hidalgo Zavala, Víctor Manuel Fontana Zamora, Ramiro Leonardo Galarza Andrade, Edgar Román Salas León, Pedro Vicente Verduga Cevallos, Bolívar Napoleón Sánchez Rivadeneira, William Wallace Phillips Cooper, Rafael Leonardo Córdova Carvajal, Teodoro Fernando Calle Enríquez y Mateo Choi.

El 28 de agosto de 2019, la PGE presentó la acusación particular, por el delito de cohecho tipificado en el artículo 286 del Código Penal, vigente en el momento de los hechos y recogida en el artículo 280 del COIP, en concordancia con el artículo 233, inciso 2º de la Constitución de la República. La PGE intervino como acusador particular debido a que el delito de cohecho, es uno de los que atentan contra el bien jurídico protegido “administración pública”, desarrollado en el título III, capítulo VII, del Código Penal, recogido en el actual Código Orgánico Integral Penal como uno de los delitos que afecta a la “eficiencia de la administración pública”, lo que en la doctrina se conoce como la “correcta marcha de la administración pública”.

El 16 de octubre de 2019 se emitió el dictamen abstentivo a favor de Francisco Javier Noboa López e Ítalo Romano Centanaro Villacís. El 8 de noviembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la cual tuvo una duración de 11 días. El 3 de enero de 2020 se dictó el llamamiento a juicio en contra de Rafael Correa, Jorge Glas, Pamela Martínez, Laura Terán, Alexis Mera, María Duarte, Walter Solís, Vinicio Alvarado, Viviana Bonilla, Christian Viteri, Yamil Massuh, Alberto Hidalgo, Víctor Fontana, Ramiro Galarza, Edgar Salas, Pedro Verduga, Bolívar Sánchez, William Phillips, Rafael Córdova, Teodoro Calle y Mateo Choi. Así mismo se emitió el sobreseimiento a favor de María Enríquez, Cai Runguo y José Verdú.

El 10 de febrero de 2020 inició la audiencia de juicio, la cual concluyó el 6 de marzo. El 7 de abril de 2020 se emitió la resolución oral sentencia condenatoria en contra de Rafael Vicente Correa Delgado, Jorge David Glas Espinel, Roldán Vinicio Alvarado Espinel, María de los Ángeles Duarte Pesantes, Alexis Javier Mera Giler, Viviana Patricia Bonilla Salcedo, Walter Hipólito Solís Valarezo, Pamela María Martínez Loayza, Laura Guadalupe Terán Betancourt, Alberto José Hidalgo Zavala, Víctor Manuel Fontana Zamora, Ramiro Leonardo Galarza Andrade, Edgar Román Salas León, Pedro Vicente Verduga Cevallos, Bolívar Napoleón Sánchez Rivadeneira, William Wallace Phillips Cooper, Rafael Leonardo Córdova Carvajal, Teodoro Fernando Calle Enríquez, Choi Kim Du Yeon y Christian Humberto Viteri López. Por otro lado, se ratificó de la inocencia de Yamil Massuh. El 26 de abril de 2020 se emitió la sentencia escrita del tribunal de juicio.

El 24 de junio de 2020 se llevó a cabo la audiencia de apelación. La PGE apeló de la sentencia condenatoria a fin de que se determinen reglas claras con las cuales se fije el monto de reparación a pagar por cada uno de los sentenciados. El 20 de julio de 2020 se emitió la resolución oral que acogió el recurso de la PGE y señaló los montos a pagar por cada uno de los procesados, de acuerdo a su participación en el delito. El 22 de julio de 2020 se emitió la sentencia escrita del tribunal de apelación.

El 3 de septiembre de 2020 se llevó a cabo la audiencia de casación. La PGE argumentó que en la sentencia no existía violación a la ley, de manera que debían rechazarse los recursos planteados por los sentenciados. El 7 de septiembre de 2020 se emitió la resolución oral. El 8 de septiembre de 2020 se emitió la sentencia escrita del tribunal de casación que niega los recursos y casó de oficio la sentencia. El 23 de septiembre de 2020, el Tribunal dispuso que la PGE proporcione el número de cuenta en el que se deberán hacer los depósitos relacionados al pago de la indemnización por daños materiales. El 24 de septiembre de 2020, la PGE remitió los datos de la cuenta única y el procedimiento para la transferencia del dinero, de conformidad con los lineamientos determinados por el Ministerio de Economía y Finanzas, en el oficio No. MEF-CGJ-2020-0123-O.

Por otro lado, el Tribunal indicó que señalaría día y hora para el acto de disculpas públicas y la colocación de la placa en el palacio de Carondelet. Además, en relación a las clases sobre ética laica y transparencia en la administración pública, el Tribunal dispuso que la Fiscalía y la Procuraduría coordinen las acciones para que el Tribunal pueda verificar el cumplimiento de las 300 horas de clase. Para la ejecución del curso de ética, la PGE, mediante oficio No. 1040 de 5 de octubre de 2020, consultó a la Contraloría General del Estado respecto de la posibilidad de que la Dirección Nacional de Capacitación de esa entidad pública imparta el referido curso, en atención al artículo 3 del Reglamento sustitutivo para regular la capacitación otorgada a través de dicho ente de control.

Mediante providencia de 6 de octubre de 2020, el Tribunal dispuso que a partir de esa fecha corría el plazo de 30 días para que los sentenciados pagaran los montos determinados a título de indemnización de daños materiales. En septiembre de 2020, la PGE inició la búsqueda de bienes de los sentenciados, a fin de hacer efectivo el pago del monto de indemnización fijado a título de reparación. El 5 de noviembre de 2020 concluyó el plazo que el Tribunal de juicio del caso Sobornos 2012-2016 dio a los sentenciados, a fin de que cumplan con el pago de los USD14.745.297,16 dispuestos a título de reparación integral en favor del Estado ecuatoriano. El 6 de noviembre de 2020, la PGE presentó el pedido de ejecución de las obligaciones contenidas en la sentencia.



7.6. Área laboral

7.6.1. Ámbito conceptual

Intermedio y equidistante entre el derecho procesal dispositivo –civil– y el procesal oficioso –penal–, el derecho procesal social se estudia como el sistema de principios, doctrinas e instituciones protectoras y reivindicadoras de los grupos humanos social o económicamente en situación de desequilibrio. Comprende el derecho procesal social, al derecho procesal del trabajo, al derecho procesal de la seguridad social, entre otros.¹³⁷ Al analizar la situación del trabajador, es posible verificar que, en la mayoría de los casos, no cuenta con los recursos necesarios para asumir el peso procesal y todo lo que esto implica, mientras que el empleador tiene todas las posibilidades para responder ante estas eventualidades. Por tal razón, el fin último de este derecho es proteger lo más posible la condición digna del primero, brindarle los medios para garantizarle estabilidad con la autonomía, la jurisdicción y la misma ley para materializar con amplitud los objetivos propuestos del derecho laboral con miras siempre a mejorar la calidad de vida del trabajador.

Sin duda, este punto de vista se rinde ante una sensibilidad enfocada, esencialmente, a beneficio del trabajador, pues busca asegurar y velar que el operario tenga lo necesario para vivir decorosamente y que sus derechos no se vean vulnerados ni trastocados por quienes ostentan un nivel superior.¹³⁸ Bajo este entendimiento, el proceso laboral se caracteriza por su orientación a aplicar una igualdad por compensación para nivelar idóneamente en el proceso la posición de los trabajadores, históricamente desequilibrada, frente a la de los empleadores.

En el proceso laboral, si bien el principio dispositivo tiene plena vigencia, sufre una cierta atenuación a consecuencia de la naturaleza de los intereses discutidos, los cuales, si bien son subjetivos, son también sociales; es decir, interesan a otras personas, y en general a la colectividad. Es en este carácter que el juez debe fundarse para evitar que una disponibilidad de tales derechos puedan traducirse en una renuncia de los mismos prohibida por la ley o perjudicial para terceros.¹³⁹ Así, en el proceso laboral opera el principio dispositivo, pues corresponde a las partes el impulso procesal del juicio. De esta suerte, el inicio del juicio presupone la presentación de la demanda y requiere la gestión correspondiente de las partes para continuar su curso. Sin embargo, también es aplicable el principio de oficiosidad, pues son irrenunciables los derechos procesales de

137 Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle Favela, *Derecho procesal* (México: UNAM, 1983), 16 y ss.

138 Lays Meza Yances, “Favorabilidad en el derecho procesal del trabajo: aplicación estricta o ilimitada”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19, núm. 2 (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 198.

139 Raúl Fernández Toledo, *Las Facultades y Deberes del Juez en Materia Probatoria* (Santiago de Chile: Editorial PuntoLex-Thomson Reuters, 2011), 44.

los trabajadores. Asimismo, los órganos jurisdiccionales en esta materia tienen amplias facultades para decretar las diligencias que se estimen necesarias para esclarecer los hechos.¹⁴⁰ Opera, entonces, en materia procesal laboral el principio cuasi oficioso.

De esta manera, el proceso laboral contribuye a reducir la llamada “brecha entre norma y realidad”, a fin de que el juzgamiento sea protector de los trabajadores, sin que ello implique una afectación a las garantías generales de imparcialidad y no prevención del órgano jurisdiccional. Para cumplir con tales fines, en materia procesal laboral se vuelve prioridad en el establecimiento y la dirección del proceso el mayor énfasis en la intermediación y concentración, la búsqueda efectiva de la celeridad, la aplicación directa de las normas internacionales de trabajo, la simplicidad y ausencia de rigurosas formalidades, la economía procesal, la aplicación del principio de tutela, que se expresa de varias maneras: la aplicación de la regla *in dubio pro operario* en la valoración probatoria, la inversión o redistribución de la carga de la prueba, la posibilidad del fallo *ultra* o *extra petita* –vigencia limitada del principio de congruencia–.¹⁴¹

Las controversias de trabajo se sustanciarán mediante el procedimiento sumario establecido por el Código Orgánico General de Procesos, de conformidad con lo previsto por el artículo 575 del Código del Trabajo. El Código Orgánico General de Procesos prevé una serie de reglas particulares para el contencioso laboral, que se corresponden a dicha materia según ha sido analizado. Entre estas reglas particulares podemos citar a normas que regulan la demanda laboral y que permiten al trabajador demandar al empleador, en el mismo libelo, por obligaciones de diverso origen;¹⁴² el juramento deferido;¹⁴³ la improcedencia del abandono en materia laboral;¹⁴⁴ entre otras.

7.6.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas laborales

La PGE tiene como fundamento para el ejercicio de la defensa del Estado el respeto y aplicación irrestrictos de los principios constitucionales y disposiciones legales que permitan realizar una defensa de calidad, efectiva y eficiente en esta materia; en cuanto al análisis de las normas que se encuentran en controversia en cada demanda, en la aplicación de la normativa y leyes especiales, dependiendo de las instituciones demandadas, la atención que prestan y/o su actividad. Para plantear la defensa institucional e intervenir en juicios dentro del ámbito laboral se toman en consideración varios elementos:

140 Héctor Santos Anzuela, “Derecho procesal del trabajo”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 10 (México: UNAM, 2010), 244.

141 Murgas Torrazza, R. “El proceso laboral y su cometido en la aplicación de las normas de trabajo”, Conferencia magistral presentada en el XIX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.

142 Código Orgánico General de Procesos, artículo 150.

143 Código Orgánico General de Procesos, artículo 185.

144 Código Orgánico General de Procesos, artículo 247.2.

- › Cuantía: en lo que respecta a este rubro, el análisis se centra en el monto demandado. En tal virtud, si la cuantía no es un valor elevado la Subdirección señala casillero judicial. Si la cuantía es elevada intervenimos directamente contestando la demanda y patrocinando a la institución hasta el final.
- › Si la institución demandada no tiene personería jurídica se procede a emitir delegación externa, firmada por el Procurador General del Estado. Las delegaciones que se emiten para que las instituciones públicas ejerzan la defensa de los casos no impide que la PGE pueda intervenir también en forma directa en cualquier etapa del proceso, planteando recursos horizontales y verticales defendiendo los intereses del Estado.
- › Si la defensa no afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos, por ejemplo, en casos de despido ineficaz a mujeres embarazadas, la PGE señala casillero judicial y supervisa la causa correspondiente, de conformidad con los artículos 3 letra c); y 5 letra c) de la Ley Orgánica de la PGE; esto permite que la PGE igual pueda intervenir en cualquier etapa del juicio.

Las causas que enfrenta la PGE en el área de lo laboral son las siguientes:

- › Impugnación por Visto Bueno.
- › Despido intempestivo.
- › Impugnación de actas de finiquito.
- › Jubilaciones patronales, respecto a estas causas la PGE solo señala casillero judicial y supervisa la causa, cuando se verifica que el jubilado cumple con los requisitos determinados en el Código del Trabajo, esto es 25 años de trabajo continuo o interrumpido, de conformidad al Art. 216 íbidem.
- › Despido ineficaz, por ejemplo, si se verifica que el despedido posee la calidad de dirigente sindical, la PGE solo supervisa la causa, debido a que no hay línea de defensa y goza de estabilidad legal reforzada.
- › Pago de haberes laborales.
- › Pago de indemnizaciones de conformidad a los Mandatos Constituyentes 2 y 4.

Uno de los parámetros que con mayor incidencia se receptan es aquel respecto a la cuantía que exigen quienes reclaman al amparo de contratos colectivos cuantiosas liquidaciones que no tienen el suficiente respaldo legal; ya sea porque los demandantes no se encuentran amparados por ellos, porque confunden las normas que rigen a obreros y empleados públicos o a la existencia de normas que regulan los montos que deberán cubrirse en casos de separación de los puestos de trabajo, atendiendo siempre a la norma que es muy específica y que debe aplicarse de forma matemática para cubrir las liquidaciones, respetándose los derechos, cuantías y rubros a ser cancelados. En estos casos, la PGE ha analizado y plantea como defensa la aplicación de los mandatos Constituyentes 2 y 4, mediante los cuales se determinan los límites establecidos en el Mandato Constituyente 2, inciso segundo, que hace referencia al pago de indemnizaciones dentro de un margen de 7 hasta 210 salarios básicos unificados.

La PGE, mediante el análisis de la norma que debe aplicarse en cada uno de los casos, fundamenta su defensa en especial en la calidad bajo la cual se da la contratación de los actores de cada juicio; es decir, se analiza si se rigen por el Código de Trabajo, la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) o bien la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP). Esto es el fundamento técnico jurídico en el que hace énfasis la PGE. Los funcionarios públicos de carrera se rigen por una norma orgánica como es la LOSEP y no les ampara la contratación colectiva. Nuestra particularidad respecto a esta diferenciación respecto al régimen jurídico que se aplica en temas laborales en el sector público nos ha permitido obtener resultados positivos para la defensa de las diferentes instituciones públicas en los juicios laborales, aplicando incluso doctrina que se ha ido recopilando de los casos que la PGE ha acumulado durante la intervención en los innumerables juicios, que contribuye a la obtención de sentencias justas y en beneficio del Estado.

El aporte de la PGE está en el enfoque eminentemente jurídico y jurisprudencial, incluso en cuanto al procedimiento que va más allá del análisis fáctico de cada proceso; en muchos de los casos, las instituciones públicas realizan una defensa de los hechos y descuidan el ámbito jurisprudencial y doctrinario.

La PGE fundamenta su argumentación en consideración a la diferencia del ámbito de las relaciones y actividades, debiendo tener en cuenta que según nuestra legislación existen instituciones públicas y empresas públicas, y que cada una tiene su propia normativa orgánica, contenidas en la LOSEP o la LOEP, que son especiales y responden a un régimen propio, con reglamentos y normas especiales expedidos por cada una de ellas. Por tanto, regidas por otras leyes que van más allá del Código de Trabajo, en donde la PGE tiene una intervención preponderante en las demandas que requieren de un análisis basado en el amparo del derecho laboral para prevenir el abuso de la norma en contra de los intereses y recursos del Estado.

La imprecisión jurídica o planteamientos erróneos en las demandas son temas de análisis por parte de los abogados del área de lo laboral de la PGE, con los que se han obtenido sentencias que rechazan las demandas que no han tenido el verdadero trasfondo de exigir un derecho legítimo para los demandantes sino que pretenden obtener réditos económicos en perjuicio del Estado; ha sido necesario, en algunos casos, mantener una defensa coherente y una lógica jurídica ante las Cortes Nacionales para transmitir el verdadero sentido y aplicación de las normas para obtener sentencias favorables; debieron así las autoridades judiciales de nivel superior revocar sentencias de primera instancia a favor del Estado tomando en consideración la defensa jurídica de la PGE.

7.6.3. Caso paradigma: patrocinio de causas laborales

El señor José Luis Vásquez Quinche ingresó a la PGE mediante contrato de trabajo de 6 de febrero de 1998, en calidad de conductor, bajo el régimen del Código del Trabajo. El 28 de junio del 2017 el señor Vásquez Quinche presentó su renuncia, al cargo de Auxiliar de Servicios 2 de la Dirección Administrativa, dirigida al señor Procurador General del Estado, indicando que laborará hasta el 30 de junio del 2017. El 10 de julio del 2017 se suscribe el Acta de Finiquito 6421389ACF, la misma que fue impugnada en la demanda.

Por medio de su demanda en contra de la PGE, el ex empleado pretendió el pago del techo máximo establecido en el párrafo segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente 2, artículo 8, costas procesales, honorarios profesionales del abogado patrocinador e intereses y fijó una cuantía de USD 49.875,00.

La PGE contestó la demanda alegando la suscripción del acta de finiquito de forma libre y voluntaria, donde se le reconocieron todos los valores que legalmente le correspondían, por un valor de USD 8.274,18, sin vulnerar ningún derecho económico que le afecte al demandante, por lo que no tenía derecho a reclamar ningún valor adicional.

Sobre el pretendido pago del techo máximo establecido en el Mandato Constituyente 2, debía tenerse en cuenta que el actor, por las actividades que realizaba, estaba amparado por el Código de Trabajo, motivo por el cual le es aplicable el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente 2, orientado a garantizar la estabilidad de los trabajadores amparados por el Código del Trabajo, preservando el reconocimiento de las indemnizaciones establecidas en ese mismo cuerpo legal para el caso de una terminación de relación laboral de manera intempestiva por decisión del empleador.

Dicho mandato establece como valor anual de siete (7) salarios básicos unificados hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios para el caso de supresión de puestos o de cualquier tipo de terminación de las relaciones laborales, previstas tanto en contratos u otros convenios en los que se haya acordado la entrega de valores, bajo cualquier denominación, por tal concepto. La PGE no había suscrito ningún contrato colectivo, acta transaccional, acta de finiquito u otro acuerdo, que estipulen pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo.

Por parte de la defensa de la PGE se determinó que no existían condiciones contrarias a las establecidas en las normas legales, porque se trata de normas de derecho que no admiten interpretaciones ni condiciones distintas a las determinadas en la ley. El artículo 64 de la Ley de la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajador en el Hogar de 20 de abril del 2015, que reformó a la Ley Orgánica de Servicio Público, dispone:

(...) En el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente número Dos, a continuación de las palabras “será de” incorpórese las palabras “hasta”; puesto que con esa reforma también pasa a constituirse en un límite y no en una determinación concreta de pago de 7 salarios básicos unificados del trabajador por año (...)

En consecuencia, el ex trabajador tenía derecho, únicamente, al pago de la bonificación por desahucio en proporción al tiempo de servicio, ya que el tiempo de la prestación de servicios fue de 19 años en la institución.

En atención a los hechos y la ley aplicable, la PGE argumentó que al actor no le asiste ni corresponde pago alguno dispuesto por el Mandato Constituyente No. 2, mucho menos la jubilación; en apego al ordenamiento jurídico, bajo el principio de debida diligencia y a fin de garantizar la seguridad jurídica, la PGE solicitó rechazar la demanda en su totalidad por carecer de elementos facticos, jurídicos y probatorios, así como el respectivo archivo de la causa.

En sentencia de primera instancia de fecha 03 de marzo de 2020, la Jueza aceptó la demanda y dispuso el pago de USD 49.875,00, decisión que fue apelada por la defensa de la PGE.

En sentencia de segunda instancia, emitida el 07 de octubre de 2020, por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se aceptó el recurso interpuesto por la PGE y declaró sin lugar la demanda, al acoger todos los argumentos jurídicos expuestos en el proceso y aceptar nuestra prueba presentada, con la que se pudo demostrar que la acción interpuesta carecía de fundamento jurídico y no tenía valor probatorio para exigir lo que el actor creía ser asistido, un claro ejemplo, incluso, de abuso del derecho.

El caso en mención es paradigmático, puesto que es tan fundamentada la defensa de la PGE, que incluso el actor no pudo presentar recurso de casación, dado que no se encontraba la sentencia de segunda instancia inmersa en ninguna de las causales del Art. 268 del COGEP.

En el caso propuesto, el área de lo laboral de la PGE plantea la aplicación de la norma acorde a los derechos adquiridos por el trabajador, que le fueron reconocidos al momento de la separación, sin embargo, la jueza de primer nivel no consideró el verdadero alcance de la normativa y reconoció un derecho inexistente. La defensa de la PGE, además de exponer el verdadero alcance de la norma, apoyó su argumentación jurídica con jurisprudencia y de aplicación de la norma, lo que llevó al convencimiento y análisis por la Sala Especializada de Segunda Instancia, la que fundó su criterio en la argumentación jurídica y de jurisprudencia expuesta por la PGE, para que concluya que el recurso interpuesto se encuentra debidamente motivado y declare sin lugar la demanda planteada en contra de la PGE.



7.7. Área contencioso-administrativa y contencioso-tributaria

7.7.1. Ámbito conceptual

El fundamento del proceso contencioso-administrativo y contencioso-tributario es la posibilidad de un control jurisdiccional de la actividad administrativa y tributaria. La división de poderes implica una Función Judicial independiente, con autoridad para juzgar al gobernante por sus actos. Este juzgamiento se lo hace conforme a Derecho y en nombre del Derecho, lo cual sólo es posible si la autoridad está sometida al ordenamiento jurídico, si está limitada por unos derechos del administrado y, por tanto, si es jurídicamente responsable. Adicionalmente, el ambiente democrático republicano, sustentado en la participación ciudadana y en la abrogación del autoritarismo, es presupuesto básico del control del poder, en atención a que en democracia republicana el Derecho prima y legitima los actos de la autoridad.

El proceso contencioso-administrativo y el proceso contencioso-tributario tiene por finalidad lograr que, de modo eficaz y efectivo, la Administración se someta al Derecho, al tiempo que se busca la efectiva vigencia y eficacia de los derechos de los administrados y contribuyentes. Tutela de la legalidad y de los derechos de los administrados, inseparablemente, componen el aspecto teleológico del proceso contencioso administrativo y contencioso tributario; aspecto que constituye una garantía para el administrado íntimamente conjugada con el interés general. Esta perspectiva define la importancia del control jurisdiccional de la Administración Pública y de la Administración Tributaria.¹⁴⁵

De hecho, exigir a la Administración que dé cuenta de sus actos, que explique con claridad las razones que la llevaron a elegir una solución en lugar de otra u otras y confrontar con la realidad la consistencia de esas razones es algo que no sólo interesa al justiciable; sino que importa decisivamente a la comunidad entera, incluida a la Administración, la cual debe ser proclive a corregir sus errores y a acatar la resolución judicial que falle en ese sentido, si con ello se garantiza la observancia de la ley, uno de los fines últimos de todo actuar público.

Juzgar a la Administración, sea para confirmar sus actos o para enmendarlos, es una garantía esencial en un Estado de Derecho desde lo jurídico material; pero también algo distinto, y algo más que eso: juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor. Lo anterior porque, al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración, obliga a esta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos; así previene a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables pero no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana de ayer y de hoy.¹⁴⁶

El contencioso-administrativo comprende las siguientes acciones:

- › La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.

¹⁴⁵ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano jurisprudencia, dogmática y doctrina* (Quito: Andrade y Asociados, 2007), 21.

¹⁴⁶ Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración* (Madrid: Civitas, 1994), 132.

- › La de anulación, objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, que puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.
- › La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público.
- › La especial de pago por consignación cuando la o el consignador o la o el consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República.
- › La especial por responsabilidad objetiva del Estado.
- › La especial por nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, conforme con la ley.
- › La especial por controversias en materia de contratación pública.¹⁴⁷

Todas las acciones contencioso-administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario previsto por el Código Orgánico General de Procesos, salvo las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario previsto por el referido código.¹⁴⁸

El contencioso-tributario comprende las acciones de impugnación, las acciones directas y las acciones especiales. Por medio de las acciones de impugnación, que se tramitan a través del procedimiento ordinario previsto por el Código Orgánico General de Proceso, se pueden impugnar:

- › Reglamentos, ordenanzas, resoluciones o circulares de carácter general, dictadas en materia tributaria, cuando se alegue que tales disposiciones han lesionado derechos subjetivos de los reclamantes, o cuando se persiga la anulación total o parcial de dichos actos normativos.
- › Actos administrativos de determinación tributaria provenientes de la Administración tributaria nacional, de gobiernos autónomos descentralizados o de excepción.
- › Actos administrativos por silencio administrativo con respecto a reclamos o peticiones planteados, en los casos previstos en la ley.

¹⁴⁷ Código Orgánico General de Procesos, artículo 326.

¹⁴⁸ Código Orgánico General de Procesos, artículo 327.

- › Decisiones administrativas dictadas en recurso de revisión.
- › Resoluciones administrativas que impongan sanciones por incumplimiento de deberes formales.
- › Resoluciones definitivas de la administración tributaria que nieguen en todo o en parte reclamos de pago indebido, pago en exceso o de lo debidamente pagado.
- › Resoluciones de las administraciones tributarias que nieguen en todo o en parte reclamaciones de contribuyentes, responsables o terceros o las peticiones de compensación o de facilidades de pago.
- › Interponer excepciones a la coactiva que se propongan justificadas en nulidad del título de crédito o del procedimiento coactivo.¹⁴⁹

A través de las acciones directas, que se tramitan por medio del procedimiento sumario previsto por el Código Orgánico General de Proceso, se pueden plantear demandas por pago indebido, pago en exceso o de lo debidamente pagado cuando se ha realizado después de ejecutoriada una resolución administrativa que niegue el reclamo de un acto de liquidación o determinación de obligación tributaria.¹⁵⁰ A través de las acciones especiales, que se tramitan por medio del procedimiento sumario previsto por el Código Orgánico General de Proceso, se pueden plantear demandas por:

- › Excepciones a la coactiva, con excepción de la que procede a través de acción de impugnación.
- › Prescripción de los créditos tributarios, sus intereses y multas.
- › Tercerías excluyentes de dominio que se deduzcan en coactivas por créditos tributarios.
- › Impugnación a las providencias dictadas en el procedimiento de ejecución, en los casos de decisiones de preferencia, posturas y de la entrega material de los bienes embargados o subastados previstos en la Ley de la materia.
- › Nulidad que solo podrá reclamarse junto con el recurso de apelación del auto de calificación definitivo.

149 Código Orgánico General de Procesos, artículo 320.

150 Código Orgánico General de Procesos, artículo 321.

- › Conflictos de competencia suscitados entre autoridades de distintas administraciones tributarias, conforme con la ley.
- › Recurso de queja.
- › Pago por consignación de créditos tributarios, en los casos previstos en la ley.
- › Nulidad del procedimiento coactivo por créditos tributarios que se funden en la omisión de solemnidades sustanciales u otros motivos que produzcan nulidad, según la ley cuya violación se denuncie.
- › Nulidad del remate o subasta cuando el rematista es una de las personas prohibidas de intervenir en el remate, conforme con la ley de la materia.
- › La negativa de los registradores de la propiedad y mercantiles a inscribir cualquier acto o contrato por razones tributarias.¹⁵¹

7.7.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de causas contencioso-administrativa y contencioso-tributaria

La gran mayoría de los juicios que se tramitan contra el Estado y sus instituciones se ventilan ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario. Un número considerable de controversias, en las que la PGE es citada o notificada, corresponde a juicios entablados entre entidades públicas. La gran mayoría son impugnaciones de sanciones pecuniarias y glosas, como, por ejemplo, las multas que imponen la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, los Gobiernos Autónomos Descentralizados municipales, el Ministerio de Ambiente y la Agencia de Regulación y Control Minero, las glosas y acciones de cobro del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entre otras. En todos estos casos, la PGE se limita a señalar domicilio judicial para supervisar los procesos y también otorga la o las delegaciones necesarias a favor de los abogados de las instituciones que carecen de personería jurídica y son parte de esos procesos, como actoras o demandadas, a fin de que actúen debidamente legitimados.

Entre las controversias comunes entre entidades públicas también se encuentran las planteadas para recuperar valores cuando han celebrado convenios de cooperación interinstitucional para llevar a cabo ciertos proyectos y los valores entregados, como parte de esa cooperación, no han sido totalmente devengados o, en general, para cobrar deudas pendientes que tengan entre sí.

¹⁵¹ Código Orgánico General de Procesos, artículo 322.

De igual manera, se conoce sobre las futuras controversias entre instituciones públicas, cuando una institución sin personería jurídica solicita al PGE se le confiera una delegación con ese propósito. Además de atender ese pedido, siempre se dirigen una o más comunicaciones a las instituciones requirentes en las que se recomienda buscar un arreglo amistoso en lugar de demandar.

Respecto al resto de juicios contencioso-administrativos, es importante precisar que, de acuerdo al artículo 6 de la LOPGE, toda demanda que involucre al Estado y sus instituciones debe ser citada o notificada, al inicio del proceso, a la PGE, so pena de nulidad. Por esa misma razón, esta institución es parte procesal de miles de juicios a nivel nacional. Esta misma ley dispone también que a la PGE le corresponde el patrocinio de las instituciones sin personería jurídica. Y sí así lo decide, el Procurador interviene directamente en los juicios que involucren a instituciones que cuentan con personería jurídica y no se limita a supervisarlos (Art. 5 letra c) LOPGE).

El inciso sexto del Art. 6 de la LOPGE prevé que el Procurador puede delegar el ejercicio del patrocinio y defensa del Estado a los abogados, asesores jurídicos, procuradores de las instituciones públicas sin personería jurídica y, dado el volumen de controversias planteadas contra el Estado y sus instituciones, que vuelve prácticamente imposible que la PGE asuma la defensa de todas las causas que involucran a las instituciones sin personería jurídica, siempre se confieren delegaciones cuando se recibe una citación de una demanda contra una o más instituciones que carecen de personería jurídica o cuando las instituciones de esas características informan que han sido citadas o que piensan promover un juicio.

El otorgamiento de las delegaciones, como lo manda la propia ley, no limita las atribuciones de la PGE respecto al patrocinio y defensa del Estado (inciso segundo del Art. 7 *ibídem*), razón por la cual son muchos los juicios en los que interviene directamente la PGE con sus abogados de patrocinio, junto a los asesores jurídicos a quienes se les ha conferido la delegación. Las delegaciones que otorga la PGE se hacen al cargo y no un determinado profesional del derecho de una institución. Antes de su elaboración, los abogados de patrocinio verifican la denominación de los puestos que tienen a cargo la defensa de los intereses institucionales y, si cuentan con abogados en otras provincias, cuando los juicios en los que la PGE ha sido citado por deprecatorio se ventilan en distritos distintos al número uno, que tiene sede en Quito. Se otorgan tantas delegaciones como partes procesales del sector público sin personería jurídica han sido demandadas. Estos casos son comunes en los juicios en los que se reclaman asuntos sometidos a la Ley Orgánica del Servicio Público, en los que suelen dirigirse las demandas contra: la máxima autoridad donde laboran los servidores o ex servidores que reclaman, el Ministro de Trabajo y el Ministro de Economía y Finanzas. En este caso, se expedirán tres delegaciones.

Las materias que se discuten ante la jurisdicción contencioso-administrativa son bastante amplias y, dado el volumen de juicios en los que se cita o notifica a la PGE, ha sido indispensable establecer parámetros respecto a su intervención directa o no en los procesos judiciales. Estos parámetros han ido variando a lo largo de los años, tanto por el creciente número de demandas contra el Estado, cuanto por las materias que se ventilan ante los tribunales distritales de lo contencioso-administrativo.

Los criterios que se han utilizado en materia contencioso-administrativa y que han determinado la intervención directa de la PGE, junto a los abogados de las instituciones públicas que hubiesen requerido o no contar con la delegación de la PGE, son los siguientes:

- › La cuantía (monto que ha variado y ha debido incrementarse por el volumen creciente de juicios). Si se trata de juicios contra entidades sin personería jurídica o las que sí lo tienen, pero son muy pequeñas y con bajos presupuestos (GADS de municipios de ciudades pequeñas o Juntas Parroquiales). Si la cuantía es igual o superior a USD 50.000 dólares, es un criterio para intervenir directamente desde hace tres años. Antes era de USD 20.000. Si las demandas tienen cuantías de USD 500.000 o más e involucran a instituciones con personería jurídica, se suelen contestar.
- › Juicios repetitivos o idénticos cuyas cuantías no son altas, pero que sumados podrían llegar a varios millones de dólares, involucren o no a instituciones con personería jurídica (Ejemplos: reliquidación de indemnizaciones en base al Mandato Constituyente No. 2; impugnación de las resoluciones de cesación de funciones por aplicación del Decreto Ejecutivo 813; impugnaciones a cesación de funciones por supresiones de puestos; demandas en que se reclama la cesación de funciones por terminación de nombramientos provisionales o contratos de servicios ocasionales, etc.)
- › La materia sobre la que versan las controversias. Se contestan todos los juicios de responsabilidad objetiva del Estado sin que importe la cuantía fijada por el accionante. Muchos de esos juicios son contra el Consejo de la Judicatura por supuesto error judicial.
- › En razón del demandado, si los juicios han sido planteados solo contra la PGE, sea por asuntos propios de la institución o en aquellos en los que se ha demandado únicamente a la PGE como representante judicial del Estado, y se ha dejado de lado a la entidad generadora del acto, o contrato, motivo de la controversia.

- › En razón del actor, si bien son pocos los casos en los que ese factor ha determinado la intervención, no se han dejado de contestar los procesos en los que “la naturaleza” ha demandado. Y en otros casos, más bien relacionados con los asuntos mediáticos, ha sido un factor determinante la identidad de la persona natural o jurídica que aparece como accionante, en los que ese factor ha primado.
- › Por la repercusión mediática. Esa situación puede darse al inicio o durante el proceso, a tal punto que, si la PGE había señalado únicamente domicilio judicial, comenzará a intervenir directamente, cuando el asunto mediático se vuelve evidente.

En todos los casos en los que la PGE va a intervenir de manera directa se solicita información a la o las entidades involucradas en la controversia, se mantienen reuniones personales o telemáticas, además de comunicaciones vía telefónica y por correo electrónico para coordinar la defensa y definir la estrategia de defensa. En algunas de esas reuniones participa también con frecuencia la Subdirección del Área. En todos los casos, los abogados de la Subdirección examinan cuidadosamente la demanda, acuden al tribunal a revisar personalmente el expediente físico y los documentos que el propio actor acompañó a su libelo. Las contestaciones generalmente son de puro derecho y se enriquecen con pruebas y más argumentos, cuanta más información se recabe y, sobre todo, se reciba de las instituciones públicas demandadas.

No son pocos los casos en los que las instituciones no remiten ningún tipo de información –porque no la tienen o porque se niegan a hacerlo–. Los casos en los que la defensa se afecta gravemente por la falta de información son los de contratación pública, cuyas cuantías suelen ser muy elevadas. Si la defensa debe apoyarse principalmente en la información y pruebas que contradigan las aseveraciones de los accionantes, y esta institución no las recibió, se señala domicilio judicial –que significa negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho–; y si, durante la tramitación del proceso puede impugnar providencias judiciales; o, en general, presentar escritos en defensa de los intereses públicos lo hace.

Generalmente, se contestan todos los juicios en los que se impugnan las destituciones de los servidores públicos de las entidades que carecen de personería jurídica; también en este caso, si de la propia demanda y de los documentos que aportaron los actores, no se puede plantear una buena contestación y la entidad demandada no remitió la información que sustente la sanción, la PGE señala domicilio judicial. Lo propio con las sanciones de baja (destitución) de las Fuerzas Armadas o de los miembros de la Policía Nacional.

El volumen de demandas iguales, cada vez más numerosas que pueden tener una repercusión importante en el fisco, ha determinado que se intervenga directamente en las demandas planteadas contra las instituciones, con y sin personería jurídica sobre los siguientes temas: cesación de funciones por aplicación el Decreto Ejecutivo 813 (renuncia obligatoria), antes y después de que haya sido declarada la inconstitucionalidad parcial de ese decreto; cesación de funciones por supresiones de puestos (especialmente ocurridas en los últimos 3 años por las restricciones del gasto público y la aplicación de normas de austeridad); cesación de funciones por la conclusión de nombramientos provisionales o contratos de servicios ocasionales. Anteriormente, y muchos de esos procesos aún están en trámite, se intervino directamente en los procesos para reclamar una reliquidación de valores de las indemnizaciones por supresión de puestos o por concepto del estímulo de jubilación en base al Mandato Constituyente No. 2, etc.

En materia contencioso-tributaria, la PGE se limita a señalar domicilio en razón de que no se la considera parte, de conformidad con lo previsto por la Resolución No. 9 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el R.O. 484 del 9 de diciembre de 2008, aun cuando se le cita con las demandas.

7.7.3. Caso paradigma: patrocinio de causas contencioso-administrativa y contencioso-tributaria

La PGE demandó la nulidad del Contrato Modificador No. ICO-MOD-012-2012 suscrito el 26 de octubre de 2012, celebrado entre el Instituto de Contratación de Obras (actualmente Servicio de Contratación de Obras) y el Consorcio UPC UNO, por objeto y causa ilícitos, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, bajo los siguientes argumentos:

- › Reforma en el cálculo de multas: El Contrato Modificador establece como parte de su objeto, el rectificar la obligación relativa a la forma de determinación de multas. Así se puede evidenciar de su texto en la Cláusula Segunda, denominada “Objeto del Contrato Modificador” en cuyo número 1 dice:

1.- Rectificar de acuerdo al siguiente texto la cláusula Décima del Contrato de Construcción de 104 Unidades de Policía Comunitaria referente a Multas.

El Contratante sancionará al Contratista con las multas establecidas en el contrato Construcción de 104 Unidades de Policía Comunitaria, aplicables a retardos o incumplimientos por cada UPC y su cálculo se realizara [Sic.] de acuerdo al precio individual de cada UPC.

Esta estipulación contraría de forma directa el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (vigente a la fecha de suscripción del contrato), en cuya parte pertinente, expresamente dispone:

En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas [...]

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso [...]

Basta cotejar la disposición legal aludida con la estipulación del contrato modificatorio, antes transcrita, para evidenciar sin lugar a duda su clara contradicción. Por una parte, la ley orgánica aplicable por su especialidad y jerarquía al presente caso, impone la obligación dirigida a las entidades del sector público de que se estipulen multas en todo contrato administrativo, y a calcularlas en relación directa con el monto total del contrato por cada día de retraso en la ejecución de sus obligaciones contractuales. Vulnerando flagrantemente la indicada disposición legal, el objeto del contrato modificatorio tiene como propósito y fin el alterar la Cláusula Décima del Contrato de Construcción de 104 Unidades de Policía Comunitaria, para determinar que el cálculo de las multas se efectúe de acuerdo al precio individual de cada UPC. Es decir que en el contrato modificatorio se ha subdividido el precio del contrato a efectos de la determinación de multas.

- › Inclusión de fórmula de reajuste de precios. El Contrato Modificatorio establece como segundo punto de su objeto contractual la rectificación de la Cláusula Décima Primera del Contrato Principal, que textualmente decía:

El Contratista renuncia al reajuste de precios en el presente contrato, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del Art. 131 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Contratación Pública.

A través del contrato modificatorio se elimina esa estipulación y se incluye una fórmula polinómica de reajustes de precios, lo que permite a la contratista recuperar ese derecho del que había efectuado expresa renuncia. Contemplada la renuncia de este derecho por parte del contratista, en una cláusula individualizada, aquella constituye una expresión de voluntad que creó una obligación de no hacer; es decir, de abstenerse a solicitar y efectuar pagos por ese concepto. El contrato modificatorio objeto de esta acción se suscribió al amparo del artículo 72 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que dice:

Para corregir errores manifiestos de hecho, de transcripción o de cálculo que se hubieren producido de buena fe en las cláusulas contractuales, las entidades podrán celebrar contratos modificatorios que enmienden los errores encontrados.

Sin embargo, atentando contra la naturaleza del contrato modificatorio, previsto en la norma legal antes citada, se ha procedido a sustituir la cláusula de renuncia al reajuste de precios por una fórmula polinómica que admite el ejercicio de ese derecho cuando la renuncia al reajuste de precios de ninguna forma constituye un error manifiesto. De ahí que, la inclusión de la fórmula denota la clara ilicitud y contradicción entre la estipulación instrumentada en el contrato modificatorio que está siendo impugnado y el artículo 72 de la Ley Orgánica ibídem.

Mediante sentencia dictada el 14 de marzo de 2018, el Tribunal aceptó parcialmente la demanda de la PGE en lo concerniente al pago de multas sobre el monto total del contrato. No obstante, rechazó la pretensión de esta entidad en lo concerniente a la cláusula de reajuste de precios.

Fueron presentados recursos de casación por la PGE y Consorcio UPC UNO. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite de forma parcial los recursos de casación. El de la PGE por falta de aplicación del artículo 131 del Reglamento General a la LOSNCP; y el del Consorcio UPC UNO por falta de aplicación del artículo 13 de la LOPGE.

El 19 de diciembre de 2018, a las 15h00, tuvo lugar la audiencia de casación en la que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dictó sentencia y decidió desestimar el recurso de casación planteado por el Consorcio UPC UNO y aceptar el recurso de casación formulado por la PGE. En consecuencia, casar la sentencia venida en grado y aceptar la demanda de esta entidad declarando la nulidad absoluta del Contrato Modificatorio.

Como resultado de esta acción emprendida por la PGE, se restituirían al SECOB los valores pagados por concepto de reajustes de precios, además, las multas se calcularían por el monto total del contrato. Se estima que, con el fallo conseguido en la Corte Nacional de Justicia, se ha ganado a favor del Estado, en multas, un aproximado de USD 900.000,00; y en reajustes de precios se han ahorrado unos USD 270.000,00, conforme consta en informe emitido por el SECOB.



7.8. Recuperación de activos y valores por concepto de reparación integral

7.8.1. Ámbito conceptual

Uno de los ejes principales de la gestión del actual Procurador General del Estado, doctor Íñigo Salvador Crespo, ha sido la lucha frontal y continua contra la corrupción, razón por la cual, dispuso que la Procuraduría General del Estado intervenga en representación de las instituciones públicas en las que se hayan perpetrado delitos contra la eficiencia de la administración pública, presentando las acusaciones particulares correspondientes dentro de las causas penales cuando exista mérito para aquello conforme a derecho; y, consecuentemente, obtener una sentencia condenatoria en la que se identifiquen los culpables, se determinen los activos que han sido producto de los actos ilícitos cometidos, así como también se fijen los valores por concepto de reparación integral que los sentenciados deban pagar en favor del Estado ecuatoriano.

Sin embargo, el Procurador General del Estado, consciente de que los procesos judiciales no terminan con la emisión de una sentencia, tomó como prioridad de su gestión, la realización de las ejecuciones de las sentencias de los casos penales en los que el Estado ecuatoriano ha sido víctima de los efectos dañosos de los delitos perpetrados, teniendo presente que la ejecución de las sentencias, es una de las vertientes del derecho fundamental de una tutela judicial efectiva¹⁵² consagrada en el artículo 75 de la Constitución de la República.

Es pertinente indicar que la competencia de la PGE para la recuperación de activos producto de actos ilícitos y de los valores por concepto de reparación integral a través del proceso de ejecución de sentencias, se origina a partir del siguiente fundamento jurídico:

- ◆ De conformidad a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 441 del Código Orgánico Integral Penal¹⁵³, el Estado ecuatoriano puede ser considerado víctima en caso de que se hayan perpetrado delitos en su contra.
- ◆ A la PGE le corresponde la representación judicial y el patrocinio del Estado ecuatoriano y sus instituciones por disposición de los numerales 1 y 2 del

152 “El derecho a la tutela (...). Exige también que el fallo judicial se cumpla y que las partes sean puestas en su derecho y compensadas, si hubiere lugar a ello, por el daño producido.

El derecho a la ejecución de Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, que, además garantiza el cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen (...)

Mediante este derecho, se protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material (...). Juan de Diego Arias y otros, *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 410.

153 “Art. 441.- Víctima. - Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas:

6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción”

artículo 237 de la Constitución de la República, en concordancia con lo regulado en el artículo 2 de la LOPGE.

- ◆ Así mismo, a la PGE le corresponde privativamente la representación del Estado y de los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica de conformidad a lo preceptuado en los literales a) y b) del artículo 3 de la LOPGE, en concordancia con lo establecido en los literales a) y b) del artículo 5 del mismo cuerpo legal.
 - ◆ En los casos en que las instituciones cuenten con personería jurídica, la intervención en los procesos judiciales, será decisión privativa del señor Procurador General del Estado, conforme lo señala el apartado final del artículo 7 de la LOPGE, en concordancia con sus facultades privativas señaladas en el literal c) del artículo 3 y en el literal c) del artículo 5 de la norma mencionada.
 - ◆ Este criterio anterior ha sido confirmado por la Corte Constitucional mediante sentencia 1159-12-EP de 17 de septiembre de 2019, al señalar que *“La Ley de la PGE diferencia entre las funciones que cumple dicha institución respecto de las entidades que tengan personería jurídica, de las que ejerce en relación a aquellas que carecen de esta. Así, cuando se trata de las primeras, la función de la PGE es [s]upervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica [...] sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos”* (El subrayado y negrillas me pertenece). Mientras que cuando se trata de procesos que involucren a entidades que carezcan de personería jurídica, la función de la PGE radica en ‘representar’ a estas.
36. *Así, es claro que cuando los procesos involucran a entidades del Estado, como la Empresa Pública Petroecuador que tiene personería jurídica, la PGE solamente supervisa dichos juicios, sin perjuicio de que pueda intervenir como parte. (El subrayado y negrillas me pertenece).”*

En relación a lo anterior y con el fin de lograr resultados eficaces y efectivos en esta tarea, el 8 de agosto del año 2020, el Procurador General del Estado, creó la Unidad de Recuperación de Activos, como un equipo independiente que responde directamente a sus órdenes y control, al cual le delegó el patrocinio del Estado en los procesos de ejecución de sentencias penales dictadas en casos de corrupción. En tal virtud, la Dirección Nacional de Patrocinio derivó a la Unidad de Recuperación de Activos, los procesos judiciales que se encontraban con sentencia condenatoria ejecutoriada, con el propósito de que se en este estado procesal. inicien los procesos de ejecución de dichas sentencias, acción que es realizada también con todas las causas judiciales penales que se encuentren

A continuación, se describirá el procedimiento para la recuperación de los activos producto de actos ilícitos y así como de los valores por concepto de reparación integral.

7.8.2. Procedimiento

- ◆ Una vez que la Unidad de Recuperación de Activos recibe las causas penales con su respectiva sentencia condenatoria ejecutoriada, las analiza y solicita información sobre los posibles activos (bienes muebles e inmuebles, derechos inmateriales, acciones, participaciones, entre otros), que los sentenciados pudieran tener registrados en los sistemas oficiales del país. En los casos de cuentas bancarias, es necesario solicitar la autorización al juez de ejecución en la petición de ejecución de sentencia, a fin de contar con esta información.
- ◆ Una vez que se ha obtenido la información requerida, se debe determinar, cuáles son los activos que se encuentran identificados en la sentencia como producto del delito o relacionados con él. Posteriormente, se contrasta con la información remitida por las instituciones del Estado, con el fin de separarlos de los activos que servirán para satisfacer la reparación integral en favor del Estado ecuatoriano.
- ◆ Cabe aclarar que, en caso de que se hayan identificado en la sentencia activos producto de actos ilícitos, es deber de los jueces penales disponer el comiso de los mismos conforme lo ordena el numeral 2 del artículo 69 del Código Orgánico Integral Penal¹⁵⁴.

Procedimiento para el perfeccionamiento de la orden de comiso en favor del Estado ecuatoriano:

- ◆ Realizado lo anterior, en los casos en que se haya ordenado el comiso de bienes inmuebles en la sentencia, se deberá realizar el trámite de liquidación de tributos en las áreas competentes de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, atendiendo al procedimiento administrativo instaurado en cada uno de ellos. Una vez que se cuenta con la liquidación mencionada, se ingresa en los

154 "Art. 69.- Penas restrictivas de los derechos de propiedad. - Son penas restrictivas de los derechos de propiedad:

2. (Reformado por el Art. 19 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019 y por el Art. 6 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021). - Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos. En la sentencia condenatoria, la o el juzgador competente dispondrá el comiso de:

a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible.
 b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal.
 c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal.
 d) El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.
 e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal.
 f) (Agregado por el Art. 18 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019). - Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada. (...).

Registros de la Propiedad pertinentes, la liquidación de tributos, en conjunto con la sentencia penal condenatoria con la orden de comiso y demás documentación que sea solicitada por cada Registro. Esta acción tiene como objetivo que se inscriba la orden de comiso en favor del Estado ecuatoriano y, por tanto, éste aparezca en los sistemas de estas instituciones, como propietario de los bienes inmuebles de los sentenciados. Es pertinente indicar, que se deben comisar los inmuebles, en el porcentaje indicado en la sentencia, así como también, en caso de que exista sociedad conyugal, sociedad de hecho o coparticipación en propiedades, se deberá respetar el porcentaje del cónyuge, del conviviente y de los coparticipes en caso de que estos sean inocentes.

- ◆ En el caso de vehículos, el ejecutante debe ingresar en el Servicio de Rentas Internas, la sentencia penal condenatoria con la orden de comiso, junto con la documentación requerida por dicha institución, con el fin de que se inscriba dicha orden en favor del Estado ecuatoriano y, por tanto, éste aparezca como el propietario de dichos bienes. Se deben comisar los vehículos, en el porcentaje contemplado en la sentencia, así como también, en caso de que exista sociedad conyugal, sociedad de hecho o coparticipación en activos, se deberá respetar el porcentaje del cónyuge, del conviviente y de los coparticipes en caso de que estos sean inocentes.
- ◆ En el caso de acciones y participaciones, se deberá ingresar un oficio emitido por el juez o Tribunal de Ejecución en la Superintendencia de Compañías con la orden de que se inscriba el comiso sobre las acciones o participaciones que sean de propiedad de los sentenciados. En caso de que la institución requiera mayor información, el ejecutante deberá gestionar lo pertinente.
- ◆ En caso de que existan otras instituciones inmersas, se deberá seguir el procedimiento administrativo que cada una de ellas determine para este efecto.

Procedimiento para la recuperación de los valores por concepto de reparación integral:

- ◆ Para recuperar los valores por reparación integral ordenada en sentencia, el ejecutante debe elaborar la petición de ejecución de sentencia para ser presentada ante el juez o Tribunal de Ejecución competente, en estricto cumplimiento de los requisitos que prevé el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos. A este documento, se anexará como prueba, la información sobre los activos de los sentenciados proporcionada por las instituciones del Estado.
- ◆ Dentro de la petición de ejecución, se solicitará a la autoridad jurisdiccional, que ordene a los sentenciados realizar el pago del valor por concepto de reparación integral dispuesto en sentencia.

- ◆ Posteriormente, el juez o Tribunal de Ejecución avoca conocimiento de la petición presentada y emite el correspondiente mandamiento de ejecución, mismo que debe contener los requisitos establecidos en el artículo 372 del Código Orgánico General de Procesos. Para el pago, la autoridad jurisdiccional otorgará el término de 5 días, caso contrario se procederá a iniciar la ejecución forzosa.
- ◆ Una vez emitido el mandamiento de ejecución y notificado a los sentenciados, éstos últimos pueden oponerse al mismo, con base a lo contenido en el artículo 373 del Código Orgánico General de Procesos, o están facultados para presentar una fórmula de pago, tal y como lo contempla el artículo 374 de la misma norma.
- ◆ En caso de que los ejecutados, no hayan presentado oposición al mandamiento de ejecución, o no exista una propuesta de fórmula de pago, se configura el incumplimiento del mandamiento de ejecución, frente a lo cual, el ejecutante debe solicitar a la autoridad jurisdiccional, sentar la razón de incumplimiento del mandamiento de ejecución, así como también, que se lo publique en la página web de la Función Judicial para conocimiento de posibles terceros interesados en la causa, conforme lo dispone el inciso 1 del artículo 375 del Código Orgánico General de Procesos.
- ◆ Sentada la razón indicada en el punto anterior, se solicitará al juez o Tribunal de Ejecución, el embargo de los activos de los sentenciados previamente descritos en la petición de ejecución de sentencia, siguiendo el orden de prelación estatuido en el artículo 377 del Código Orgánico General de Procesos.
- ◆ En orden de prelación, el juez o Tribunal de Ejecución, dispondrá el embargo del dinero de los sentenciados que pudiera encontrarse en cuentas bancarias o en otros lugares, para lo cual, se gestionarán los oficios respectivos emitidos por la judicatura de ejecución, a fin de ser ingresados y registrados en las entidades bancarias en las que los sentenciados posean cuentas con dinero. Dicho dinero se ingresará a la cuenta del Tesoro Nacional.
- ◆ Una vez embargadas las cuentas, se solicitará a la judicatura de ejecución, ordene el embargo de los bienes hipotecados, prendados o gravados con otra garantía real. Posteriormente, a los que se dictó providencia preventiva y a continuación, a los demás que sean señalados por el ejecutante.
- ◆ En caso de que el sentenciado tenga sociedad conyugal, sociedad de bienes o sea propietario de derechos y acciones, se embargará la cuota correspondiente, debiendo poner a consideración del cónyuge del sentenciado o al coparticipe, la posibilidad de ser depositario de los activos objeto de embargo. Frente a ello,

dicho cónyuge, conviviente o copartícipe, puede negarse. En cuyo caso, el juez o Tribunal de Ejecución deberá sortear un depositario judicial de la lista del Consejo de la Judicatura, tal y como lo establece el artículo 380 del Código Orgánico General de Procesos. En caso de que el embargo sea ejecutado por el 100% del bien, los juzgadores deberán sortear directamente un depositario judicial de la lista del Consejo de la Judicatura.

- ◆ Cumplido lo anterior, se debe gestionar con la Policía Nacional, la designación de un funcionario policial para que asista junto con el depositario judicial y el ejecutante, a la diligencia de embargo. La presencia policial tiene el objetivo de que se cumplan las órdenes del juzgador, conforme lo determina el artículo 387 del Código Orgánico General de Procesos.
- ◆ Practicado el embargo, se deberá suscribir el acta de ejecución de embargo, en los términos preceptuados por el artículo 388 del Código Orgánico General de Procesos, así como también, deberá ser inscrita en estricto cumplimiento del contenido del artículo 389 del mismo cuerpo legal.
- ◆ Posteriormente, el ejecutante debe solicitar a la judicatura de ejecución, que sortee y designe un perito de la lista del Consejo de la judicatura, a fin de que se realice el avalúo de los activos embargados y se emitan los informes periciales respectivos. Estos informes, deben ser ingresados por los peritos al proceso judicial para ser discutidos en audiencia de ejecución, tal y como lo establecen los incisos 3 y 4 del artículo 375 del Código Orgánico General de Procesos. El ejecutante, además, debe asegurarse de que los informes periciales se encuentren subidos también a la plataforma digital destinada para ello por el Consejo de la Judicatura.
- ◆ Solventado el punto anterior, los juzgadores de ejecución deberán convocar a la audiencia de ejecución dentro de los 15 días posteriores a la presentación de los informes periciales, a fin de que sean sustentados por los peritos, examinados por las partes y finalmente se señalen los bienes embargados que serán objeto de remate, conforme lo dispone el numeral 4 del artículo 392 del Código Orgánico General de Procesos. Sustentados los informes periciales y escogidos los bienes que serán objeto de remate, los juzgadores de ejecución deberán proceder conforme lo contempla el artículo 396 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos hasta concluir el remate efectivo de los bienes.
- ◆ Cabe indicar que, los ejecutantes deberán solicitar que se lleve a cabo una audiencia de ejecución, cuando quieran tratar los temas citados en el artículo 392 mencionado anteriormente.

7.8.3. Defensa jurídica del Estado a través de la recuperación de activos

La recuperación de activos, es una tarea que presenta gran complejidad debido a las aristas que se deben abordar si se quiere obtener resultados efectivos, así como también porque en su mayoría los sentenciados ponen a buen recaudo fuera del Ecuador sus patrimonios mal habidos.

Por lo tanto, el Estado debe accionar, tanto las prerrogativas procesales y sustantivas que determina la Ley ecuatoriana para ello, además de la puesta en práctica de las disposiciones de las Convenciones Internacionales de Lucha contra la Corrupción, con el fin de lograr resultados efectivos de recuperación.

El desarrollo de las acciones de recuperación de activos implica un profundo análisis e investigación de las acciones jurídicas a iniciar, así como también, se necesita de una interacción estrecha con institucionales nacionales e internacionales.

Es por ello que, el actual Procurador General del Estado, además de accionar todos los mecanismos procesales que la norma prevé a nivel nacional, también ha generado relaciones de coordinación a nivel internacional, que permitan obtener los objetivos trazados en esta materia.

A continuación, se detallan las acciones realizadas internacionalmente:

Cooperación Internacional con el Basel Institute on Governance (Instituto de Basilea):

En evento del 26 de abril de 2021, el Procurador General del Estado, suscribió con el Basel Institute on Governance (Instituto de Basilea), debidamente representado por el señor Mark Pieth, Presidente del Directorio y la señora Gretta Fenner, Directora Administrativa, un Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional que tiene como objeto “(...) establecer lineamientos generales de mutua cooperación entre el BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE y la PGE en tema vinculados a la recuperación de activos ilícitos provenientes de actos de corrupción, lavado de activos u otros delitos financieros cometidos en perjuicio del Estado ecuatoriano”¹⁵⁵

El Basel Institute on Governance “es un centro interdisciplinario que ofrece asesoramiento referente a políticas públicas y brinda asistencia técnica en el área de buena gobernanza en los niveles público y corporativo (...), está asociado a la Universidad de Basilea en Suiza.

155 “Convenio de Cooperación Internacional entre el Basel Institute on Governance y la Procuraduría General del Estado, pp. 2”

*En el año 2006 el BASEL INSTITUTE creó el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (International Centre for Asset Recovery-ICAR), el que se especializa en fortalecer las capacidades de países en el ámbito de la recuperación de activos de origen ilícito, generando competencias en los operadores jurídicos en lo que se refiere a investigaciones financieras, técnicas de rastreo de bienes y cooperación judicial internacional respecto a casos de corrupción y lavado de activos, así como de otros crímenes financieros. Con este fin, ICAR organiza y ejecuta programas de asistencia técnica y capacitación específica para los Estados, conceptualizados y diseñados sobre medida con el objetivo de generar capacidades y competencias en las áreas antes mencionadas.*¹⁵⁶

Cooperación Internacional con el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América:

El 28 de abril de 2021, el Procurador General del Estado, doctor Íñigo Salvador Crespo, se reunió con el señor Embajador de los Estados Unidos de América, a fin de generar un trabajo conjunto para la recuperación de activos de carácter ilícito producto de los casos de corrupción, así como también, de los valores por concepto de reparación integral dictaminada en estos casos. Al momento el trabajo de cooperación y coordinación se encuentra en marcha.

Cooperación Internacional con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América:

El 23 de julio de 2021, el Procurador General del Estado, doctor Íñigo Salvador Crespo, se reunió con las autoridades del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, con el objetivo de generar un trabajo conjunto y coordinado para desplegar acciones efectivas en dicho país para la recuperación de activos de carácter ilícito producto de los casos de corrupción, así como también, de los valores por concepto de reparación integral dictaminada en estos casos. Al momento el trabajo de cooperación y coordinación se encuentra en marcha.

7.8.4 Casos paradigma

El procedimiento explicado en líneas anteriores, ha sido aplicado con éxito en distintos casos judiciales que se detallan a continuación:

Caso No. 17282-2017-03000 seguido en contra de María Sol Larrea por el delito de enriquecimiento ilícito

Dentro de este caso se embargaron los siguientes derechos y acciones:

¹⁵⁶ “Convenio de Cooperación Internacional entre el Basel Institute on Governance y la Procuraduría General del Estado, pp. 1.”

El 50% de derechos y acciones de un departamento en la ciudad de Quito, sector Quito Tenis.

El 50% de derechos y acciones de un consultorio médico ubicado en Guayaquil, Torre Médica II.

El 50% de derechos y acciones de 8 solares ubicados en el cantón El Empalme.

El 100% de las joyas de la sentenciada que se encontraban en las bodegas del Monte de Piedad de la ciudad de Quito

En audiencia de ejecución se escogerán los bienes a ser rematados.

Caso No. 17282-2016-04457 seguido en contra de Carlos Pareja Yanuzzelli, Alex Bravo, Humberto Guarderas y otros por el delito de cohecho

En este caso se perfeccionó el comiso en favor del Estado ecuatoriano de lo siguiente:

El 50% de derechos y acciones que poseía Alex Bravo Panchano, sobre una vivienda de dos pisos, ubicada en el barrio La Concordia, de la parroquia Simón Plata Torres, de la ciudad de Esmeraldas.

El 50% de derechos y acciones que poseía Alex Bravo Panchano, sobre el terreno No. 010, ubicado en la parroquia Simón Plata Torres, de la ciudad de Esmeraldas.

El 50% de derechos y acciones que poseía Alex Bravo Panchano, sobre una casa, ubicada en las calles Manuela Cañizares entre Colón y Olmedo, de la ciudad de Esmeraldas.

El 50% de derechos y acciones que poseía Humberto Guarderas Córdova, sobre la casa número 48, ubicada en el conjunto Balcones de Cumbayá.

El 50% de derechos y acciones que poseía Humberto Guarderas Córdova, sobre una oficina, ubicada en el edificio Fiorentina Plaza en la ciudad de Quito.

El 50% de derechos y acciones que poseía Humberto Guarderas Córdova, sobre un automóvil tipo sedán, marca Nissan, modelo Tiida.

El 50% de derechos y acciones que poseía Humberto Guarderas Córdova, sobre una motocicleta, marca Honda.

El 100% de derechos y acciones que poseía Carlos Pareja Avilés, sobre un automóvil tipo sedán, marca Nissan, modelo Tiida.

37.423,87 dólares pertenecientes a Alex Bravo Panchano que se encuentran en cuentas del Estado.

Adicionalmente, se ha solicitado la información sobre cuentas bancarias y otros bienes para ser embargados, los cuales deben ser despachados por la judicatura de ejecución.

Así mismo, la Procuraduría General del Estado, presentó al Tribunal de Ejecución, la solicitud de asistencia judicial recíproca para que ésta sea remitida a la República de Panamá, a través del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en calidad de autoridad central de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, con el fin de hacer valer los derechos del Ecuador, sobre alrededor de 4'000.000 de dólares, que se encuentran retenidos en ese país.

Caso No. 17721-2019-00029G, Sobornos 2012-2016, seguido en contra de Rafael Correa Delgado, Jorge Glas Espinel y otros por el delito de cohecho

Se encuentra en la cuenta del Tesoro Nacional por concepto de reparación integral, los siguientes valores:

368.632.43 dólares del sentenciado José Alberto Hidalgo Zavala.

778,224.17 dólares del sentenciado Manuel Fontana Zamora.

778,224.17 dólares del sentenciado Teodoro Fernando Calle Enríquez.

Por otra parte, los siguientes sentenciados presentaron fórmulas de pago, mismas que serán analizadas en audiencia de ejecución, momento en el cual se pronunciará la Procuraduría General del Estado:

El hijo y heredero del sentenciado Pedro Vicente Verduga Cevallos.

El sentenciado Rafael Leonardo Córdova Carvajal.

El sentenciado Edgar Román Salas León.

Por otra parte, el Tribunal de Ejecución dispuso lo siguiente:

La suspensión de las pensiones vitalicias de Rafael Correa Delgado y Jorge Glas Espinel, orden que fue instrumentada por el Ministerio de Economía y Finanzas.

El Tribunal de Ejecución ordenó la publicación del mandamiento de ejecución en la página web de la Función Judicial, así como también el embargo de las cuentas bancarias de varios de los sentenciados.

Posteriormente, la Procuraduría, solicitará el embargo de los bienes de los sentenciados.

Como parte de la reparación integral simbólica, la Procuraduría General del Estado, colocó la placa en el Palacio de Carondelet con la frase dispuesta por el Tribunal de Ejecución que reza:

“La Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia dictada el 26 de abril de 2020 de, confirmada por las sentencias de apelación y casación, dentro del proceso penal No. 17721-2019-00029G (Caso Sobornos 2012-2016), seguido en contra de: Rafael Vicente Correa Delgado, Jorge David Glas Espinel, Alexis Javier Mera Giler, Roldán Vinicio Alvarado Espinel, María de los Ángeles Duarte Pesantes, Walter Hipólito Solís Valarezo, Viviana Patricia Bonilla Salcedo, Pamela María Martínez Loayza, Laura Guadalupe Terán Betancourt, Christian Humberto Viteri López, Alberto José Hidalgo Zavala, Víctor Manuel Fontana Zamora, Ramiro Leonardo Galarza Andrade, Edgar Román Salas León, Pedro Vicente Verduga Cevallos, Bolívar Napoleón Sánchez Rivadeneira, William Wallace Phillips Cooper, Rafael Leonardo Córdova Carvajal, Teodoro Fernando Calle Enriquez y Mateo Choi o Choi Kim Du Yeon, dispuso la colocación de esta placa, señalando que:

“Los recursos públicos deben ser siempre administrados honradamente, el servicio público no es otra cosa que un servicio a la comunidad, con sujeción a los principios de la ética”.

El texto fue contemplado en idioma español y quichua.

Caso No. 17721-2009-0818A seguido en contra de Raúl Carrión Fiallos, Patricio Eduardo Sánchez Torres y Fernando René Moreno Viana por el delito de Peculado

La Procuraduría General del Estado, solicitó al Tribunal de Ejecución la designación de un perito para que se calculen los daños y perjuicios irrogados al Estado ecuatoriano dentro de este caso.

El informe pericial ingresado a autos, cuantificó los daños y perjuicios en un valor de 32.205,22 dólares.

En virtud de lo anterior, se solicitará al Tribunal de Ejecución, la emisión del mandamiento de ejecución a fin de continuar con el proceso de ejecución.

Además de los casos indicados, la Procuraduría General del Estado está patrocinando otros casos, mismos que se encuentran en diferentes etapas procesales dentro del proceso de ejecución.

Normativas

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. *COGEP*. Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. *COIP*. Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

Presidente de la República del Ecuador. *Decreto Supremo No.188*. Registro Oficial 706, 2 de agosto de 1928.

.....

Bibliográficas

Aguirre, Joaquín y Montalbán, Juan Manuel. *Recopilación compendiada de las Leyes de Indias*. (Madrid: Ignacio Boix, 1846).

Alvarado Bermúdez, Reinaldo. *Defensa judicial del Estado: Elementos para su construcción*. (Bogotá: Universidad Libre, 2012).

Alviar García, Helena, López Medina, Diego y Rodríguez Garavito, César. “Defensa judicial del Estado: ¿Justicia mediante el litigio?”. En *Dejusticia* (Bogotá: Dejusticia, 2005).

Amorós Vidal, Francisca, “El síndico personero: la voz del común”, en Ma. Cruz Gómez Molina (Coord.), *III Congreso Turístico Cultural del Valle de Ricote* (Madrid: Consejo Turístico Cultural Valle de Ricote, 2005).

Arnau, Federico, *Lecciones de Derecho civil* (Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: 2008).

Beck Varela, Laura y Solla, María Julia, *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho* (Madrid: Dykinson, 2018).

Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano jurisprudencia, dogmática y doctrina* (Quito: Andrade y Asociados, 2007).

Carbasse, Jean, *Histoire du Parquet* (Paris, PUF, 2000).

Carré de Malberg, Mélanges, *El Espíritu de las Leyes y la Separación de Poderes* (Paris: Eisenmann, 1933).

Cordero, Rafael, “El Progresismo”, en *Revista de la Universidad Católica*, núm. 29 (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1981).

Chiliquinga Castillo, Leónidas, El papel de la PGE en la nueva estructura estatal (Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014).

De los Santos, Adriana, *Derecho Civil* (México: Red Milenio, 2012), astelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: 2008).

Dermizaky Peredo, Pablo, “El Derecho Procesal Constitucional” en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 4 (Santa Cruz: Iuris Tantum, 2007).

Esmien, Adhémar, *Histoire de la Procedure Criminelle en France* (Paris: Editions Panthéon Assas, 2010).

Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración* (Madrid: Civitas, 1994).

Fernández Toledo, Raúl, *Las Facultades y Deberes del Juez en Materia Probatoria* (Santiago de Chile: Editorial PuntoLex–Thomson Reuters, 2011).

Ferrer, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional* (México: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003).

Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *Derecho procesal* (México: UNAM, 1983).

Garcés, Jorge, *Libro de Cabildos de la ciudad de Quito 1597-1603* (Quito: Talleres Tipográficos Municipales, 1937).

García, Domingo, *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (Lima: Grijley, 2000).

Meza Yances, Lays, “Favorabilidad en el derecho procesal del trabajo: aplicación estricta o ilimitada”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19, núm. 2 (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017).

Montero Aroca, Juan y otros, *Derecho Jurisdiccional I* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016).

Murgas Torrazza, R. “El proceso laboral y su cometido en la aplicación de las normas de trabajo”, Conferencia magistral presentada en el XIX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.

Núñez y otros, Jorge, *Historia de la PGE 1928 – 2008* (Quito: Trama, 2008).

Oliva Santos, Andrés de la y Peiteado Mariscal, Pilar, *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva* (Madrid: UDIMA, 2014).

Picó i Junoy, Joan, “Los Principios del Nuevo Proceso Civil”, en Jaime Alonso-Cuevillas (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 1 (Barcelona: Ecomonist & Jurist, 2000).

Rifá Soler, José María, Gonzalez Manuel y Riaño Brun, Iñaki, *Derecho procesal penal* (Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006).

Santos Anzuela, Héctor, “Derecho procesal del trabajo”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 10 (México: UNAM, 2010).



8

ASUNTOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE



8.1. Ámbito conceptual

8.1.1. La jurisdicción internacional

Pluralidad de variables intervinientes, entre las que destacan: la mayor participación de los Estados en actividades extractivas, productoras, de servicios e incluso, comerciales; el incremento de las inversiones a nivel global; el desarrollo notorio de los medios de comunicación internacional en sus distintas modalidades, lo que se traduce en el traslado de personas y bienes a través de las fronteras nacionales en volúmenes cada vez más importantes; así como en el incremento de negocios a distancia sin necesidad de desplazamiento de las partes y una paralela flexibilización de las fronteras estatales, han coadyuvado en los últimos cincuenta años al acrecentamiento de las relaciones internacionales en las más distintas áreas, por fuera de las comprendidas por el Derecho Internacional Público clásico.¹⁵⁷

El incremento de las relaciones internacionales de índole privada y público-privada ha sido acompañado de un paralelo crecimiento de los litigios suscitados en torno a aquellas, realidad determinante de la importancia de la dimensión jurisdiccional del caso internacional, y dentro de ella, de las cuestiones referidas a la jurisdicción internacional. Esta, en tanto distribución de los casos atinentes a las relaciones privadas internacionales entre las distintas jurisdicciones nacionales, constituye una pieza clave en el acceso y la realización de la justicia, conformando un capítulo relevante en el actual derecho internacional, crecientemente preocupado por la tutela de los derechos de los justiciables públicos y privados.¹⁵⁷

152 Eduardo Tellechea Bergman, “La jurisdicción internacional como condición para el reconocimiento del fallo extranjero”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIX, núm. 146 (México: UNAM, 2016), 208.

158 Diego Fernández Arroyo, “Propuesta para una evolución deseable de la competencia judicial internacional”, en Mario Oyarzábal (coord.), *Derecho procesal transnacional* (Buenos Aires: Ábaco, 2012), 142.

En tal sentido, algunos de los temas esenciales en lo referente al contencioso internacional, es determinar en qué circunstancias se puede someter un caso a una jurisdicción internacional, ante qué jurisdicción se debe plantear el reclamo y cuál es la adecuada comprensión de lo jurídico, la atención a los aspectos prácticos y la utilidad cierta del contencioso internacional.¹⁵⁹ Ciertamente, el aceptar que un caso que, en circunstancias ordinarias, se sometiera a la jurisdicción doméstica se sujete a una jurisdicción internacional implica la aceptación anticipada de los efectos vinculantes de la solución dictada por un tercero ajeno a los fueros nacionales. En la época actual, el arbitraje y la solución judicial internacional comporta que las partes –aún los Estados– confieran jurisdicción a un órgano internacional, que actúa conforme a un procedimiento preestablecido y se reconozcan el derecho recíproco de presentar sus pruebas y argumentos en un pie de igualdad, a fin de lograr un pronunciamiento definitivo.¹⁶⁰

Esta concesión de potestades jurisdiccionales a órganos internacionales y el consecuente renunciamento de la jurisdicción doméstica de parte de los sujetos públicos y privados, constituye una opción voluntaria para ellos. Sin embargo, no ha de perderse de vista que la dinamia económica y social actual a la que nos hemos referido, ha llevado a que, en la práctica, tales vías de solución de conflictos terminen siendo obligatorias si el Estado desea estar en consonancia con el concierto internacional, ser parte de convenciones, acuerdos y tratados, ser sujeto de financiamiento multilateral, ser perceptor de inversiones extranjeras, entre tantas otras. Por ello, lo imprescindible de contar con un organismo público especializado que se encargue de la representación y el patrocinio internacional del Estado.

8.1.2 La representación y el patrocinio jurisdiccional internacional del Estado y sus instituciones

El Estado ecuatoriano y sus instituciones deben enfrentar controversias de diversa índole en distintas instancias internacionales, sean estas de tipo arbitral o en otras jurisdicciones. Según se analiza en el capítulo correspondiente a Patrocinio nacional, la representación y el patrocinio del Estado y sus instituciones es una competencia dispuesta a la PGE por la Constitución de la República, en su artículo 237. Tal previsión constitucional no distingue entre las sedes en las que se ejecutará dicho patrocinio, si nacional o internacional, entendiéndose que las dos se encuentran comprendidas en el mandato magno.

159 Didier Operti Badán, “Algunas reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva”, en Mario Oyarzábal (co-ord.), *Derecho procesal transnacional* (Buenos Aires: Ábaco, 2012), 177.

160 María Teresa Infante Caffi, “La solución judicial de controversias entre Estados” en *Revista Derecho*, núm. 41 (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987), 62.

Esta disposición constitucional encuentra su desarrollo en la LOPGE, ley que prevé que corresponde a la PGE representar al Estado ecuatoriano y a las entidades del sector público en cualquier juicio o reclamo que se plantee en su contra, nacional e internacionalmente, así como en atención a los tratados o convenios internacionales vigentes.¹⁶¹ De igual forma, la LOPGE dispone que si bien los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador están facultados para representar al Estado y a las demás entidades u organismos del sector público ecuatoriano, en las calidades de actores o demandados en los juicios o diligencias judiciales que se propongan en otros estados, una vez recibida la citación o notificación tales personeros del servicio exterior deberán poner en conocimiento de la PGE dichas citaciones o notificaciones, a través del órgano regular, acompañando un informe sobre la legislación aplicable al caso, del país de que se trate, relacionada con el proceso o procedimiento.¹⁶²

En sede internacional, al igual que ocurre en sede nacional, la PGE busca guardar coherencia y consistencia técnica en la defensa de los intereses estatales, para lo cual las distintas áreas misionales de la institución, desde su experticia, colaboran en la estrategia que desarrolla en el caso concreto. Todas las disputas que involucran a la PGE en instancias internacionales tienen estrecha relación con materias de derecho público, como la contratación estatal. En este sentido, la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje –en adelante DNAIA– de la PGE coordina con las Direcciones de Consultoría y Control de la Legalidad para conocer los criterios que esta institución ha emitido respecto a determinados puntos de derecho. Este tipo de coordinación fortalece la seguridad jurídica del actuar del Estado.

La instancia de coordinación más asidua ocurre entre la DNAIA y la Dirección Nacional de Patrocinio de la Procuraduría. En la actualidad, existen múltiples casos que se ventilan ante cortes nacionales; mientras que otros asuntos –vinculados en ocasiones con los primeros– son conocidos por jueces de cortes extranjeras o tribunales arbitrales internacionales. Por tal motivo, ambas direcciones se mantienen en contacto directo, debido a que el conocimiento de los hechos o del derecho, de acuerdo a la materia tratada, puede ser un insumo para la defensa del Estado en los distintos foros.

Cabe mencionar que la LOPGE otorga a los agentes diplomáticos o consulares la representación y actuación en procesos internacionales, siempre que la PGE, en forma fundamentada, los instruya y autorice para que intervengan en la controversia. Cumplido esto, tales personeros diplomáticos no requerirán de poder especial para intervenir en el juicio o realizar las diligencias judiciales correspondientes, pero informarán a la PGE de la marcha de los procesos y ésta supervisará que el patrimonio y el interés público del Estado ecuatoriano sean debidamente preservados. La PGE, a petición de los agentes

161 *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, artículo 3, literal a), b), c) y d).

162 *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, artículo 8.

diplomáticos o consulares, autorizará la contratación de abogados particulares para que asuman la defensa o coadyuven a ella.¹⁶³ En cualquier caso, esta actuación directa de los agentes diplomáticos en procesos jurisdiccionales en el exterior es menos que escasa, pues la PGE, en la generalidad de los casos, asume la defensa de los intereses nacionales cuando el Estado o sus instituciones se encuentren involucradas a nivel contencioso internacional.

8.1.3. El arbitraje como método alternativo de solución de controversias

El arbitraje, entendido como un método alternativo de solución de conflictos por el cual las partes acuerdan someter una controversia de relevancia jurídica a la consideración de una o más personas independientes –no jueces ordinarios–, designadas por ellas, sujetándose irrevocablemente a su decisión, constituye uno de los mecanismos social y legalmente admitidos para solucionar los conflictos entre miembros de la sociedad.¹⁶⁴ En las últimas décadas ha existido un fortalecimiento de este método alternativo de solución de conflictos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional; no obstante, su origen remoto pueda encontrarse en las primeras controversias que en la antigüedad fueron sometidas a la resolución de un tercero imparcial, ya fuera el jefe de la familia, el sabio, el jefe o sacerdote de la tribu o del clan,¹⁶⁵ mucho antes de que surgiera si quiera una incipiente idea de jurisdicción pública.

Los elementos caracterizadores del arbitraje son: la naturaleza alternativa, el origen voluntario, la naturaleza convencional, la naturaleza heterocompositiva, la temporalidad.

- › El carácter alternativo del arbitraje. El arbitraje constituye uno de los medios alternativos para la solución de conflictos que representa para las partes una opción a la justicia estatal a fin de solucionar los conflictos que involucran derechos disponibles. El arbitraje constituye un espacio privado de administración de justicia que, si bien no puede ni debe desvincularse por completo del sistema de administración de justicia estatal, tiene características que lo individualizan. El régimen del arbitraje se guía por principios específicos, como el *compentence-competence*, el *favor arbitralis* y la *temporalidad* de la función de los árbitros, así como el carácter supletorio de las normas procesales generales en arbitrajes en Derecho.¹⁶⁶ En síntesis, el carácter alternativo del arbitraje se proyecta en un

163 *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, artículo 8.

164 Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje* (Bogotá: Legis/ Presses Universitaires de France, 2006), 71.

165 Eduardo Jequier Lehedé, “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje” en *Revista Ius et Praxis*, año 21, núm. 2 (Talca: Universidad de Talca, 2015), 201.

166 Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoría de la decisión judicial* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011), 37.

régimen jurídico especial, caracterizado esencialmente por su flexibilidad, cuyas relaciones con la justicia estatal deben ser claras y fluidas. Las notas específicas del arbitraje deben traducirse en una noción de debido proceso arbitral que recoja las particularidades de este mecanismo de solución de conflictos, asunto que se desarrollará en el tercer capítulo de este estudio.¹⁶⁷

- › El origen voluntario del arbitraje. La autonomía de la voluntad, es decir, el poder de gobernarse a sí mismo, constituye la piedra angular del arbitraje: es el fundamento que legitima la sustitución de los jueces estatales por árbitros para solucionar un conflicto en un caso concreto, marca los límites de la potestad decisoria de los árbitros e informa todo el proceso arbitral.¹⁶⁸ Pese al carácter esencial de la autonomía de la voluntad para el arbitraje, es claro que esta tiene límites. El primero está dado por la arbitrabilidad objetiva; es decir, por el carácter disponible del conflicto sometido a decisión de los árbitros, cuyo alcance varía de sociedad en sociedad, según la fuerza del principio de autonomía de la voluntad e inclusive, según el nivel de aceptación política del arbitraje.¹⁶⁹ El segundo límite a la autonomía de la voluntad está dado por el debido proceso, configurado como un mínimo de garantías irreductibles que deben observarse obligatoriamente por el juzgador y por las partes.¹⁷⁰
- › El carácter convencional del arbitraje. No podría pensarse en un arbitraje que surja de la mera liberalidad de una sola de las partes, se requiere que las partes con intereses contrapuestos decidan por acuerdo mutuo, mediante convención o contrato, someter sus diferencias (transables) al conocimiento de un Tribunal Arbitral, porque de no mediar la voluntad y acuerdo al respecto, la regla general es que se someten a la justicia ordinaria del Estado.¹⁷¹ El carácter convencional del arbitraje es la fuente de sus mayores virtudes, pues los justiciables pueden diseñar procedimientos más flexibles, así como escoger juzgadores expertos, depositarios de su confianza. La regla es que son las partes quienes pueden determinar el procedimiento a seguirse y solo por excepción, existen reglas inamovibles. Los justiciables son libres de definir el perfil de los árbitros, los términos procesales, los

167 María Elena Jara, *El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018), 20.

168 Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada ‘autonomía de la voluntad’”, en Anibal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto (dir.), *Contratación contemporánea. Teoría general y principios* (Bogotá: Palestra y Temis, 2002), 221.

169 María Fernanda Vásquez Palma, “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”, en *Jus et Praxis*, vol.12, núm.1 / Talca: Universidad de Talca, 2006), 127.

170 Claus Von Wobeser, “El desarrollo del procedimiento arbitral”, en *Arbitraje Comercial Internacional* (México D.F.: *Distribuciones Fontamara S.A.*, 2006), 99.

171 Antonio Pérez Solano, “El concepto y la naturaleza del arbitraje” en *Justicia*, núm. 32 (Barranquilla: Universidad Simón Bolívar, 2017), 271.

procedimientos a observarse, e inclusive de atribuir a los árbitros de la facultad de solicitar directamente el auxilio de funcionarios de la función judicial para ejecutar medidas cautelares.¹⁷²

- › El carácter heterocompositivo del arbitraje. Como se analizó, el arbitraje es un mecanismo adversarial cuya finalidad es resolver una controversia a través de la decisión obligatoria de un tercero –árbitro–, el que actúa *supra* partes y decide de manera definitiva sobre un determinado conflicto. El carácter heterocompositivo del arbitraje exige que los árbitros, para ser tales, tengan facultad para pronunciarse sobre el fondo de la disputa. El laudo no es una mera opinión sobre aspectos técnicos, sino que consiste en una resolución, fundamentada ya sea en derecho o en equidad, de obligatorio cumplimiento para las partes que, si bien considera aspectos técnicos, no se restringe exclusivamente a emitir una opinión especializada sobre ellos.¹⁷³
- › La temporalidad: Aspecto esencial en la medida en que esas atribuciones especiales que son propias de los jueces del Estado no pueden trasladarse a los árbitros de manera indefinida. Esta potestad que los sujetos involucrados tienen para sustraerse de la jurisdicción ordinaria para que su asunto no sea conocido por los jueces de la República y que en su lugar quien decida sea un Tribunal integrado por unos particulares que impartirán justicia, tiene una limitación en el tiempo. En efecto, el o los juzgadores *pro tempore* que han de resolver el conflicto entre las partes, lo harán única y exclusivamente para dicha controversia y por el tiempo máximo que imponen los términos procesales establecidos para proferir el fallo/laudo correspondiente.¹⁷⁴

8.1.4. El arbitraje nacional

La regulación normativa del arbitraje en nuestros territorios aparece en 1812, con la Constitución de Cádiz de 1812 –vigente en los territorios americanos de España, hasta su ominosa derogación por Fernando VII–. En el artículo 280 de la citada Constitución se disponía que “no se podrá privar a ningún español [lo que incluía a los habitantes de la Real Audiencia de Quito] del derecho de terminar sus diferencias por medio de árbitros, elegidos por ambas partes.” El arbitraje volvería a ser regulado normativamente recién en la segunda mitad del siglo XX. Así, en 1963 se dicta la primera ley especial sobre la materia, llamada Ley de arbitraje comercial,¹⁷⁵ la cual regulaba el sistema arbitral como

172 María Elena Jara, *El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018), 26.

173 Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje* (Bogotá: Legis/ Presses Universitaires de France, 2006), 113.

174 Antonio Pérez Solano, “El concepto y la naturaleza del arbitraje” en *Justicia*, núm. 32 (Barranquilla: Universidad Simón Bolívar, 2017), 272.

175 Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963, Registro Oficial No. 90, 28 de octubre de 1963.

medio idóneo para la solución de conflictos entre comerciantes. Se daba a las Cámaras de Comercio la prerrogativa de prestar el servicio de forma privativa. A pesar de ser una ley bien concebida, no fue mayor el uso y aplicación de esa normativa por desconocimiento, falta de promoción, entre otras razones.

Ya en los años noventa, con el interés creciente de los gobiernos de turno y la propia Función Judicial, empujados por la influencia de organismos bilaterales y multilaterales de crédito, se comprende la necesidad de incorporar una legislación renovada sobre la materia. En 1997 se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación,¹⁷⁶ reconocida como una normativa que incorpora los conceptos doctrinarios y del derecho comparado que rigen la materia.

Esta transformación de la legislación ecuatoriana se produjo ante la carencia de un sistema de administración de justicia eficiente que brindase las mínimas garantías a los usuarios, convirtiéndose estas debilidades de la Función Judicial en el principal aliado para que los medios alternativos de solución de conflictos ingresen sin resistencias demasiado fuertes. Además, las tendencias globalizadoras y la necesidad de que los conflictos puedan resolverse de una manera ágil y segura, también colaboraron con esta transformación.¹⁷⁷

Al amparo de la Ley de Arbitraje y Mediación las entidades y organismos del sector público ecuatoriano pueden someterse al arbitraje nacional, para lo cual, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.¹⁷⁸

8.1.5. El arbitraje internacional

El principal motivo por el cual el Estado ecuatoriano se somete a un arbitraje internacional es para encontrarse en las condiciones generalmente aceptadas a nivel global para captar inversiones de organismos o empresas extranjeras en miras del

176 Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

177 Álvaro Galindo, "Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador", en *Juris dictio*, vol. 2, núm. 4 (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2001), 123.

178 Ley de arbitraje y mediación, art. 4.

desarrollo de sectores estratégicos. El arbitraje internacional como un mecanismo para resolver las disputas sobre inversiones surgió a nivel mundial como una alternativa ante la desconfianza de los inversionistas extranjeros hacia los tribunales domésticos de los países anfitriones y la poca eficacia que, argumentaban, había demostrado la protección diplomática.

La mayoría de los Acuerdos internacionales de inversión establecen varios mecanismos de solución de controversias entre los inversionistas y los Estados receptores, sea a través de negociaciones directas, acudiendo a los tribunales judiciales o administrativos de la parte que sea parte en la diferencia, a cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido o a un arbitraje administrado, o a un arbitraje *ad hoc*. Aunque otras alternativas están disponibles, el arbitraje ha sido elegido como el principal método de solución de controversias. Con rasgos peculiares, el arbitraje inversionista-Estado, es posiblemente el único caso en el que el inversionista puede hacer uso de un convenio arbitral suscrito por un tercero, el Estado del que es nacional, en contra de otro Estado, el receptor de la inversión. Distinto de una decisión judicial, el arbitraje resuelve la disputa presentada por un inversionista, a través de un tribunal, cuya decisión es final, única e irrecurrible, salvo causales determinadas por nulidad.¹⁷⁹

La Ley de Arbitraje y Mediación establece la posibilidad de que las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional, siempre y cuando la contraparte tenga su domicilio en un Estado diferente, o cuando el cumplimiento de la obligación esté fuera del domicilio de al menos una de las partes, o cuando el conflicto se refiera a un asunto de comercio internacional. La ejecución de los laudos internacionales, de acuerdo a la ley, se llevará a cabo de la misma forma como se ejecutan los laudos emitidos en arbitrajes nacionales. De todas formas, el juez de la ejecución deberá verificar que el laudo internacional no contravenga el Derecho Público ecuatoriano. Lo importante aquí de destacar es que la ejecución de ese laudo internacional no requiere que se inicie un juicio ejecutivo, sino que inicia desde el mandamiento de ejecución de sentencia (vía de apremio).¹⁸⁰

8.1.6. La representación y el patrocinio arbitral nacional e internacional del Estado y sus instituciones

En cuanto al sometimiento efectivo a arbitraje nacional e internacional por parte del Estado y las entidades que conforman el sector público, la base constitucional se encuentra en el artículo 190 de la Carta Magna que reconoce al arbitraje y otros procedimientos

179 Procuraduría General del Estado, *Visión crítica del arbitraje de inversiones desde la experiencia del Ecuador* (Quito: Procuraduría General del Estado, 2016), 18.

180 Ley de arbitraje y mediación, artículos 41 y 42.

alternativos de solución de conflictos y permite la aplicación del arbitraje en derecho en contratación pública previa la autorización del Procurador General del Estado. La LOPGE, en su artículo 11, faculta a las entidades del sector público a someterse a arbitraje siempre que se cumplan las condiciones dispuestas para el efecto. De igual forma, como ya hemos anticipado, lo hace la Ley de Arbitraje y Mediación en sus artículos 4 y 42 –este último en relación con el arbitraje internacional–.

En concordancia con las disposiciones anteriores, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé en su artículo 104 la utilización de arbitraje en derecho como uno de los métodos disponibles para resolver diferencias no solventadas dentro del proceso de ejecución. Por otro lado, la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas establece en su artículo 20 que para la resolución de controversias que surjan entre las partes respecto de contratos de gestión delegada bajo la modalidad de asociación público-privada suscritos en el marco de la Ley, se podrá acudir al arbitraje nacional o internacional regional como última instancia, conforme con lo dispuesto en el contrato de gestión delegada.

Finalmente, en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en los artículos innumerados a continuación de artículo 16, se establece la obligación de pactar arbitraje nacional o internacional en derecho, de conformidad con la ley para contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América.

En casos de arbitraje nacional o internacional, corresponde a la PGE la representación y el patrocinio del Estado y sus instituciones observando las reglas generales respecto de su obligatoria participación –entidades sin personalidad jurídica autónoma– o de su labor de supervisión –entidades con personalidad jurídica autónoma–. Así como ocurre en cuanto a los litigios jurisdiccionales en territorio extranjero, para el tema arbitral también se prevé la posibilidad de contratar abogados extranjeros expertos que fortalezcan la labor de la PGE en miras a la mejor defensa de los derechos e intereses nacionales.

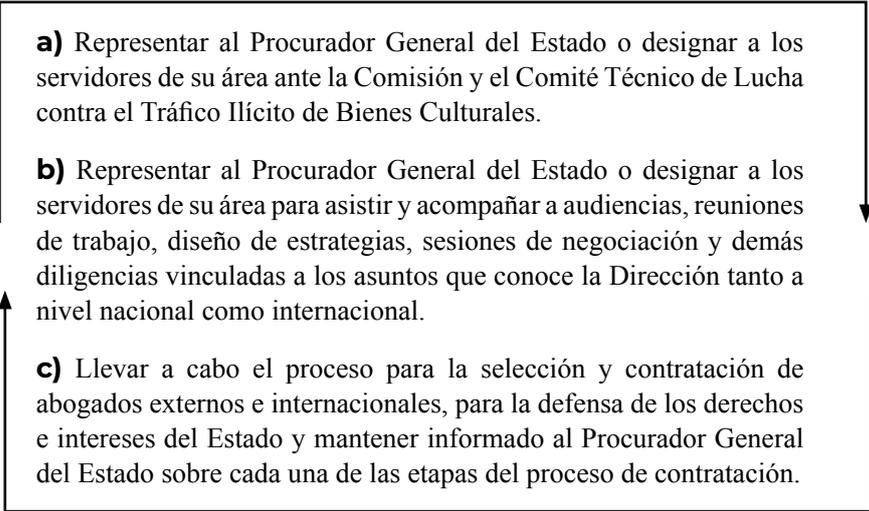


8.2. Procedimiento

En cuanto al proceso interno, la designación de la unidad de la PGE a cargo de los asuntos jurisdiccionales en territorio extranjero y arbitrales nacionales e internacionales se encuentra en la “Codificación del Reglamento Orgánico Funcional de la PGE”, expedida originalmente mediante Resolución de la PGE No. 107, publicada el 13 de julio de 2017 en el Registro Oficial Edición Especial No. 36, y cuya última reforma fue realizada mediante Resolución de la PGE No. 40, publicada el 13 de mayo de 2020 en el Registro Oficial Suplemento 2 No. 569. En el artículo 26 de dicha norma se determina que La

Dirección Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje está a cargo de un Director, quien es delegado del Procurador General del Estado para el ejercicio del patrocinio judicial del Estado en tribunales e instancias internacionales, en sede extranjera, en arbitrajes internacionales y en los arbitrajes nacionales en los que deba intervenir la PGE.

El referido Reglamento enumera las facultades del Director Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje. Por su parte, en el artículo 27 se describen las funciones de la Subdirección de Asuntos Internacionales y en el artículo 28 se hace lo propio con la Subdirección de Arbitraje Nacional. El artículo 29 describe los productos de esta última Subdirección. Por otro lado, mediante Resolución de la PGE No. 20, publicada en el Registro Oficial No. 481 de 6 de mayo de 2019 y cuya última reforma fue realizada mediante Resolución de la PGE No. 35, publicada en el Registro Oficial No. 140 de 11 de febrero de 2020, el Procurador General del Estado delegó, en sus órganos subalternos, algunas atribuciones. Así, en el artículo 4, delegó al Director Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje lo siguiente:

- 
- a)** Representar al Procurador General del Estado o designar a los servidores de su área ante la Comisión y el Comité Técnico de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales.
 - b)** Representar al Procurador General del Estado o designar a los servidores de su área para asistir y acompañar a audiencias, reuniones de trabajo, diseño de estrategias, sesiones de negociación y demás diligencias vinculadas a los asuntos que conoce la Dirección tanto a nivel nacional como internacional.
 - c)** Llevar a cabo el proceso para la selección y contratación de abogados externos e internacionales, para la defensa de los derechos e intereses del Estado y mantener informado al Procurador General del Estado sobre cada una de las etapas del proceso de contratación.

Adicionalmente, existe normativa que regula aspectos puntuales de los procesos de patrocinio en sede arbitral y en jurisdicción extranjera, de acuerdo con el siguiente detalle:

- › Reglamento para la Contratación de Abogados o Estudios Jurídicos para el Patrocinio Internacional del Estado y su asesoramiento, expedido mediante Resolución de la PGE No. 23 de 19 de junio de 2019, que regula la contratación de abogados o estudios jurídicos que deban intervenir,

junto a la PGE, en la defensa o asesoramiento del Estado ecuatoriano frente a reclamos o acciones en los que actúe como actor o demandado en jurisdicción internacional o extranjera.

- › Reglamento para la administración de contratos suscritos por la PGE para el Patrocinio Internacional del Estado y su asesoramiento, expedido mediante Resolución de la PGE No. 37 de 24 de enero de 2020, cuya última reforma data del 19 de febrero de 2021, que regula la administración de los contratos suscritos por la PGE con abogados o estudios jurídicos que deban intervenir, junto a la institución, en la defensa o asesoramiento del Estado ecuatoriano frente a reclamos o acciones en los que actúe como actor o demandado en jurisdicción internacional o extranjera.
- › Procedimiento que plantee la PGE previo a la interposición de acciones de nulidad de laudos arbitrales y acciones extraordinarias de protección derivadas de estos, expedido mediante Resolución de la PGE No. 45 de 23 de marzo de 2020, que regula el procedimiento a ejecutarse ante la notificación de laudos emitidos por tribunales arbitrales nacionales que sean desfavorables a los intereses del Estado.



8.3. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de procesos en jurisdicciones extranjeras y arbitraje nacional e internacional

Desde su creación, la DINAIA ha estado a cargo de 182 procesos internacionales, divididos de la siguiente manera:

- › Nueve (9) arbitrajes de inversión activos.
- › Veintitrés (23) arbitrajes de inversión terminados.
- › Catorce (14) arbitrajes comerciales activos.
- › Nueve (9) arbitrajes comerciales terminados.
- › Quince (15) procesos en sede extranjera activos.
- › Treinta y siete (37) procesos en sede extranjera terminados.
- › Seis (6) procesos ante el Tribunal Andino de Justicia activos.
- › Seis (6) procesos ante el Tribunal Andino de Justicia terminados.

- › Cuarenta y un (41) notificaciones de controversia activas.
- › Veinte (20) notificaciones de controversia solucionadas.
- › Dos (2) procesos de otras clases (uno activo y otro terminado).

Por otro lado, desde su creación, la Subdirección de Arbitraje Nacional registra 184 procesos arbitrales divididos de la siguiente manera:

- Noventa y ocho (98) procesos terminados.
- Ochenta y seis (86) procesos activos.

En cuanto a las etapas de cada uno de los procesos, los pasos a seguir dependerán del estado y particularidades de las controversias, requiriendo de acciones puntuales por parte del equipo de defensa de la PGE para cada caso, incluyendo el intercambio de información y comunicaciones con otras entidades públicas involucradas. A continuación, se expondrán las fortalezas que la DINAIA ha desarrollado a lo largo de estos años para la más adecuada defensa jurídica de los intereses del Estado en los ámbitos jurisdiccionales internacionales y de arbitraje nacional e internacional.

8.3.1. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de procesos en jurisdicciones extranjeras

Las actividades de patrocinio del Estado ante un proceso judicial en jurisdicción extranjera inician por la recepción de la citación de la demanda cuando el Estado o alguna de sus entidades son demandadas. Esta citación es recibida por la PGE, por las entidades involucradas o por las legaciones diplomáticas de la República del Ecuador. Se actúa durante la sustanciación de proceso hasta la obtención de una sentencia, luego de lo cual, de ser procedente, se interponen los recursos necesarios hasta obtener una decisión final.

Una vez recibida la notificación en el despacho de la máxima autoridad de la PGE, este la revisa en conjunto con el/la Director/a Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje e imparte las directrices del caso. El/la Director/a lo revisa a su vez con el/la Subdirector/a de Asuntos Internacionales y se designa un abogado o abogada responsable y un abogado o abogada corresponsable. De esa manera, el equipo de cada caso queda conformado por el Procurador General del Estado, el/la Director/a Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje, el/la Subdirectora de Asuntos Internacionales, el abogado o abogada responsable y el abogado o abogada corresponsable.

Ya conformado el equipo, se imparten las instrucciones correspondientes, se define la estrategia y se traslada la documentación para su revisión. El abogado o abogada responsable debe preparar un análisis preliminar del caso en donde se identifiquen las entidades públicas involucradas, la información que se requiere solicitar de las mismas y las cuestiones relevantes para la delineación preliminar de la estrategia del caso.

El abogado o abogada responsable también es el encargado de elaborar los oficios dirigidos a las entidades públicas involucradas, en los cuales se informa sobre la notificación, se solicita información documental y se requiere la designación de un funcionario o un grupo de funcionarios responsables que sirvan de punto de contacto con la institución.

En vista de que será necesario contar con abogados habilitados para el ejercicio de la profesión en la jurisdicción en cuestión, se debe contratar profesionales externos. En esta circunstancia, los funcionarios de la PGE ejercen tareas de coordinación y supervisión del trabajo de los abogados externos habilitados ante las cortes nacionales en donde se litigue. Los funcionarios de la PGE, además, serán los encargados de la coordinación con las entidades públicas involucradas y la asesoría en cuestiones de derecho ecuatoriano.

Si se requiere otorgar poder o procuración judicial para legitimar la comparecencia de los abogados extranjeros, el abogado o abogada responsable del caso debe elaborar la minuta respectiva y trasladarla para la revisión y suscripción de el/la Director/a Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje o el Procurador General del Estado, según el caso. Se deberá también gestionar el trámite notarial y la legalización o apostilla para darle validez al documento en el exterior.

Todos los escritos a presentarse deben ser previamente revisados y aprobados por el equipo de la PGE. En caso de requerirse la asistencia a audiencias y dependiendo de la complejidad del caso, el equipo de la PGE puede trasladarse a la jurisdicción en cuestión. De ser necesario, se puede requerir el apoyo o la coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, o con alguna de las legaciones diplomáticas de la República del Ecuador.

En determinados casos, se podrá delegar el patrocinio a las entidades públicas involucradas, a los representantes diplomáticos del Ecuador en el extranjero o, a su vez, se podrá autorizar a estos últimos para la contratación de abogados externos. Es necesario que el equipo de la PGE a cargo del caso mantenga informado de manera permanente al despacho del Procurador del desarrollo del proceso.

8.3.2. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de procesos de arbitraje nacional

La gestión del arbitraje nacional tiene como propósito principal patrocinar y representar al Estado en las causas arbitrales en sede nacional como actor o demandado, en defensa de su patrimonio y del interés público. En particular, existen al menos dos opciones de procedimiento para cumplir con ese propósito:

- › Patrocinar a las instituciones del Estado que no cuenten con personería jurídica propia cuando son actoras o demandadas en causas arbitrales, en procesos de nulidad de laudo arbitral y acciones constitucionales vinculadas a las decisiones dictadas en procesos arbitrales nacionales.
- › Supervisar y, de ser el caso, intervenir en los Procesos de Arbitraje Nacional en los que participan como actoras o demandadas las instituciones del Estado que cuentan con personería jurídica propia.

Las políticas internas planteadas para la defensa del Estado en los procesos de arbitraje nacional son:

- › La defensa del Estado, sea como actor o demandado, se ejercerá siempre en coordinación con la o las instituciones del Sector Público involucradas. La entidad involucrada será la responsable de proveer la información para su adecuado patrocinio. Igual procedimiento opera para las acciones de nulidad de laudos arbitrales y para las acciones extraordinarias de protección.
- › En el caso de instituciones que cuenten con personería jurídica propia, la PGE supervisará y, de considerarlo necesario, intervendrá en el caso.
- › Toda demanda o contestación a la demanda deberá contener sólidos argumentos jurídicos, jurisprudenciales y doctrinarios.

La organización del trabajo de la Dirección de Asuntos Internacionales y Arbitraje para cada caso, en cuanto a la solicitud de información, planteamiento de la estrategia del caso, elaboración de documentos y participación en audiencias y diligencias, es fundamental para la adecuada defensa institucional. En particular, es indispensable la formación de equipos de trabajo bajo las directrices del Subdirector de Arbitraje Nacional, con un abogado responsable, abogados y personal administrativos de apoyo, lo cual permite que el flujo de actividades del proceso interno se desarrolle de manera adecuada.

Otro elemento beneficioso para la gestión de los procesos de arbitraje nacional es el tratamiento integral que reciben los casos, ya que si bien el proceso arbitral, el proceso de nulidad de laudo arbitral y las acciones constitucionales vinculadas a las decisiones expedidas en ellos, son acciones que generan procesos independientes, son asumidos en su totalidad por parte de la Dirección.

Además, la PGE participa en todos los procesos arbitrales que involucren a las distintas instituciones del Estado de conformidad con los artículos 3, 5 y 6 de su Ley Orgánica de la PGE. Si la entidad pública tiene personería jurídica, la PGE puede realizar la supervisión de las actuaciones de la entidad en el desarrollo del proceso arbitral o participar directamente. Sin embargo, la facultad de supervisión no impide que, en cualquier momento procesal, la Procuraduría pueda intervenir de así creerlo conveniente para los intereses estatales. Si la entidad involucrada no tiene personería jurídica propia, la PGE participa directamente en la defensa institucional o realiza una delegación, de conformidad con los artículos 2 y 7 de la LOPGE para que la defensa la asuma la propia institución, sin perjuicio de que la PGE pueda intervenir en cualquier momento.

En todos los casos en los que interviene directamente, la PGE realiza un análisis de la controversia, la procedencia del arbitraje, la competencia del Tribunal Arbitral y el fondo del asunto controvertido, observando los siguientes puntos:

- › Se realiza una revisión de la arbitrabilidad del asunto planteado en la demanda, es decir, que se trate de un asunto susceptible de transacción, en el marco de una relación jurídica contractual, de conformidad con los artículos 190 de la Constitución de la República y 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM).
- › Se realiza un análisis del convenio arbitral: por un lado, sobre su existencia y la emisión de la autorización de la PGE previa a su suscripción, según el tipo de contrato que originó la controversia materia del arbitraje y, por otro, el cumplimiento de los requisitos en el régimen arbitral para su validez. Todo ello en observancia a lo establecido en los artículos 190 de la Constitución, 11 de la LOPGE; y, 1 y 4 de la LAM.
- › En caso de que se haya pactado una cláusula escalonada de solución de controversias, se debe verificar el cumplimiento de los procedimientos previos acordados por las partes para llegar al arbitraje, pues, de no haber ocurrido aquello, la acción propuesta sería prematura, lo que impediría que la controversia pueda ser conocida en arbitraje mientras no se cumplan con los pasos previos acordados voluntariamente por las partes.

- › Sobre la base de los análisis previos, es necesario verificar la competencia del Tribunal Arbitral, a fin de que se cumpla con lo previsto en los artículos 11.1, 76.3, 76.7.k y 82 de la Constitución. La práctica ha evidenciado que, por lo general, cuando existe un defecto en este ámbito, tiene relación con la materia objeto de la controversia (materia no transigible o no amparada por el convenio arbitral).
- › Respecto al fondo de la controversia, se hace una revisión de las pretensiones planteadas en la demanda, a fin de verificar si éstas son compatibles entre sí y si las mismas pueden ser resueltas mediante arbitraje. Más a profundidad y siempre que la entidad pública involucrada haya provisto de la información necesaria, se revisa la fase precontractual hasta la adjudicación del contrato, la cronología y desarrollo de la ejecución contractual y el grado de cumplimiento de las partes, principalmente para conocer las condiciones de la contratación, las obligaciones de las partes, la oportunidad del cumplimiento de las mismas; en particular, es importante identificar los incumplimientos de la parte actora, saber si estos son previos a aquellos de los que se acusa a la entidad demandada o si estos últimos son sustanciales o no.
- › La identificación de los elementos probatorios es de suma importancia. Por lo general, al tratarse de contratos administrativos, la prueba documental es la que determina los principales elementos para la decisión de la causa. Sin perjuicio de ello, es imperativo que la entidad pública involucrada provea de los criterios técnicos relativos a los hechos expuestos en la demanda, los cuales deben ser realizados sobre la base de la documentación aportada por la entidad, advirtiendo si existe o no la necesidad de contar con criterios técnicos de terceros imparciales (peritos). En caso de que se requiera la participación de un perito, es necesario identificar el campo de experticia, la especialidad, experiencia y trayectoria del perito; y, realizar un pedido claro y completo de lo que se requerirá al perito.
- › Ejecutadas las diligencias probatorias, se presenta un alegato que consolide la posición institucional para permitir un adecuado análisis del Tribunal Arbitral previo a su decisión.
- › Dictado el laudo arbitral, se lo debe analizar en conjunto con la demanda y la contestación y, en el caso de que sea contrario a los intereses institucionales, verificar si existe algún defecto en la decisión o en el procedimiento, que genere la necesidad de que sea ampliado o aclarado o que configure alguna de las causales determinadas en el artículo 31 de la LAM para demandar la

nulidad del laudo arbitral. De igual manera, corresponde realizar un análisis del laudo arbitral desde el punto de vista constitucional para verificar si existe alguna vulneración de los derechos y garantías constitucionales de la entidad estatal, no relacionadas con las causales de nulidad establecidas en la LAM, con el fin de plantear, de ser el caso, una acción extraordinaria de protección; en la práctica, los defectos que se han identificado están vinculados, principalmente, al debido proceso, derecho a la defensa, derecho ser juzgado por autoridad competente, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

- › En caso de que se proponga una acción de nulidad del laudo arbitral, se deberá realizar la coordinación correspondiente a efecto de solicitar la suspensión de la ejecución del laudo y la eventual fijación de una caución por parte del Tribunal y su consignación para que surta efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la LAM.
- › La acción de nulidad de laudo o la acción extraordinaria de protección pueden ser planteadas por la PGE o por la entidad demandada de manera independiente, o por las dos, de forma que debe realizarse la coordinación respectiva con la entidad demandada, a fin de conocer su decisión respecto de una posible intervención ante la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia o ante la Corte Constitucional, respectivamente
- › En el caso de que los procesos arbitrales correspondan a las direcciones regionales o las oficinas provinciales de la PGE, los abogados responsables de esos casos están en capacidad de acudir a la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje para solicitar la colaboración necesaria para una adecuada defensa institucional. Esto permite mantener uniformidad de criterios y actuaciones en el marco de los procesos arbitrajes nacionales.

8.3.3. Defensa jurídica del Estado a través del patrocinio de procesos de arbitraje internacional

Las actividades de patrocinio del Estado ante un arbitraje internacional comienzan con la recepción, por parte de la PGE, de una notificación de controversia¹⁸¹ o de arbitraje, de ser el caso. La descripción que se realiza a continuación es de un proceso tipo, dejando sentado que cada caso es distinto y tiene sus particularidades.

¹⁸¹ Muchas cláusulas de resolución de disputas, ya sea estén contenidas en contratos, ya sea en tratados internacionales, determinan la obligación de establecer negociaciones amistosas o procesos de mediación previo a iniciar un arbitraje. En estos casos, la PGE recibe notificaciones de controversia en las que el potencial demandante informa al Estado ecuatoriano de la existencia de un punto controvertido entre las partes y anuncia su intención de arbitrar la disputa en caso de que no se llegue a una solución negociada.

a) Recepción de una notificación de controversia

En el escenario de una notificación de controversia, la PGE va a tener un papel importante coordinando las conversaciones que se puedan establecer con miras a buscar una solución negociada.

Una vez recibido el documento en el despacho del Procurador General del Estado, este lo revisa en conjunto con el/la Director/a Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje e imparte las directrices del caso. El/la Director/a lo revisa a su vez con el/la Subdirector/a de Asuntos Internacionales y se designa un abogado o abogada responsable y un abogado o abogada corresponsable. De esa manera, el equipo de cada caso queda conformado por el Procurador General del Estado, el/la Director/a Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje, el/la Subdirectora de Asuntos Internacionales, el abogado o abogada responsable y el abogado o abogada corresponsable. Dependiendo de la complejidad del caso, o el volumen de trabajo, se pueden integrar más funcionarios al equipo de trabajo.

Ya conformado el equipo, se imparten las instrucciones correspondientes, se define la estrategia y se traslada la documentación para su revisión. El abogado o abogada responsable debe preparar un análisis preliminar del caso en donde se identifiquen las entidades públicas involucradas, la información que se requiere solicitar de las mismas y las cuestiones relevantes para la delimitación preliminar de la estrategia del caso.

El abogado o abogada responsable también es el encargado de elaborar los oficios dirigidos a las entidades públicas involucradas, en los cuales se informa sobre la notificación de controversia, se solicita información documental y se requiere la designación de un equipo de funcionarios para las conversaciones amistosas.

Por otro lado, se elabora una comunicación en respuesta al notificante en la que se acusa recibo de la notificación de controversia, se informan los datos de contacto de los funcionarios de la PGE a cargo del proceso y se ratifica, de ser pertinente, la disposición del Estado ecuatoriano para mantener conversaciones amistosas en busca de una solución negociada.

b) Período de negociación o conversaciones amistosas

Una vez que se ha designado el equipo negociador por parte de las entidades públicas involucradas, la PGE mantiene reuniones preliminares con dichos funcionarios para recoger más información, explicarles la naturaleza del periodo de negociaciones y del eventual proceso arbitral. En esta instancia se explica a dichos funcionarios que, dentro de un proceso de arbitraje internacional, es necesario que la PGE conozca

todos los detalles relacionados con la controversia, incluyendo aquellos que podrían considerarse puntos débiles para la posición del Estado y que, por tanto, es necesaria una relación fluida y de confianza para el intercambio de información y realización de reuniones de trabajo.

En este punto, la PGE también aclara que no puede interferir en las atribuciones de cada una de las entidades y que, si bien debe buscarse de buena fe la posibilidad de una solución negociada, es responsabilidad de cada una de las instituciones el considerar factible o no dicha solución dentro del ejercicio de sus competencias.

Una vez que se ha realizado este asesoramiento preliminar, se programa una primera reunión con el notificante, las entidades involucradas y el equipo del caso designado por la PGE. Con el objeto de que las conversaciones puedan llevarse adelante de manera fluida -sin que lo expresado en las mismas por las partes pueda ser usado luego en su contra en el eventual proceso arbitral- se puede suscribir un convenio de confidencialidad al que, con la asesoría de la PGE, pueden también adherirse las entidades públicas involucradas. Conforme vayan avanzando las conversaciones, se pueden establecer nuevas reuniones de trabajo e intercambios de información.

En caso de que el proceso de negociación sea exitoso, la PGE asesorará a las entidades públicas involucradas en la preparación y suscripción de los documentos pertinentes que pongan fin a la controversia y aseguren que, a futuro, no se pueda iniciar un proceso en contra del Estado por dicha cuestión. En caso de que las negociaciones no prosperen, es necesario prepararse para la defensa del Estado en el proceso arbitral.

c) Recepción de una notificación de arbitraje

En el evento de que en el periodo de conversaciones no se haya alcanzado un acuerdo o que se reciba directamente una notificación de arbitraje, el proceso de designación del equipo responsable es el mismo que el descrito anteriormente. Si se ha designado ya un equipo ante la recepción de la notificación de controversia, el mismo sigue a cargo del proceso en el arbitraje.

La notificación de arbitraje, y los documentos adjuntos, se envían al abogado responsable quien debe elaborar -o complementar de ser el caso- el análisis de la disputa y preparar la respuesta a la notificación de arbitraje. La forma de dicha respuesta dependerá de las reglas aplicables para el proceso arbitral. El equipo de la PGE deberá informar a las entidades involucradas que se ha dado inicio al arbitraje y solicitará que se envíe información adicional de requerirse y que se conserve aquella que pudiera ser necesaria en etapas posteriores del proceso.

De acuerdo a la estrategia definida y la complejidad del caso, el equipo de la PGE evaluará la necesidad de contratar abogados externos. De ser positiva la respuesta, la contratación se realizará conforme a la normativa pertinente. En caso de que se contrate abogados externos, estos se integrarán al equipo de la PGE y trabajarán en conjunto con los funcionarios institucionales en todas las etapas del proceso. Los funcionarios de la PGE, además, serán los encargados de la coordinación con las entidades públicas involucradas y la asesoría en cuestiones de derecho ecuatoriano.

Ya dentro del proceso arbitral el equipo de la PGE (tanto si está conformado exclusivamente por funcionarios como si incluye también a abogados externos) debe intervenir en los pasos preliminares necesarios para la configuración del mismo.

En primer lugar, se debe designar al árbitro de parte. Esta acción requiere de un análisis de los posibles candidatos, su perfil profesional y académico, los precedentes de su trabajo y la revisión de casos anteriores en los que haya intervenido. Luego se debe nombrar el tercer árbitro, que presidirá el Tribunal, el cual, dependiendo de las reglas acordadas, se lo nombra por acuerdo entre las partes, acuerdo entre los co-árbitros o por parte de una autoridad nominadora. Una vez constituido el Tribunal es necesario acudir a la primera conferencia y acordar los detalles del proceso¹⁸² y la logística.

Si existen cuestiones preliminares o temas de jurisdicción o admisibilidad, se puede solicitar en este punto la bifurcación del proceso, caso contrario, se puede esperar a recibir la demanda para solicitarla al momento de la contestación. Dependiendo de las particularidades del proceso, este puede desarrollarse en una fase única en donde se discutan todas las cuestiones controvertidas, o se puede dividir en distintas fases que aborden, de manera individual, el otorgamiento de medidas cautelares, cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, cuestiones de mérito o fondo, valuación de daños, reconveniones, etc. Se pueden describir las actividades que son comunes a todas estas fases:

- › Es necesario acordar con la contraparte un calendario procesal fijando, entre otras cosas, fechas de presentación de escritos y, de ser el caso, la realización de audiencias.
- › Se hace un análisis de los temas en discusión, se define una estrategia y se bosquejan los argumentos a ser presentados en los escritos y la audiencia.
- › Se buscan pruebas y, de requerirse, se contratan expertos o peritos y se buscan testigos

¹⁸² Estos pueden incluir la sede del arbitraje, lugar de las audiencias, el calendario procesal, el reglamento aplicable, las reglas que regirán las cuestiones de conflictos de interés, obtención de la prueba, etc., cuando estas cuestiones no consten en el convenio arbitral o no se hayan acordado previamente.

- › Se elaboran y obtienen los documentos necesarios de respaldo para anexarlos al escrito.
- › Se divide el trabajo de redacción entre los integrantes del equipo, se realizan observaciones y se aprueba el producto final por el/la Director/a de Asuntos Internacionales y Arbitraje y/o el Procurador General del Estado, según el caso.
- › Se presenta el escrito, con sus respectivos anexos.
- › De ser necesario, se repite el proceso para los escritos de réplica o dúplica según corresponda.
- › En caso de haberse pactado la realización de audiencias, el equipo de la PGE coordina los detalles logísticos de las mismas, define la estrategia, los argumentos a presentarse, los intervinientes, etc. Los días previos se realiza un trabajo de preparación y se coordina con los testigos, expertos o peritos que vayan a participar.

Una vez recibido un Laudo, sea este parcial o final, en caso de una decisión desfavorable para el Estado, se analiza la posibilidad de interponer una acción de nulidad. También puede ocurrir que el Estado haya obtenido una decisión favorable y sea la contraparte la que plantee una acción de nulidad. En cualquier caso, las actividades a realizarse en la fase de anulación dependerán de si se trata de un proceso arbitral llevado bajo el Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Reglas CIADI) o bajo otras reglas de arbitraje.

- › En un proceso bajo Reglas CIADI, al ser este un sistema autocontenido, la anulación se litiga ante un Comité Ad Hoc con jurisdicción internacional, por lo que el equipo de la PGE conformado para el proceso original puede actuar también en esta fase. Las actividades previamente descritas son comunes, también a esta etapa de anulación.
- › En un proceso bajo otras reglas, la anulación se interpone ante las cortes nacionales del país en donde se haya fijado la sede del arbitraje. En dicho caso, es necesario integrar al equipo de la PGE a profesionales habilitados ante dichas cortes. Esto también se aplica en los casos en los que la defensa se ejerza ante la ejecución de un laudo en jurisdicción extranjera. En estas circunstancias los funcionarios de la PGE ejercen una función de coordinación y supervisión del trabajo de los abogados externos habilitados ante las cortes nacionales en donde se litigue la cuestión.



8.4. Casos paradigma

8.4.1. Proceso en jurisdicción extranjera

El día 27 de abril de 2017, en la República de Panamá, ante el Juzgado Quinto de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, se inició un proceso ejecutivo simple de mayor cuantía propuesto por Roger Efrén Moreira Zambrano en contra de EP Petroecuador por la cantidad aproximada de USD 11.500'000.000,00 (once mil quinientos millones de dólares). Dentro de dicho proceso, el juez panameño ordenó el embargo del dinero en efectivo que la petrolera ecuatoriana pudiera tener en cuentas del sistema financiero de ese país hasta por el valor de la cuantía del juicio, medida cautelar que nunca se ejecutó. Ni la EP Petroecuador, ni el Estado ecuatoriano fueron notificados debidamente acerca del inicio del proceso en mención. El idioma en el que se tramitó el proceso fue el español.

a) Antecedentes

De manera ilegal y sin fundamento alguno por tratarse de un documento falso, un grupo de personas intentó vincular a la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, “EP Petroecuador”, con un supuesto “Acuerdo de Pago Irrevocable” que habría sido suscrito el 20 de julio de 2005 por el Ing. Washington Gallegos Orta, entonces vicepresidente de PETROCOMERCIAL, empresa subsidiaria que luego fue absorbida por EP Petroecuador. En dicho documento, supuestamente, se reconocía el compromiso de la empresa de indemnizar a varias organizaciones de la sociedad civil de la provincia de Esmeraldas por una presunta afectación ambiental derivada de la tala de árboles.

Se intentó ejecutar el mencionado acuerdo ante cortes ecuatorianas, sin embargo, los actores no lograron resultados favorables. El 27 de abril de 2017, Roger Efrén Moreira Zambrano, uno de los miembros del grupo de personas detrás del fraude, intentó lograr su cometido presentando una acción civil en la República de Panamá, en contra de la EP Petroecuador, por la suma de USD 1000'000.000,00 (un millón de dólares). La acción se presentó mediante intermediarios y apoderados que, a su vez, contrataron abogados panameños. Posteriormente, la parte actora aumentó su pretensión a USD 10.000'000.000,00 (diez mil millones de dólares) en concepto de capital y USD 1.495'000.000,00 (mil cuatrocientos noventa y cinco millones de dólares) por costas. Así, el actor intentó retener de las cuentas de EP PETROECUADOR, un total de USD 11.495'995.600,00 (once mil cuatrocientos noventa y cinco millones novecientos noventa y cinco mil seiscientos dólares).

La acción referida fue presentada ante cortes panameñas especializadas en procesos de ejecución, que tienen la particularidad de ser más céleres que las demás cortes de la justicia ordinaria de esa jurisdicción. Así, el 26 de octubre de 2017 dentro de la demanda ejecutiva promovida por los actores, el Juzgado Quinto de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá decretó formal embargo a las cuentas de la EP Petroecuador en ese país mediante auto No. 1644, a favor de Roger Efrén Moreira Zambrano.

Mediante Oficio N° 31170-PAT-CIU-2017 de 24 de noviembre de 2017, la EP Petroecuador, informó a la PGE de la detención de Roger Efrén Moreira Zambrano en el Centro de Rehabilitación Social Latacunga, en cumplimiento de una sentencia por el delito de uso doloso de documento falso, derivada de sus intentos de ejecutar el “Acuerdo de Pago” en el Ecuador. En dicha sentencia, además, dicho acuerdo fue declarado falso.

La PGE como representante legal del Estado ecuatoriano, luego del proceso respectivo, contrató los servicios profesionales de la firma jurídica panameña LOVILL, para ejercer la defensa conjunta del Estado.

b) Acciones presentadas en Panamá.

Una vez conocida la existencia de este proceso la PGE asumió la defensa de la Empresa Pública EP Petroecuador, a través de las siguientes acciones:

- › Se presentó, el 17 de enero de 2018, ante el Juzgado Quinto de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá un incidente de nulidad dentro del referido proceso argumentando que el mismo se fundamenta en un documento falso y alegando, además, la falta de citación que impidió que EP Petroecuador compareciera al proceso oportunamente.
- › Se presentó también, ante el Juzgado Quinto de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, un Incidente de Falta de Legitimación Activa en la Causa.
- › Ante la actuación irregular del Juzgado Quinto de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, y su demora en resolver los incidentes planteados se presentaron también, el 18 de mayo de 2018, dos amparos constitucionales en contra de: i) El auto de mandamiento de pago (Amparo No. 714-18) y ii) el auto que ordenó el embargo de las cuentas de EP Petroecuador (Amparo No. 733-18).

- › Con respecto al primer amparo (No. 714-18), el Tribunal de Segunda Instancia lo inadmitió, por lo cual se apeló dicha Resolución ante la Corte Suprema de Justicia.
- › Con respecto al segundo amparo (No. 733-18), este fue admitido y concedido por el Tribunal de Segunda Instancia, que revocó la orden de embargo emitida por el Juzgado Quinto de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá. El Tribunal de Segunda Instancia determinó que ningún Juez Panameño tiene jurisdicción para conocer el caso e inadmitió la intervención de los representantes de la contraparte por considerar que no tienen legitimidad para hacerlo. Los representantes de la contraparte presentaron un recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia, del que posteriormente desistieron, por lo que la decisión quedó en firme.
- › Adicional a todo ello, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana a través de la Embajada de Ecuador en Panamá se realizaron contactos a nivel diplomático con el Gobierno de la República de Panamá con el objeto de expresarle la preocupación del Estado ecuatoriano por la actuación de su Poder Judicial y solicitarle cordialmente que interponga sus buenos oficios y tome las medidas a su alcance para evitar un perjuicio ilegítimo en contra de los recursos de nuestro país.
- › La PGE trabajó en el caso en coordinación con el Banco Central del Ecuador, la empresa pública EP Petroecuador, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC para precautelar la integridad de los bienes públicos.

c) Resolución final

Mediante sentencia del Primer Tribunal Superior Civil de Panamá de 13 de junio de 2018, se admitió el amparo No. 733-18 y, en consecuencia, se revocó la orden de embargo emitida por el Juzgado Quinto de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá. El Tribunal de Segunda Instancia determinó que ningún Juez Panameño tiene jurisdicción para conocer el caso e inadmitió la intervención de los representantes de la contraparte por considerar que no tienen legitimidad para hacerlo.

Mediante sentencia de 21 de marzo de 2019, el pleno de la Corte Suprema de Panamá negó la apelación intentada contra la resolución descrita en el párrafo anterior, por lo que la misma quedó en firme, dejando sin efecto las acciones en contra de la empresa pública EP Petroecuador, sin que procedan recursos adicionales.

8.4.2. Proceso de arbitraje nacional

a) Antecedentes

Con fecha 12 de julio de 2019, China Hidroelectricidad Ingeniería Consultorio Grupo Co (HYDROCHINA) presentó su memorial de demanda señalando como antecedente de la controversia el proceso precontractual bajo las normas de “Régimen Especial de Giro Específico de Negocio”, la etapa de ajuste técnico y, finalmente, la suscripción del Contrato para la Ingeniería de Detalle, Construcción de Obras Civiles, Suministro, Montaje y Pruebas de Equipamiento y Puesta en Servicio de la Central Hidroeléctrica Delsitanisagua, que tuvo lugar en Zamora el 14 de octubre de 2011 mediante escritura pública otorgada ante Notaria Pública Tercera del señalado Cantón.

La demandada fue la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP; la PGE fue notificada a través del Procurador General del Estado, Dr. Iñigo Salvador Crespo.

b) Posiciones de las partes

La actora expresó que la alta sedimentación del río Zamora obligó a implementar, durante la ejecución de la referida obra, una solución técnica consistente en la construcción de un Túnel Bypass; que el Contrato de Construcción previó para el propósito la construcción de un desarenador previsto desde los Estudios de Factibilidad, sin embargo, durante la ejecución debió cambiarse toda esa estructura; que en reunión de 16 de octubre de 2013 CELEC EP y el fiscalizador cambiaron sustancialmente la ejecución contractual fijando la sedimentación en el doble de lo proyectado; que el 12 de diciembre de 2013 la fiscalización habría recomendado implementar un túnel by-pass, cuyo diseño inició el 20 de diciembre de ese año.

Sobre la base de esos antecedentes HYDROCHINA afirmaba que “...ha cumplido con todos los requisitos exigidos para que se reconozca la obra túnel by-pass, incluyendo: i) solicitud expresa de inclusión como trabajo adicional; ii) presentación de ingeniería de detalle aprobada por fiscalización; iii) presupuesto acorde a los límites impuestos por CELEC EP. No ha conseguido un reconocimiento de su derecho contractual de pago por la ejecución”.

Por tanto, solicitó al Tribunal Arbitral que mediante laudo:

- a. Declare que CELEC incumplió el Contrato de Construcción cuando se negó a pagar a HYDROCHINA por los trabajos realizados a la fecha en que se dispuso la suspensión de las obras;

b. Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene a CELEC EP el pago del diseño y construcción parcial ejecutados del túnel by-pass;

c. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a CELEC EP que pague a HYDROCHINA el monto de USD 14'904.880,93 correspondiente al valor de diseño y construcción parcial del Túnel Bypass financieramente ajustado al valor actual de esa ejecución;

d. Que se ordene a CELEC EP el pago de las costas arbitrales y honorarios de abogados y de peritos.

La defensa del Estado planteó como excepciones:

a. Negativa simple y pura de los fundamentos de hecho y de derecho;

b. Falta de derecho de la empresa HYDROCHINA CORPORATION para demandar el pago por una obra no contemplada dentro del objeto y alcance contractual;

c. Falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer la causa

Y solicitó que, una vez aceptadas las excepciones, se rechace la demanda por improcedente y se condene a la contraparte al pago de las costas procesales.

En lo principal, CELEC EP fundamentó que la propuesta de túnel by-pass fue realizada por un grupo de profesionales que integraron un Panel de Expertos que bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no substituyó al Administrador del Contrato y también refirió que HYDROCHINA habría inobservado los procedimientos y condiciones de justificación contractuales para suscribir contratos complementarios u órdenes de cambio. Expresó, además, que CELEC EP no habría dado su aprobación de la viabilidad técnica para implementación del túnel by-pass ni de sus diseños definitivos; que esa decisión dependía de la viabilidad técnica económica y de la disponibilidad presupuestaria; y que HYDROCHINA no siguió los procedimientos contractuales para formalizar una orden de cambio o un contrato complementario para construir el túnel by-pass.

Por su parte, la PGE, en su memorial de contestación solicitó que: “(e)n virtud de las excepciones previas opuestas, (el) Tribunal Arbitral (...) declare su incompetencia para el conocimiento y resolución de la presente demanda. De manera subsidiaria, para el caso de que el Tribunal asegure su competencia, se servirá desechar la demanda en razón de su

improcedencia por contraria a derecho y ordenar el archivo de la causa”. En lo principal, la PGE alegó que HYDROCHINA tenía falta de derecho para demandar pues “nunca se creó una obligación jurídica respecto de la construcción de esta obra”.

c) Resolución

El Tribunal determinó que los contratos suscritos bajo el “Régimen Especial de Giro Específico de Negocio” están fuera del ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, salvo en lo que el contrato expresamente remita a ella. En ese sentido, se determinó que, de acuerdo a las cláusulas del contrato, y a las disposiciones legales aplicables, aquellos rubros que hayan contado con autorización expresa de CELEC EP debían cancelarse incluso si no se contaba con órdenes de trabajo o contratos complementarios en el sentido que les da la legislación que rige la contratación pública.

Los estudios y diseños del túnel by-pass no estaban comprendidos en el precio global ofertado por la contratista HYDROCHINA, sino que se trataba de una planificación adicional y distinta aunque derivada del proceso constructivo del Proyecto Delsitanisagua y se justifican porque fueron autorizados en el marco de la relación que surgió con el Contrato de 14 de octubre de 2011, a través de una disposición escrita de CELEC EP.

No sucedió lo mismo en el proceso de construcción del túnel bypass, pues el mismo no pudo ser tomado por la contratista HYDROCHINA como una mera continuación de la planificación de la obra si no mediaba previamente una autorización escrita o cualquier género de disposición administrativa que permita concluir que CELEC EP autorizaba este cambio en las obras civiles que formaban parte del Proyecto.

El Tribunal entonces, con respecto a las excepciones propuestas por la PGE decidió: (i) negar la excepción de improcedencia de la demanda; (ii) aceptar, parcialmente, la excepción de falta de derecho para demandar en lo relacionado con los costos de construcción de obras civiles del túnel bypass y, en consecuencia, negar la alegada falta de derecho en lo relacionado con el valor de la planificación, diseño e ingeniería de detalle del túnel bypass.

Con relación a los argumentos de la contestación a la demanda propuesta por CELEC EP, el Tribunal Arbitral resolvió desestimar la excepción general de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, puesto que se aceptó parcialmente los fundamentos de la acción en lo relacionado con los costos de planificación y diseño del túnel.

Finalmente, el Tribunal declaró, en la parte resolutive de su decisión de 22 de agosto de 2020, aceptar parcialmente la demanda presentada por HYDROCHINA; y en consecuencia:

- › Declarar que CELEC EP incumplió el Contrato al negarse a pagar a HYDROCHINA los valores correspondientes a estudios y diseños del denominado túnel by-pass;
- › Disponer que CELEC EP pague a HYDROCHINA el valor de un millón veinte y nueve mil quinientos setenta y nueve dólares de los Estados Unidos de América (USD 1'029.579.00) que CELEC EP adeuda a HYDROCHINA por concepto de estudios y diseños del túnel bypass;
- › Disponer que CELEC EP pague a HYDROCHINA el valor de ciento sesenta y seis mil quinientos ochenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América, con sesenta y nueve centavos (USD 166.588,69), por concepto de intereses de mora según el cálculo constante en el anexo no. 1 de este laudo.
- › Negar la pretensión de que se paguen obras de construcción parcial del referido túnel by-pass y negar también, en consecuencia, los valores correspondientes a la actualización financiera de esa cifra, negativa referida únicamente a las obras civiles de construcción, dado que estas iniciaron y continuaron sin que mediara disposición ni autorización escrita de la entidad contratante CELEC EP y, en este sentido, aceptar parcialmente las excepciones de falta de derecho propuestas por CELEC EP y la PGE, respecto de los costos de construcción del túnel by-pass como queda indicado.
- › Negar la pretensión de que CELEC EP pague las costas arbitrales a favor de HYDROCHINA, pues ambas partes con sus actuaciones y omisiones propiciaron esta disputa, según ha quedado resuelto.
- › Por las mismas razones, disponer que cada parte procesal asuma el valor de honorarios profesionales de sus respectivos abogados y peritos.

8.4.3. Proceso de arbitraje internacional

a) Antecedentes

A través de una Notificación de Arbitraje, de fecha 14 de marzo de 2003, EnCana Corporation (en adelante EnCana), una sociedad canadiense inició el procedimiento contra el Gobierno de la República de Ecuador, conforme al Artículo XIII (2) del Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones (en adelante CFPRI) entre los Gobiernos de Canadá y de Ecuador.

El régimen ecuatoriano de exploración y explotación de hidrocarburos a la fecha se basaba en la modificación de la Ley de Hidrocarburos de 1993, que autorizaba a formalizar “contratos de participación”, en los cuales la contratista, una vez iniciada la producción, tendría derecho a una participación en la producción del área del contrato, la cual se calcularía con base en los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos producidos.

- › El 29 de marzo de 1995, City Oriente Limited (en adelante COL) formalizó con Petroecuador el «Contrato de Participación del Bloque 27».
- › El 25 de julio de 1995, AEC Ecuador Ltd (antiguamente City Investing Co Ltd) (en adelante AEC) formalizó el «Contrato de Participación de Tarapoa», que modificaba (y, de hecho, sustituyó) al contrato de asociación celebrado con Petroecuador el 23 de octubre de 1973
- › El 27 de octubre de 1995, AEC formalizó el «Contrato de Unificación de 18B Fanny» con Petroproducción (al momento la compañía estatal para la exploración y explotación del petróleo ecuatoriana, filial de Petroecuador)
- › El 25 de noviembre de 1999, AEC formalizó el «Contrato de Unificación de Mariann 4A» con Petroproducción.

La demanda estaba basada en las medidas adoptadas por Ecuador contra de COL y AEC, ambas constituidas en Barbados, como filiales participadas al 100% por EnCana. EnCana alegaba que las medidas adoptadas por Ecuador (concretamente, mediante las resoluciones de las autoridades fiscales, el Servicio de Rentas Internas (SRI)) al rechazar reintegrar a sus filiales el Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA), infringían lo previsto en el CFPRI. La Demandante solicitaba un pronunciamiento a tales efectos, así como una compensación por perjuicios que incluía el reintegro de los créditos tributarios rehusados y de los que se rehusasen en el futuro. El valor de los créditos tributarios denegados hasta el momento se establecía en aproximadamente 80 (ochenta) millones de dólares de EE.UU.

El Artículo XIII del CFPRI disponía que, a elección del inversor, la disputa podría someterse al arbitraje por el CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (siempre y cuando los países de ambas partes sean signatarios de la Convención CIADI); por las Reglas de Facilidades Adicionales del CIADI (si sólo uno de los países de las partes es signatario); o por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Ecuador al momento era signatario de la Convención CIADI, aunque no así Canadá. EnCana optó por el arbitraje de la CNUDMI, nombrando al Dr. Horacio

Grigera Naón, ciudadano argentino como árbitro. En virtud del citado artículo, Ecuador nombró al Dr. Alfonso Barrera Valverde, ciudadano ecuatoriano. Seguidamente, ambos árbitros escogieron al Profesor James Crawford SC, ciudadano australiano, para ejercer las funciones de presidente del Tribunal.

El 1 de julio de 2003, el Tribunal recibió la notificación de la dimisión del Dr. Alfonso Barrera Valverde. Posteriormente, Ecuador nombró a Don Patrick Barrera Sweeney, ciudadano ecuatoriano. El 18 de agosto de 2004, el Sr. Barrera dimitió y fue sustituido por el Sr. J. Christopher Thomas QC, ciudadano canadiense. Las partes convinieron que la sede del arbitraje fuera Londres y que los idiomas del proceso arbitral fueran el inglés y el español.

b) Posiciones de las partes

EnCana pretendía la reclamación de los reintegros de IVA derivados de la ejecución de los cuatro contratos en virtud de los cuales se cedían derechos de exploración y explotación de las reservas de petróleo y gas de Ecuador, formalizados por AEC y COL antes y después de ser adquiridas por EnCana. Específicamente, EnCana alegaba que las medidas adoptadas por Ecuador, la negativa ya formalizada y continuada de reconocer y reintegrar los créditos tributarios y las modificaciones de las normas, con lo cual se pretendía negar a las compañías petroleras los créditos y reintegros del IVA pagado, vulneraban las obligaciones contenidas en el Convenio y el derecho internacional, y que suponían significativas pérdidas y daños para la Demandante. En su criterio Ecuador había violado los siguientes Artículos del CFPRI:

- › Artículo II(1), por adoptar medidas contrarias a su obligación de «estimular la creación de condiciones favorables conducentes a que los inversionistas de la otra Parte Contratante efectúen inversiones en su territorio».
- › Artículo II(2)(a), por incumplir el compromiso de dar a las inversiones y beneficios de EnCana un tratamiento justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional.
- › Artículo IV(1), por el hecho de que Ecuador haya incumplido el compromiso de dar a EnCana un tratamiento no menos favorable a aquel que otorga a sus propios inversionistas.
- › Artículo VIII, por el hecho de que las medidas adoptadas constituyen una expropiación o producen un efecto equivalente a una expropiación.

Ya dentro del desarrollo del proceso, Ecuador presentó objeciones jurisdiccionales, en el sentido de:

- › EnCana no puede presentar reclamación alguna por pérdidas sufridas por sociedades filiales constituidas en un tercer Estado.
- › Incluso si pudiese sostenerse una reclamación en nombre de AEC, no sería tal el caso en relación con COL, considerando que EnCana vendió su participación en esta sociedad el 28 de noviembre de 2003.
- › El derecho a la devolución del IVA es un «asunto tributario» y, a menos que constituya una expropiación, está excluido de la protección del CFPRI en virtud del Artículo XII(1).

La audiencia para tratar las objeciones jurisdiccionales se celebró el 5 de enero de 2004. La decisión del Tribunal sobre la competencia se dictó el 27 de febrero de 2004. La audiencia sobre méritos se celebró en Londres entre el 8 y el 13 de noviembre de 2004. Constó de una discusión legal y de la presentación de testimonios y pruebas periciales de ambas partes. Ambas partes presentaron memorias posteriores a la audiencia, como estaba previsto, el 23 de diciembre de 2004, a las que adjuntaron documentación adicional.

c) Desarrollo del proceso

El régimen legal del Ecuador en cuanto a la devolución del IVA era complejo y poco claro, por lo cual su aplicación relacionada a los contratos celebrados por AEC y COL (y las demás compañías petroleras) dio lugar a una serie de problemas de interpretación legal en cuanto a la cuestión de si tenían o no derecho a devolución del IVA, incluyendo:

- › Si sólo los fabricantes tenían derecho a la devolución del impuesto.
- › Si la extracción de petróleo constituía «fabrication», según el significado del Artículo 69A de la Ley de Régimen Tributario Interno, considerando los numerosos procesos a los que son sometidos los hidrocarburos extraídos de la tierra antes de su exportación.
- › Si los factores de participación de los Contratos de Participación celebrados por las compañías petroleras se calcularon incluyendo el IVA en los costos y gastos de las compañías.

- › Y de ser así, si era posible que las devoluciones del IVA se instrumentaran mediante tal mecanismo contractual.
- › Si las devoluciones del IVA estaban incluidas en los factores de participación y podían reintegrarse válidamente a través de un mecanismo contractual, si ello fue recogido para incluir la diferencia resultante del cambio del IVA del 10% al IVA del 12% aplicados a productos y servicios en abril de 1999.

A estas preguntas, los diferentes niveles de tribunales ecuatorianos dieron diversas respuestas en casos en los que estuvieron implicadas tanto AEC y COL como otras compañías petroleras. Es importante mencionar que una disposición del CFPRI de particular importancia para el caso era la contenida en el Artículo XII, dedicado a las medidas fiscales. Dicho artículo estipula que “exceptuando lo especificado en este artículo, nada en este Convenio será aplicable a medidas fiscales.”

Al hacer el análisis sobre su competencia sobre el caso, el Tribunal determinó que incluso el hecho de que las decisiones del SRI y de los tribunales ecuatorianos estuviesen basados en premisas de hecho erróneas no las aparta del ámbito de exclusión de las «medidas fiscales» del Artículo XIII del CFPRI. El Tribunal estableció que la reclamación de EnCana era relativa a una medida fiscal, y entraría dentro de la competencia del Tribunal sólo si se cumpliesen las condiciones previstas en el Tratado, una de ellas que se hubiese producido una expropiación de los derechos de EnCana.

El Tribunal incluso estableció que no quedaba claro que se hubiera producido alguna vulneración de los contratos de participación y que, el hecho de que el SRI haya interpretado erróneamente la base de dichos contratos, no supuso una vulneración de contrato; y además de que dichos contratos de participación no se formalizaron con el SRI, sino con Petroecuador, y no fueron suscritos por EnCana, sino por sus filiales constituidas en un tercer país, por lo que no existían fundamentos para que el Tribunal asumiera la competencia de la reclamación. En consecuencia, el Tribunal determinó que no era competente para entender la reclamación de EnCana, salvo en relación con la cuestión de expropiación. Con respecto al aspecto de la expropiación, el Tribunal hizo una distinción sobre expropiación indirecta y directa.

En cuanto a la expropiación indirecta, el Tribunal estableció que las inversiones extranjeras —al igual que todas las demás actividades— están sujetas a los tributos y gravámenes impuestos por el Estado anfitrión y que, en ausencia de un compromiso específico del Estado anfitrión, el inversor extranjero no tiene ningún derecho ni expectativa legítima de que el régimen fiscal no cambie, quizá para su desventaja, durante el período de la inversión. Es evidente que la actividad fiscal del Estado reduce

los beneficios económicos que una empresa obtendría de la inversión; y, por ello, sólo en casos extremos, los efectos de un impuesto de incidencia general podrían ser considerados como equivalentes a una expropiación

Aterrizando dicho principio a los hechos, se estableció que, aunque las filiales de EnCana sufrieron financieramente por la negativa del IVA y por la recuperación de los reembolsos incorrectamente obtenidos de dicho impuesto; pudieron no obstante continuar funcionando rentablemente y dedicarse a sus actividades normales, extrayendo y exportando petróleo, no hubo evidencia que estas acciones hubieren disminuido de tal manera para privarlas efectivamente de su carácter de inversiones.

La reclamante también alegó “interferencia injustificada con las posibilidades de la Demandante y de las compañías de usufructuar y beneficiarse de sus derechos económicos”. Dicha alegación se apoyó en un dictamen del Tribunal en el caso Metalclad, que consideró expropiación —a los efectos del Artículo 1110 del TLCAN “no solamente la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa (...) pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”.

El Tribunal determinó que lo anterior no es aplicable a la actividad fiscal del Estado pues, si así fuese, las prerrogativas fiscales que se aplican de manera universal estarían denegadas por una garantía contra la expropiación. Solo si una ley tributaria es extraordinaria, si su cuantía es punitiva o su incidencia arbitraria, podría alegarse expropiación indirecta. En el caso concreto, la negativa de reintegrar el 10% de IVA en concepto de transacciones asociadas con la producción y exportación de petróleo no privaba a EnCana “totalmente o en parte significativa” de los beneficios de su inversión. Por estos motivos, el Tribunal rechazó el alegato de que las filiales fueron víctimas de expropiación indirecta.

En cuanto a la expropiación directa, el Tribunal consideró que una ley que cancela la responsabilidad que el Estado ya ha asumido para con un inversionista, incluyendo uno de un tercer Estado de propiedad o controlado por un inversionista de un Estado contratante, puede constituir expropiación.

Se estableció que, en este caso, el derecho en virtud de la legislación del Estado anfitrión, a obtener devoluciones del IVA por la adquisición pasada de bienes y servicios constituye un beneficio material. Si es que una ley cambia la incidencia de la fiscalidad con respecto a futuras transacciones, ello recae dentro del ámbito de sus prerrogativas normales de determinar y modificar la incidencia de un impuesto, mientras que si pretende hacerlo de manera retroactiva esto podría constituir una violación al Tratado.

Ecuador, a través de una Ley interpretativa, determinó que las empresas petroleras no tenían derecho a la devolución del IVA, por lo que no proceden las reclamaciones de valores posteriores a la expedición de dicha ley. Con respecto a las reclamaciones de valores anteriores a dicha ley, para que las afectaciones tengan carácter expropiatorio deben –tomado como referencia el caso Waste Management– convertirse en una denegación definitiva del derecho.

En el presente caso, el Tribunal determinó que no existió una negación definitiva de pagar combinada con la obstrucción y denegación efectivas de recursos jurídicos puesto que: (a) las compañías petroleras pudieron objetar (y lo hicieron) las decisiones del SRI ante los tribunales, en ocasiones con éxito; (b) cuando perdió, el SRI cumplió de manera diligente las sentencias de los tribunales; (c) la propia EnCana no objetó la buena fe de la Dra. Elsa de Mena (a la sazón directora del SRI) y el Tribunal, después de haber oído a la Dra. De Mena, admitió que de hecho actuaba de buena fe en un asunto en el que las cuestiones legales eran poco claras y pendientes de decisión; y (d) no existieron pruebas, anteriores a los eventos de 2004–5, de que las decisiones judiciales fuesen parciales, sesgadas contra las compañías petroleras o no independientes de alguna otra manera. De hecho, las diferencias de opinión entre el Tribunal Fiscal y la Corte Suprema sugirieron lo contrario.

Por estos motivos, el tribunal determinó que, en el período anterior a noviembre de 2004, la política del SRI en materia de reembolsos a las compañías petroleras nunca alcanzó el nivel de privación de ningún derecho legal ecuatoriano; por consiguiente, no constituyeron una infracción del Tratado. Por tales motivos, el Tribunal rechazó por mayoría la reclamación de EnCana.

Fuentes

Normativas

Congreso de la República del Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

Presidente de la República del Ecuador, *Decreto Supremo No. 735*, 23 de octubre de 1963, Registro Oficial No. 90, 28 de octubre de 1963.

Bibliográficas

Fernández Arroyo, Diego, “Propuesta para una evolución deseable de la competencia judicial internacional”, en Mario Oyarzábal (coord.), *Derecho procesal transnacional* (Buenos Aires: Ábaco, 2012).

Fernández Sessarego, Carlos, “El supuesto de la denominada ‘autonomía de la voluntad’”, en Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto (dir.), *Contratación contemporánea. Teoría general y principios* (Bogotá: Palestra y Temis, 2002).

Galindo, Álvaro, “Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador”, en *Iuris dictio*, vol. 2, núm. 4 (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2001).

Infante Caffi, María Teresa, “La solución judicial de controversias entre Estados” en *Revista Derecho*, núm. 41 (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987).

Jara, María Elena, *El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018).

Jequier Lehuedé, Eduardo, “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje” en *Revista Ius et Praxis*, año 21, núm. 2 (Talca: Universidad de Talca, 2015).

Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011).

Oppetit, Bruno, *Teoría del Arbitraje* (Bogotá: Legis/ Presses Universitaires de France, 2006).

Operti Badán, Didier, “Algunas reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva”, en Mario Oyarzábal (coord.), *Derecho procesal transnacional* (Buenos Aires: Ábaco, 2012).

Pérez Solano, Antonio, “El concepto y la naturaleza del arbitraje” en *Justicia*, núm. 32 (Barranquilla: Universidad Simón Bolívar, 2017).

Procuraduría General del Estado, *Visión crítica del arbitraje de inversiones desde la experiencia del Ecuador* (Quito: Procuraduría General del Estado, 2016).

Tellechea Bergman, Eduardo, “La jurisdicción internacional como condición para el reconocimiento del fallo extranjero”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIX, núm. 146 (México: UNAM, 2016).

Vásquez Palma, María Fernanda, “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”, en *Ius et Praxis*, vol.12, núm.1 / Talca: Universidad de Talca, 2006).



9

DERECHOS HUMANOS



9.1. Ámbito conceptual

a) Antecedentes históricos

No existe discusión respecto a que los derechos humanos son connaturales a la persona y surgen con ella, sin embargo, tal entendimiento es de recientísima data si lo ubicamos en la historia de la humanidad y, de hecho, en muchos lugares del planeta continúa sin ser comprendido y mucho menos aplicado. Como instituto social, político y jurídico, los derechos humanos son, sin lugar a dudas sensatas, un desarrollo del pensamiento occidental, más allá de su validez universal. El proceso de positivización de la doctrina de los derechos humanos da cuenta de la importancia que los mismos adquieren y la necesidad de lograr su oponibilidad práctica, más allá del mero desarrollo doctrinal.

Entre los instrumentos de derechos humanos más antiguos podemos citar al Decreto de Ciro de 539 a.C., la Carta Magna inglesa de 1215, la Petición de Derecho inglesa de 1628, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos francesa de 1789, la Carta de Derechos de Estados Unidos de 1791, la Primera Convención de Ginebra de 1864 y la Convención de La Haya de 1907.

Los infaustos efectos de las grandes guerras mundiales, en especial la segunda, motivaron la producción de un importante número de convenciones, pactos, declaraciones y otros instrumentos sobre derechos humanos. Así, la Carta Americana de Garantías Sociales de 1947, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1951, el Tratado de Roma de 1957,

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1976, la Carta de Conducta de Riobamba de 1980, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1981, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de 2002, entre otras, mismos que forman parte del *corpus iuris* del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Llegado el concierto internacional a estas convenciones sobre los derechos humanos y su tutela, en adelante, las agresiones a los atributos de la dignidad humana formalmente reconocidos como derechos humanos, que eran atribuibles al poder público, dejaron de ser una mera infracción moral, un abuso político o un exceso público, para configurar un hecho jurídicamente ilícito que comprometía la responsabilidad del Estado y no tan solo de quien las ejecutaba directamente.¹⁸³

b) Marco general conceptual de los derechos humanos

Hablar de los derechos humanos significa, de muchas formas, internarse en una historia llena de peticiones que ha enfrentado la humanidad en distintas épocas, aunque con mayor fuerza en el siglo XX. Luchas interminables por el reconocimiento de derechos en las que los distintos cambios socio-políticos, las diversas posturas de los Estados respecto del criterio de soberanía, así como el activismo llevado a efecto por un sinnúmero de actores a nivel mundial, han conducido a la creación de espacios supranacionales de protección y promoción, y a niveles importantes de positivación de los derechos, tanto en el ámbito internacional, como nacional.¹⁸⁴

Pero ¿qué son y qué significan los derechos humanos? Al respecto, no existe una sola concepción, hay varias y cada una refleja un determinado pensamiento filosófico, ético, jurídico o político sobre los mismos. Se concibe a los derechos humanos como el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos en el plano nacional y en el internacional.¹⁸⁵ Los derechos humanos definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. Delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos.

Desde la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas han desempeñado un papel de primer orden en la definición y la promoción de los derechos humanos que hasta

183 Pedro Nikken, "Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos" en *revista IIDH*, núm. 48 (San José: Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 2008), 70.

184 María Cristina Moreno, *La acción constitucional por incumplimiento de las sentencias*, (Quito: UASB-E, 2020), 13.

185 Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, (Madrid: Tecnos, 1986), 46.

entonces habían tenido lugar principalmente dentro del Estado-nación. El resultado es que los derechos humanos han quedado codificados en diversos tratados e instrumentos internacionales y regionales que han sido ratificados por la mayoría de los países, según quedó reseñado en el literal anterior. Hoy en día, representan el único sistema de valores universalmente reconocido. Es así que los derechos humanos son universales porque están basados en la dignidad de todo ser humano, con independencia de la raza, el color, el sexo, el origen étnico o social, la religión, el idioma, la nacionalidad, la edad, la orientación sexual, la discapacidad o cualquier otra característica distintiva. Puesto que son aceptados por todos los Estados y pueblos, se aplican de forma igual e indiscriminada a todas las personas y son los mismos para todas las personas en todos los lugares.¹⁸⁶

De esto se parte para identificar a los caracteres de los derechos humanos, los cuales son inalienabilidad, universalidad, transnacionalidad, irreversibilidad y progresividad. Los derechos humanos son inalienables ya que ninguna persona puede ser despojada de sus derechos humanos, salvo en circunstancias legales claramente definidas. Por ejemplo, el derecho de una persona a la libertad puede verse restringido si un tribunal la declara culpable de un delito al término de un juicio imparcial. Son universales porque, al ser inherentes a la condición humana, todas las personas naturales son titulares de los derechos humanos y no pueden invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos. Son transnacionales pues no dependen de la nacionalidad de la persona o del territorio donde se encuentre: los porta en sí misma. Si ellos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del gobierno para violarlos o impedir la protección soberana del gobierno para violarlos o impedir su protección internacional.

Los derechos humanos son irreversibles ya que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental. En consonancia con esto, y teniendo en cuenta que la existencia de los derechos humanos no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Es así como han aparecido las sucesivas “generaciones” de derechos humanos y como se han multiplicado los medios para su protección.¹⁸⁷

186 Unión Interparlamentaria, *Derechos Humanos* (Ginebra: Courand et Associés, 2016), 19.

187 Pedro Nikken, *El concepto de Derechos Humanos* (Buenos Aires: UNLP, 2006), 6-10.

c) Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos

Los más importantes tratados internacionales de derechos humanos han creado órganos de supervisión encargados de verificar que los Estados que los han ratificado cumplan con las obligaciones en ellos prescritas. Entre los principales sistemas de protección de los derechos humanos tenemos el sistema universal y los sistemas regionales.

En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH), que es el conjunto de normas sustantivas y procesales, así como de organismos con alcance internacional, pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), estos órganos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de los trabajadores migratorios.

En el Sistema Interamericano, regentado por la Organización de Estados Americanos (OEA), se trata de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La CIDH es un órgano principal y autónomo de la OEA, cuenta con una Secretaría Ejecutiva permanente con sede en Washington D.C., que le da apoyo profesional, técnico y administrativo. Está integrada por siete miembros independientes, expertos y expertas en derechos humanos, que no representan a ningún país. Sus principales funciones son:

- › Promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en América; mediante acciones como: realización de visitas a los países, elaboración de informes sobre la situación de los derechos humanos, solicitudes de información, adopción de medidas cautelares o solicitud de medidas provisionales a la Corte IDH.
- › Recibir, analizar y pronunciarse sobre peticiones individuales (presentadas por individuos) y comunicaciones interestatales (presentadas por un Estado contra otro), con la finalidad de determinar la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los derechos humanos y emitir las recomendaciones correspondientes.

La Corte IDH es un órgano judicial autónomo de la OEA, creado en 1969 con la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH tiene como objetivo “interpretar y aplicar la Convención Americana y otros tratados interamericanos de derechos humanos, en particular, a través de la emisión de sentencias sobre casos

y opiniones consultivas”. La Corte IDH tiene su sede en San José de Costa Rica. Está integrada por siete jueces o juezas nacionales de algún Estado miembro de la OEA, quienes son elegidos y elegidas a título personal.

La Corte IDH tiene una función jurisdiccional y otra consultiva. La función jurisdiccional significa que puede resolver sobre casos específicos de vulneraciones a los derechos humanos, sometidos a su conocimiento por los Estados Partes y la CIDH. La función consultiva de la Corte IDH significa que los Estados o la CIDH pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Adicionalmente, la Corte IDH también tiene la facultad de emitir medidas provisionales en los casos que está conociendo y que sean de extrema gravedad y urgencia o cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. En aquellos casos que no están sometidos a su conocimiento, la Corte IDH puede emitir medidas provisionales cuando así lo solicite la CIDH. Tanto al Sistema Universal, como al Regional americano de protección de derechos humanos pertenece el Ecuador.

En su tiempo, el Tratado de Roma creó la Corte Penal Internacional para garantizar la sanción de los crímenes internacionales consagrados en el citado Tratado. A nivel regional, otro ejemplo es el Sistema Regional europeo, que tiene al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como principal órgano. Adicionalmente, en los distintos sistemas existen mecanismos “no convencionales”, encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados. Dichos mecanismos son creados por decisión de los órganos convencionales para apoyar el cumplimiento de sus funciones.

d) Patrocinio de la PGE en casos de derechos humanos

La PGE, a través de su Dirección Nacional de Derechos Humanos (DNDH), ejerce la representación judicial y defensa del Estado ante los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, precautelando el interés del Estado ecuatoriano; en lo pertinente, ante la CIDH, la Corte IDH y los diferentes organismos del Sistema Universal de protección de los derechos humanos. En la actualidad, la gestión de la DNDH está orientada a fortalecer el trabajo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –sede en la que principalmente se tramitan los casos que involucran al país–, en concordancia con el compromiso del Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia.

La PGE entiende que velar por los intereses del Estado ecuatoriano implica trabajar por la garantía y protección de los derechos humanos en el país y fortalecer la institucionalidad estatal en este sentido. En tal virtud, ha definido como uno de sus

objetivos la consecución de acuerdos de cumplimiento de informes de fondo de la CIDH. De igual forma, la PGE responde con profesionalismo y responsabilidad en los casos que se encuentran en trámite en los diferentes sistemas, tanto en la preparación de documentos como en la participación en reuniones y audiencias, así como en la defensa del Estado en aquellos casos tramitados en la Corte IDH.

En este contexto, se ha realizado un trabajo conjunto con diversas instituciones públicas con la finalidad de definir y coordinar la defensa jurídica de los intereses del Estado. En lo que se refiere al ámbito interno, la PGE ha comparecido a rondas de negociación y se han autorizado veinte y siete acuerdos indemnizatorios relacionados a la Ley de Víctimas.

Adicionalmente, en razón de las competencias de la PGE, a través de su DNDH, así como de la experiencia en los casos a su cargo, la institución atiende las solicitudes de asesoría de varias entidades públicas, situación que ha permitido difundir la importancia de los Sistemas Internacionales de protección de derechos humanos, y facilita la coordinación interinstitucional en pro de los intereses estatales.



9.2. Procedimiento

Según ha sido señalado, la DNDH actúa en el patrocinio de casos tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como en el Sistema Universal de Protección de Naciones Unidas.¹⁸⁸ No obstante, el trabajo principal se centra en responder las denuncias presentadas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por tanto la exposición de los procedimientos que se realiza internamente se enfocará en el litigio de peticiones presentadas ante la CIDH, como en el litigio de casos ante la Corte IDH. Además, por ser un procedimiento recurrente, se hará referencia al procedimiento relacionado con la solicitud de medidas cautelares ante la CIDH.

9.2.1. Procedimiento frente a las peticiones presentadas ante la CIDH

El procedimiento frente a las peticiones o denuncias presentadas ante la CIDH se divide en dos fases: de admisibilidad y de fondo. A continuación, se realizará un breve resumen de este.

¹⁸⁸ Conforme señala el artículo 7 del Estatuto Orgánico por Procesos de la PGE, RO 68, 24 de agosto de 2017.

a) Fase de admisibilidad

El procedimiento inicia a partir de que la DNDH recibe la notificación de la CIDH acerca de la nueva petición o denuncia en contra del Estado ecuatoriano. Ante la CIDH inicia la fase de admisibilidad, en la que se determina si el caso cumple con los requisitos de competencia para ser analizado por el organismo internacional.

Una vez que se recibe la petición en la DNDH, la o el Director asigna la misma a un abogado, quien será el funcionario responsable del trámite. Dependiendo de la complejidad del asunto se podría conformar un equipo de varios abogados, quienes estarán coordinados por el abogado del caso. Posteriormente, los profesionales asignados realizan la lectura de la petición, así como de los anexos y, a continuación, elaboran la solicitud de información a las instituciones pertinentes.

El abogado del caso, en conjunto con la o el Director, analizan la necesidad de convocar a una reunión a las instituciones públicas involucradas en el caso para profundizar en la información solicitada y absolver dudas sobre los hechos denunciados. Estas son reuniones de coordinación que tienen como finalidad contar con todos los elementos para definir la estrategia de defensa del Estado. Una vez recibida la información, se la analiza y se procede a plantear la línea de defensa en coordinación con la o el Subdirector de la DNDH.

Con la estrategia planteada, el abogado asignado procederá a elaborar la respuesta de admisibilidad, la misma que será puesta a conocimiento y aprobación de la o el Subdirector del área para que haga las observaciones correspondientes. Posteriormente se envía la respuesta de admisibilidad a la o el Director de la DNDH para su revisión y observaciones. Finalmente, la o el Director del área remite el escrito estatal, con los respectivos anexos, a la CIDH.

La CIDH prevé que la primera respuesta de admisibilidad sea realizada dentro del plazo de tres meses. Al respecto, es importante considerar que la información que suele requerirse para responder en muchos de los casos corresponde a periodos de tiempo antiguos, lo cual puede llegar a dificultar la ubicación de la misma por parte de las instituciones públicas involucradas, de allí que el plazo otorgado por la CIDH es un tiempo razonable.

La CIDH generalmente notifica al Estado ecuatoriano con dos o tres rondas de observaciones de admisibilidad, en dependencia del número de escritos presentados por las y los peticionarios. La fase de admisibilidad concluye con el informe de admisibilidad o inadmisibilidad de la petición suscrito por la CIDH y notificado a la DNDH. Si la petición es admitida se avanza a la siguiente fase, que es la de fondo; por el contrario, si la petición es inadmitida, se procede al archivo de la misma. La fase de admisibilidad ha llegado a durar hasta cuatro años.

b) Fase de fondo

La fase de fondo inicia con la notificación que recibe la DNDH por parte de la CIDH con el informe de admisibilidad del caso. Igualmente, se notifica a la parte peticionaria y se le concede el plazo de dos meses para presentar observaciones adicionales sobre el fondo. Dependiendo de la complejidad del asunto y de la especialidad del mismo la o el Director del área designa al abogado responsable y conforma el equipo. De igual forma, se define la pertinencia de una o varias reuniones de discusión interna e interinstitucionales. Los abogados asignados al caso procederán a revisar y analizar el informe de admisibilidad y, posteriormente, se procederá a solicitar la información necesaria a las entidades involucradas.

Una vez recibida la información solicitada, se elaborará la respuesta de fondo, que constituye una contestación a las observaciones de la parte peticionaria, la cual será revisada tanto por la o el Subdirector del área como por la o el Director. En caso de existir observaciones, los abogados asignados deberán realizar las correcciones correspondientes. Terminada la revisión de la respuesta de fondo, se la aprueba y se procede a anexar todos los documentos para que sea despachada por parte de la o el Director de la DNDH.

La CIDH prevé que la primera respuesta de fondo sea realizada dentro del plazo de cuatro meses. Además, dentro de esta fase, la CIDH generalmente notifica al Estado ecuatoriano con una ronda de observaciones de fondo más y para responder se otorga el plazo de un mes. La fase de fondo concluye con un informe suscrito por la CIDH y notificado a la DNDH.

Existen dos escenarios que pueden estar previstos en el informe de fondo de la CIDH:

- › Que se señale que no se ha verificado la existencia de violaciones a los derechos humanos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y por tanto el caso se archiva.
- › Que se declare la vulneración de los derechos humanos previstos en la CADH y se realice una serie de recomendaciones por parte de la CIDH que deberán ser implementadas por el Estado. La institución encargada de la ejecución e implementación de las recomendaciones es la Secretaría de Derechos Humanos y la DNDH tiene un rol de asesoramiento y acompañamiento.

Frente a las recomendaciones de la CIDH, existe un proceso de monitoreo de cumplimiento total o parcial de las mismas. Si existe acuerdo de cumplimiento de las recomendaciones del Informe de fondo, la CIDH envía una nota expresa en la que señala

que el caso no será enviado a la Corte IDH. Si el Estado no implementa las recomendaciones existen dos posibilidades; la primera que se publique el Informe de fondo definitivo por parte de la CIDH; y, la segunda, que el caso pase a tramitarse en la Corte IDH. Esto sobre todo dependerá de la voluntad de las víctimas de las violaciones a los derechos.

9.2.2. Procedimiento frente a los casos tramitados en la Corte IDH

Si el caso que terminó con informe de fondo en el que la CIDH declaró la violación de derechos es presentado por parte de la misma ante la Corte IDH, se observa el siguiente procedimiento:

La DNDH recibe la notificación por parte de la Corte IDH con el Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante ESAP) que como parte de uno de sus anexos, contiene el Informe de fondo de la CIDH. A continuación, el equipo de defensa asignado al caso realiza solicitudes de información a las entidades involucradas, que deben ser despachadas por la o el Director del área y una vez recibida la información se prepara la respuesta al ESAP, que comprende la presentación de argumentos a favor del Estado, así como la prueba a ser practicada, que puede incluir peritajes. La Corte IDH otorga un plazo de dos meses para responder.

Además, durante el trámite, la Corte IDH notifica con las correspondientes observaciones escritas de las contrapartes, que deben ser respondidas por parte del equipo de la DNDH. En estas observaciones, generalmente, se hace referencia a la recusación de peritos e indagaciones sobre testigos.

Una vez finalizada la ronda de observaciones escritas, la Corte IDH notifica con la fecha y hora para la realización de la audiencia del caso y la DNDH debe preparar la defensa del Estado para la misma, que puede incluir también la declaración de peritos, para lo cual se hace una coordinación minuciosa. Llegados el día y hora de la audiencia, la misma se instala con la presencia de las y los jueces de la Corte IDH, las y los representantes de la CIDH, las y los representantes de las víctimas y las y los abogados designados en la DNDH para actuar por parte del Estado. Las audiencias pueden llegar a durar hasta dos días.

Terminada la audiencia, la Corte notifica a la DNDH con el escrito para presentar alegatos finales y luego de un tiempo previsto entre seis meses hasta un año y medio, se emite la sentencia que debe ser notificada a la DNDH. Esta sentencia se transmite a la Secretaría de Derechos Humanos para que se proceda con su ejecución y cumplimiento. En este momento procesal, la DNDH tiene un rol de supervisión. El trámite de los casos en la Corte IDH puede llegar a durar hasta dos años.

9.2.3. Procedimiento frente a la solicitud de medidas cautelares presentadas ante la CIDH

Además de los casos litigiosos ante la CIDH y la Corte IDH, la DNDH también prevé un procedimiento para dar respuesta a las solicitudes de medidas cautelares, conforme se verá a continuación.

El procedimiento inicia con una notificación a la DNDH con la nota de la CIDH en la que traslada al Estado la solicitud de medidas cautelares. Esta figura existe en el Sistema Interamericano con la finalidad de prevenir una violación de derechos humanos que revista el carácter de extrema gravedad, urgencia y para evitar daños irreparables, ya sea en casos que pueden estar litigándose dentro de la propia CIDH o de casos independientes que no se estén litigando ante dicho organismo interamericano.

Una vez recibida la notificación, se designa a la o el abogado responsable, quien, en principio, hará una solicitud de información dirigida a las entidades públicas involucradas, que será despachada por la o el Director de la DNDH. En la misma solicitud, de forma paralela, se convoca a una reunión de coordinación. Luego de la reunión, y con la información remitida por parte de las entidades involucradas, se procede a elaborar el escrito de respuesta. Todas las respuestas que elabora la DNDH deben estar justificadas con los correspondientes anexos.

La atención a la solicitud de medidas cautelares es inmediata y el tiempo que otorga la CIDH para la respuesta es de 8 días, en promedio. Existen casos en que luego de la respuesta del Estado, la CIDH de forma inmediata concede o no las medidas cautelares solicitadas; no obstante, también hay otros casos en los que la CIDH, si bien no concede las medidas de forma inmediata, tampoco procede con el archivo de las mismas y requiere al Estado información durante un periodo de tiempo que varía dependiendo del asunto.

9.2.4. Parámetros generales

Algunos parámetros que se manejan al interno de la DNDH con respecto al litigio de peticiones, casos y a la respuesta frente a la solicitud de medidas cautelares, son los siguientes:

- › Solicitar información a las instituciones públicas vinculadas con el asunto de la petición, caso o solicitud de medidas cautelares.
- › Revisar peticiones o casos relacionados con el asunto en litigio dentro de la DNDH, con la finalidad de mantener la uniformidad de criterios.

- › Las peticiones, casos o solicitud de medidas cautelares se pueden asignar a una o un abogado, o conformar equipos dependiendo de su complejidad.
- › En el transcurso del litigio, las peticiones o los casos pueden ser reasignados en vista del nivel de especialización del abogado o de una racionalización del Talento Humano.
- › En los casos emblemáticos o políticos que se consideren sensibles quedará a criterio de la o el Director Nacional de Derechos Humanos la revisión y validación del caso en cuestión.
- › Es de obligatorio e imperativo cumplimiento que toda la documentación relativa a la petición, caso o solicitud de medidas cautelares, receptada física o electrónicamente, así como aquella emanada por la DNDH, sea digitalizada, registrada e incorporada al expediente físico y digital del caso.



9.3. Defensa jurídica del Estado a través del litigio de derechos humanos

Toda acción u omisión de cualquier poder u órgano público que vulnere las obligaciones estatales adquiridas a través de un instrumento internacional sobre derechos humanos ratificado, compromete la responsabilidad internacional del Estado, lo cual conlleva a reparar el daño ocasionado por la violación. Se debe tener presente que, en virtud del principio de la unidad e indivisibilidad del Estado, toda acción u omisión atribuible a un órgano estatal compromete al Estado en su conjunto.

En ese orden de ideas, la presentación de peticiones o denuncias ante los órganos internacionales competentes, en las cuales se alega la violación de derechos humanos por acciones u omisiones imputables a agentes estatales donde se discuta la responsabilidad internacional del Estado, convierte a este en parte procesal y le faculta a ejercer su defensa jurídica ante esas jurisdicciones internacionales.

De este modo, la defensa que ejerce el Estado comprende aquellas actividades de dirección, planificación, coordinación y gestión tendientes a organizar una estrategia integral que le permita al Estado enfrentar con eficacia, toda la serie de acciones judiciales y extrajudiciales emprendidas por los sujetos de derecho nacional e internacional y que tengan efectos patrimoniales o morales, por las causales definidas en la Constitución, la ley o en los convenios o tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Jean Carlo Mejía Azuero, *Situación, perspectivas y estrategias frente a la defensa del Estado: Hacia una propuesta integral de defensa jurídica* (Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 2007), 95-96.

Es importante destacar la evolución en la práctica de la defensa jurídica de Ecuador ante los organismos internacionales. En efecto, hasta hace algunos años, según refiere la memoria institucional, la defensa jurídica del Estado no se realizaba de forma estandarizada. En las primeras peticiones presentadas en contra de Ecuador ante los órganos del Sistema Interamericano y del Sistema Universal, el Ministerio de Relaciones Exteriores ejercía la representación, a pesar de que su función ha sido siempre la de coordinar y ejecutar la política exterior del gobierno ecuatoriano y no propiamente la de ejercer la defensa jurídica del Estado dentro de un proceso litigioso¹⁹⁰. Posteriormente, la Procuraduría General del Estado asumió la defensa ante el Sistema Interamericano, pero en sus inicios, debido al reducido volumen de casos, la institución no contaba con una unidad ni personal especializado en derechos humanos; eran abogados especializados en asuntos de litigio nacional quienes atendían los casos de derechos humanos ante organismos internacionales.

En este contexto, el trabajo de defensa estatal enfrentó la dificultad de contar con información consolidada toda vez que la documentación reposaba en los archivos de distintas entidades públicas. A la vez, tuvo el obstáculo de contar con criterios jurídicos dispersos en cada institución pública involucrada en los casos. La defensa del Estado se limitaba en muchas ocasiones a atender los litigios simplemente remitiendo información o copias de piezas procesales de expedientes judiciales o administrativos a los órganos internacionales que tramitaban las peticiones en contra del Estado¹⁹¹.

Posteriormente, dentro de la estructura orgánica funcional de la Procuraduría General del Estado, se creó la Dirección Nacional de Derechos Humanos¹⁹², la cual está dotada de un equipo de profesionales, con dedicación exclusiva a la gestión litigiosa y presencia ante instancias internacionales de derechos humanos, que actualmente cuadruplican el número de las y los servidores con los que se creó la Dirección. La potencialización de una Dirección especializada en materia de derechos humanos ha sido, sin duda, un elemento fundamental para el fortalecimiento de la defensa jurídica del Estado, pues garantiza la uniformidad y coherencia en las acciones para tal fin.

190 *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párrafo 14. “El 27 de febrero de 1996, el Estado comunicó a la Corte la designación del Embajador Mauricio Pérez Martínez como su agente y el 9 de abril del mismo año, nombró al señor Manuel Badillo G. como su agente alterno. El 3 de abril de 1997, el Ecuador comunicó la designación de la Consejera Laura Donoso de León como su agente, en sustitución del Embajador Pérez Martínez”; Ver también *Benavides Cevallos vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38, párr. 13.

191 *Alberto Augusto Zalles Cueto vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 11.464, Informe de fondo de 23 de mayo de 2017, párr. 4. “La CIDH [...] el 17 de abril de 1995, trasladó copia al Estado de Ecuador con un plazo de 90 días para que presentara sus observaciones. Mediante comunicación de 8 de diciembre de 1995, el Estado presentó su respuesta a la petición”. Párr. 31. “Por otra parte, desde su respuesta inicial y presentaciones posteriores, el Estado aportó copia de las principales decisiones y diligencias realizadas en los procesos internos, relacionados con la situación del señor Zalles Cueto [...]”; Véase también *Benavides Cevallos vs. Ecuador*. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38. Párr. 4. “El 21 de febrero de 1990 el Estado presentó su respuesta, en la cual informó a la Comisión de la existencia de un proceso judicial militar iniciado el 30 de octubre de 1987 en el Tribunal Penal Militar de la Tercera Zona Naval, con el propósito de esclarecer la responsabilidad individual por los hechos denunciados. El Estado indicó que transmitiría la decisión de dicho tribunal a la Comisión una vez que fuese obtenida”.

192 Procuraduría General del Estado. Resolución No. 084 de 23 de enero de 2008.

La labor que asumió la Procuraduría General del Estado en defensa de los intereses estatales en foros internacionales ha sido fructífera, alcanzando importantes logros como abogado de parte. El Ecuador ha obtenido, por ejemplo, dictámenes con resultados favorables y de inadmisibilidad por parte de los Comités de la ONU¹⁹³; que se declare el archivo de peticiones individuales¹⁹⁴ y de medidas cautelares por parte de la CIDH¹⁹⁵; la desestimación de medidas provisionales¹⁹⁶, así como de casos en la jurisdicción de la Corte IDH, en razón del cumplimiento integral de las sentencias¹⁹⁷.

La representación y defensa jurídica del Estado incluye el estudio y preparación de informes, la redacción de observaciones, argumentos y alegatos. Implica, asimismo, un importante trabajo de cooperación con las instituciones estatales que puedan proporcionar la información relevante para la consecución de una defensa integral, la cual debe adaptarse a las reglas propias de esos organismos, que son sustancialmente diferentes a las del litigio interno. Elevar el nivel de la discusión dentro de un proceso litigioso internacional no debe ser visto como una afrenta a la protección de derechos humanos en la región, sino por el contrario, constituye la oportunidad de contar con mejores elementos que permiten desarrollar jurisprudencia efectiva, fortaleciendo la legitimidad del Sistema.

193 *Roberto Isaías Dassum y William Isaías Dassum vs. Ecuador* Comité de Derechos Humanos. Comunicación N° 2244/2013, Dictamen adoptado por el Comité en su 116° período de sesiones (7 a 31 de marzo de 2016); *C.A.P.M vs. ECUADOR*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comunicación N° 3/2014 Dictamen de inadmisibilidad de 20 de junio de 2014, aprobado por el Comité en su 58° período de sesiones.

194 CIDH, Petición P-398-02 Ref: Gando Chica José Xavier; Caso 11.513 Ref: Zambrano María; Petición P-342-06, Ref: Pedro Pablo Hidrovo Herrera; Petición P-1322-05, Ref: Fabián Sánchez Huerta; Petición P-745-07 Ref: Wilmer León Murillo, Petición P-444-06, Ref. Andrade Almeida Carlos y Germán Córdova Encalada (Caso Fybeca); Petición P-648-05, Ref. Eloy Fabricio Carrillo Solórzano; Petición P-1100-04, Ref. Enrique Alexander Mora Goyes; Petición P-11.514, Ref. Pastor de las Rosas Montaña Peralta; Petición P-1080-05, Ref. Yoel Valiente Nápoles; Petición P-12.372, Ref. James Gordon Williams; Petición P-12.345, Ref. Hugo Amir Guerrero; Petición P-200-05, Ref. Solanda Goyes; Petición P-650-05, Ref. William Patricio Cazar Caicedo; Petición P-12.407, Ref. Roberto Sassen y otros; Petición P-11.510, Ref. Luis Ordoñez Peralta; Petición P-11.480, Ref. Walter Alejandrino Arroba y otros; Petición P-742-02, Ref. María Mercedes Burga Velásquez; Petición P-200-03, Ref. Juan Manuel Crespo Nieto; Petición P-12.272, Ref. Eduardo Lagos Guerrero; Petición P-12.364, Ref. Luis Mazón, Trabajadores de la salud; Petición P-661-01, Ref. Pedro Muñoz Ulloa; Petición P-11.776, Ref. Diego Paredes Peña; Petición P-12.131, Ref. David Sebastián Pintucci; Petición P-11.511, Ref. Ingrid Quiñonez Segura; Petición P-11.488, Ref. Segundo Ramos Salazar; Petición P-12.273, Ref. Ricardo Romo Sánchez; Petición P-553-03, Ref. Hugo Napoleón Sánchez; Petición P-12.090, Ref. Jesús Enrique Valderrama; Petición P-11.777, Ref. Diego Jácome Maldonado.

195 CIDH, MC-237-15, Ref. Gerentes y trabajadores de diario El Universo, decisión de negativa y archivo de 22 de junio de 2016; MC-483-15, Ref. FUNDAMEDIOS, decisión de negativa y archivo de 22 de agosto de 2017; MC-152-13, Ref. G. y otros, decisión de archivo de 12 de agosto de 2016; MC-206-14, Ref. Marco Fabián Tapia Jara, decisión de archivo de 30 de junio de 2016; MC-212-05, Ref. Rafael Cuesta Caputti, decisión de archivo de 12 de diciembre de 2014; MC-794-0313, Ref. Luis Villacís, decisión de archivo de 12 de diciembre de 2014; MC-152-13, Ref. Milton Yulán, decisión de archivo de 12 de diciembre de 2014; MC-314-2011, Ref. Gabriel Vasco Toapanta – Niños con síndrome de Larón, decisión de archivo de 2 de julio de 2014; MC-284-10, Ref. Fanny Sarabia, decisión de archivo de 15 de febrero de 2012; MC-11-07, Ref. Personas con VIH-SIDA en Ecuador, decisión de archivo de 25 de octubre de 2012; MC-399-11, Ref. Comunidades de Río Grande, decisión de archivo de 28 de agosto de 2012; MC-765-04, Ref. Leonidas Iza y familiares (CONAIE), decisión de archivo de 11 de enero de 2013; MC-307-06, Ref. José Fajardo y otros (Texaco), decisión de archivo de 26 de octubre de 2012.

196 Corte IDH, Medidas provisionales dentro del Caso Gonzales Lluy y otros, archivadas el 2 de septiembre de 2015; Medidas provisionales vinculadas al caso Tagaeri –Taromenane conocido por la CIDH, archivadas el 31 de marzo de 2014.

197 *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 23 de junio de 2016; *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de mayo de 2016; *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de agosto de 2015; *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de agosto de 2015; *Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 4 de septiembre de 2012; *Acosta Calderón vs. Ecuador*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 febrero de 2008.

La defensa especializada que ejerce la Procuraduría General del Estado en los procesos internacionales de derechos humanos es de carácter eminentemente técnico-jurídico y responde a una estructura legalmente definida. De este modo, el establecimiento de un sistema de defensa jurídico basado en una gestión profesional de litigio tiene como fin alcanzar una eficaz representación y defensa de los intereses del Ecuador como Estado y no vinculados a los de la autoridad política de turno. Tal consideración permite desarrollar un trabajo acorde a las exigencias de un litigio profesional bajo la premisa de que las autoridades son transitorias pero la defensa del Estado permanece.

Hasta diciembre de 2020, existen un total de 219 causas activas por presuntas violaciones a los derechos humanos tramitándose en el Sistema Interamericano, tanto ante la CIDH como ante la Corte IDH. No debe subestimarse la importancia de su experiencia litigiosa, al concentrar la totalidad de los casos que se tramitan en el SIDH contra el Ecuador. Los casos sustanciados corresponden a diferentes temáticas, entre las que se encuentran ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, uso desproporcionado de la fuerza por parte de agentes estatales, derecho a la propiedad privada, garantías judiciales y protección judicial, integridad personal, libertad de expresión, derechos políticos, educación, igualdad y no discriminación, entre otros.

Ahora bien, en cuanto a la estrategia litigiosa, la defensa jurídica estatal ante la CIDH y la Corte IDH emplea especial relevancia en los aspectos procesales que rigen las diferentes etapas del litigio internacional, pues el apego a las normas de carácter procesal que rigen el trámite, constituye por sí misma una garantía del cumplimiento del debido proceso y evita arbitrariedades, garantizando la efectividad y prevalencia de los derechos. Por ejemplo, la falta de alegación oportuna sobre la inadmisibilidad de una petición puede ocasionar la admisibilidad de procesos que nunca debieron estar en la órbita del Sistema Interamericano¹⁹⁸. De este modo, en las fases iniciales del proceso, la defensa técnica del Estado consiste en cuestionar la admisibilidad de una denuncia presentada, por no reunir los requisitos convencionales y reglamentarios necesarios para que sea admitida a trámite por la CIDH, es decir, la estrategia litigiosa se enfoca a controvertir la petición por incumplir los presupuestos de procedibilidad requeridos.

Las alegaciones iniciales con relación a este aspecto tienen relevancia en tanto una eventual decisión sobre la admisibilidad de una petición da lugar a una serie de variantes, como puede ser el inicio de un proceso de solución amistosa o, en su defecto, el continuar

198 Ver *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 1. Párr. 16. “El 14 de octubre y el 24 de noviembre de 1981 la Comisión transmitió las partes pertinentes de las denuncias al Gobierno y solicitó la información correspondiente. 17. En vista de la falta de respuesta, la Comisión reiteró al Gobierno, el 14 de mayo de 1982, la solicitud de información y le señaló que, de no recibirla en un plazo razonable, consideraría la aplicación del artículo 39 de su Reglamento y presumiría como verdaderos los hechos denunciados. 18. La solicitud de información fue reiterada el 6 de octubre de 1982, el 23 de marzo y el 9 de agosto de 1983, sin haber recibido respuesta sobre los hechos denunciados. 19. En su 61° Período de Sesiones, la Comisión aprobó la resolución 30/83 de 4 de octubre de 1983, cuya parte dispositiva reza como sigue: 1. Por aplicación del Artículo 39 del Reglamento presumir verdaderos los hechos denunciados en la comunicación de 7 de octubre de 1981 relativos a la detención y posterior desaparición del señor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez en la República de Honduras.

con el análisis de fondo de la controversia, situación que dependerá del caso en específico. De igual forma, la argumentación sobre excepciones preliminares que se realiza ante la Corte IDH refleja una posición del Estado consistente en impugnar la competencia de ese Tribunal para conocer un determinado caso, con el fin de evitar el análisis de fondo de la demanda, situación que podría llevar a una sentencia desfavorable al Estado. De ahí nace la importancia de la estrategia litigiosa dirigida a cuestionar aspectos de índole procedimental.

Si bien, como se ha expresado, en las primeras etapas del trámite de un caso la estrategia de defensa estatal privilegia los asuntos procesales con el propósito de que se respeten los presupuestos de admisibilidad de una petición, la táctica litigiosa no puede dejar de considerar las cuestiones sustanciales, que son igualmente discutidas en la jurisdicción internacional. El Estado tiene el derecho de controvertir los argumentos, tanto en la forma como en el fondo, por los que es demandado, en el marco del proceso internacional.

Es posible que en ciertos casos resulte incluso adecuado, como estrategia de defensa, el efectuar reconocimientos de responsabilidad, que refleja el ejercicio de un litigio ético, encaminado no solamente a la protección y defensa de los intereses del Estado sin que esto debilite la defensa del patrimonio público, pues tales actos jurídicos son altamente valorados por los órganos internacionales¹⁹⁹. La Corte IDH ha manifestado al respecto que estos reconocimientos constituyen una contribución positiva al desarrollo de los procesos internacionales y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana²⁰⁰; sin embargo, tal reconocimiento será factible, solamente, cuando exista constancia de un hecho ilícito internacional atribuible al Estado, y que por tanto su responsabilidad objetiva no pueda ser desvirtuada de forma alguna.

En definitiva, la efectiva defensa jurídica del Estado constituye una garantía procesal en jurisdicción internacional que, al ser ejercida desde una perspectiva técnica y jurídica, refleja la buena fe del Estado en honrar sus compromisos internacionales, y promueve el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como lo ha venido realizando el Ecuador a través de la Procuraduría General del Estado. Así, el Estado no puede dejar de litigar y defenderse, controvirtiendo los puntos de hecho y derecho en los cuales exista la posibilidad de demostrar la inexistencia de responsabilidad internacional o el desvanecimiento de pretensiones desmesuradas, que afecte el patrimonio público.

199 *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 18. “En el presente caso, el Tribunal estima que el allanamiento parcial de hechos y el reconocimiento de algunas pretensiones de derecho efectuados por el Estado constituyen una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana, así como a la satisfacción parcial de las necesidades de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos; véase también *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 20.

200 Ver *Abril Alosilla y otros vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C No. 223, Párrafo 26; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 42; *Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 25.



9.4. Casos paradigmáticos

En vista de la dinámica de las peticiones y casos que responde la DNDH, se expondrá un caso paradigmático ante la CIDH y otro ante la Corte IDH. Estos casos demuestran la efectividad del patrocinio de la PGE en relación con el ahorro económico del Estado, dentro del periodo de la gestión del Procurador General del Estado, doctor Íñigo Salvador Crespo. Además, se expondrá una solicitud de medidas cautelares paradigmática.

9.4.1. Petición ante la CIDH

Informe de Inadmisibilidad No. 17/21, de 5 de marzo de 2021, con relación a la petición No. P-1160-11, Ref: Juan Alfredo Lewis Moreira y Eduardo Augusto Moreira Vera.

Etapas: Admisibilidad

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Síntesis: En marzo de 1978, el Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización (IERAC) dispuso la expropiación del predio El Salto, ubicado en la parroquia Pimocha, cantón Babahoyo, provincia de Los Ríos, resolviendo pagar con bonos del Estado tipo B a los propietarios de este predio el valor del avalúo practicado por la DINAC 10 años atrás, en 1968.

En 1979, el IERAC dictó un auto de adjudicación mediante el cual se entregaron a la Cooperativa Agrícola Nueva Esperanza del Salto los terrenos del referido predio.

En noviembre de 1998, el señor Lewis Moreira planteó un recurso de amparo constitucional contra el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA) por cuanto no se pagó el monto por expropiación dispuesto por el IERAC. El 15 de diciembre de 1998, el Juez Primero de lo Civil de Los Ríos acogió el amparo constitucional planteado, disponiendo al INDA el cumplimiento de los artículos 16, 30 y 33 de la Constitución de 1998, relativos al derecho a la propiedad y expropiación. Esta resolución no fue apelada ante el Tribunal Constitucional. Con fechas 21 de agosto y 12 de diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional hizo conocer al INDA del cumplimiento y procedimiento que se debía dar a la resolución dictada por el referido Tribunal.

El 25 de septiembre de 2006, el Pleno del Tribunal Constitucional declaró el incumplimiento de la resolución 070-99-RA y la ratificación efectuada por la Presidencia de ese organismo, por cuanto no se presentó recurso de apelación. Además,

envió copia certificada del expediente al Ministerio Fiscal General del Estado para la aplicación de lo previsto en el artículo 251 y más pertinentes del Código Penal contra el Director del INDA y al Juez A-Quo para el efectivo cumplimiento de la resolución. El 28 de noviembre de 2007, la Jueza Primera de lo Civil de Los Ríos dispuso a los Directores de la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros (DINAC) y del INDA que realicen el avalúo comercial actualizado del predio El Salto, que no fue cumplido por estas autoridades.

El 28 de abril de 2008, el Juez Primero de lo Civil de Los Ríos (e) dispuso al Municipio de Babahoyo realizar el avalúo comercial actualizado del predio El Salto. El peticionario refirió que se realizó avalúo catastral. El 5 de junio de 2008, el Juez Primero de lo Civil de Los Ríos incorporó el avalúo al expediente y remitió el proceso también al Ministerio Fiscal General para el enjuiciamiento penal de los funcionarios de la DINAC e INDA. El 28 de noviembre de 2008, el Juez Primero de lo Civil de Los Ríos dispuso el mandamiento de ejecución, disponiendo que el INDA pague la suma determinada por el Municipio de Babahoyo, esto es USD. 5'934572,96; de la que se solicitó su revocatoria por parte del INDA y la PGE, siendo negada el 8 de diciembre de 2008.

Mientras se desarrollaba el proceso de ejecución referido, los peticionarios plantearon en los años 2009 y 2010 dos acciones por incumplimiento ante la Corte Constitucional, que fueron resueltas por el máximo órgano de justicia constitucional del país, mediante sentencias signadas con los números 002-13-SIS-CC(Caso No. 0047-10-IS) y 002-17-SIS-CC(Caso No. 0010-09-IS), de 18 de septiembre de 2013 y 25 de enero de 2017, respectivamente; estas que confirmaron que la sentencia de diciembre de 1998 se encontraba debidamente ejecutada.

El 15 de marzo de 2010, el Juez Primero de lo Civil de Los Ríos dictó auto de ejecución y dispuso al INDA pagar USD. 5'934572,96. El 21 de junio de 2010, el Presidente de la Segunda Sala de la Corte Constitucional respondió a la consulta elevada por el Juez Primero de lo Civil de Los Ríos respecto del cumplimiento de la sentencia de amparo, indicando que continúe con la ejecución del fallo. El 29 de junio de 2010, el Juez Primero de lo Civil de Los Ríos dispuso al Ministro de Finanzas que sitúe los fondos para el pago de USD. 5'934572,96.

El 30 de agosto de 2011, el señor Lewis Moreira presentó una petición ante la CIDH por la presunta vulneración de los artículos 8, 21 y 25 de la CADH, referentes a las garantías judiciales, al derecho a la propiedad privada y a la protección judicial. El 2 de mayo de 2013, el Juez Primero de lo Civil de Los Ríos señaló mediante providencia que la sentencia fue ejecutada por cuanto los actores reconocieron el depósito en su cuenta de USD. 5'934572,96.

Argumentos de defensa del Estado: El Estado argumentó falta de caracterización de violaciones de derechos humanos, conforme lo previsto en el artículo 47.b de la CADH.

Argumentos acogidos por la CIDH: En el Informe de Inadmisibilidad No. 17/21, de 05 de marzo de 2021, la CIDH acogió favorablemente el argumento del Estado relativo a la falta de caracterización, señalando, en lo sustancial, lo siguiente:

[...] La Comisión Interamericana considera que el planteamiento fundamental de los peticionarios tiene que ver específicamente con su insatisfacción por la suma pagada por el Estado a modo de compensación económica por la expropiación del predio [...]

Ahorro para Estado: Como resultado de la defensa jurídica ejercida por la DNDH en representación de Ecuador, en este caso se produjo un ahorro para las arcas estatales de no menos de dos millones setecientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD \$ 2'700.000,00).

9.4.2. Caso ante la Corte IDH:

Caso Montesinos Mejía vs Ecuador: El 27 de enero de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó su sentencia mediante la cual declaró que el Estado de Ecuador es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y a la protección judicial, previstos en los artículos 7.1, 7.2, 7.4, 7.5, 8.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento; así como los artículos 7.1, 7.3 y 7.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Mario Alfonso Montesinos. El caso versó sobre la controversia en torno a la alegada detención ilegal y arbitraria del señor Montesinos en 1992, los actos de tortura en su contra, así como la falta de garantías judiciales en los procesos penales que se le siguieron. La Comisión consideró que el Estado violó los derechos a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial en perjuicio del señor Mario Montesinos Mejía.

Con relación al proceso de fondo, la Corte estableció respecto a la defensa del Estado la inexistencia de vulneración al artículo 9 (principio de legalidad y de retroactividad), 11 (protección de la honra y de la dignidad) y 21 (derecho a la propiedad privada) al no encontrar elementos consistentes en la posición del representante de la presunta víctima, y más bien acoger los argumentos de defensa del Estado. En concreto, la inexistencia de vulneración al contenido convencional del artículo 21 CADH implicó

la no devolución o en su defecto la obligación de indemnización respecto a un bien inmueble de alto valor que fue materia de comiso en el contexto de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

En el litigio sobre la inexistencia de vulneración al artículo 21 CADH (propiedad), la Corte acogió los argumentos del Estado respecto a que la alegación de vulneración de propiedad privada no fue contemplada en el marco fáctico del caso delimitado por el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Corte IDH valoró lo siguiente:

Finalmente, en lo que respecta la alegada violación del artículo 21 de la Convención por la incautación del inmueble Santa Clara durante la tramitación del proceso penal, la Corte recuerda que el marco fáctico del proceso ante la misma se encuentra constituido por los hechos contenidos en el Informe de Fondo sometidos a consideración de la Corte, por lo que no es admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en dicho escrito (...) ²⁰¹

Con relación a Indemnización Compensatoria la Corte valoró la argumentación del Estado respecto a que: i) el comiso especial de la Hacienda Santa Clara se ordenó mediante sentencia de 9 de septiembre de 1996, dentro de un proceso judicial en el cual se determinó el uso del bien con fines delictivos. La sanción que afecta al bien se pronunció en el marco de un proceso judicial que tuvo como finalidad garantizar el orden público; ii) el daño material alegado respecto a los bienes de la presunta víctima, los cuales estaban relacionados con fines delictivos, no constituye un daño resarcible; iii) se debe considerar la sentencia del caso Fermín Ramírez, en la cual la Corte condenó al Estado de Guatemala por las violaciones a las garantías judiciales (...) la Corte no ordenó ninguna reparación pecuniaria, considerando que no había pruebas que acreditaran los daños materiales alegados (...) así como los elementos fácticos objetivos.

La Corte advirtió que, en el presente caso, el representante no presentó ninguna prueba juntamente con su escrito de solicitudes y argumentos que demuestre la pérdida o detrimento de ingreso directamente en virtud de los hechos del caso, de manera que la Corte no contó con información suficiente para ordenar una indemnización por daño material en favor del señor Montesinos, asunto que fue demostrado por el Estado en la audiencia de alegatos orales y en los correspondientes alegatos escritos finales.

201 Corte IDH, Caso *Montesinos Mejía vs Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 27 de enero de 2020, párrafo 215.

Con relación a Daño Inmaterial, la Corte IDH señaló que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso y que sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Por ello, considerando las circunstancias del presente caso, la Corte estimó pertinente fijar en equidad, por concepto de daño inmaterial, una indemnización equivalente a USD \$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Montesinos Mejía.

Respecto a las costas y gastos, la Corte consideró que no consta en el expediente respaldo probatorio preciso en relación con las costas y gastos en los cuales incurrió el señor Montesinos o su representante respecto a la tramitación del caso en el ámbito doméstico o ante la Corte. Sin embargo, la Corte consideró que tales trámites necesariamente implicaron erogaciones pecuniarias, por lo que determina que el Estado debe entregar al representante la cantidad de US\$ 15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos.

Ahorro para el Estado: Como dato general de esta sección debemos señalar que la sentencia de 27 de enero de 2020, consideró el valor total de USD 65.176 incluido costas y gastos y la restitución al Fondo de Asistencia a Víctimas de la Corte IDH. No obstante, teniendo en cuenta la defensa del Estado, se evitó un pago al Estado aproximado de 2.700.000 (Dos millones setecientos mil dólares de los Estados Unidos de América), que fueron solicitados por el representante de la víctima de la siguiente manera:

• Daño material (indemnización solicitada):	USD 1.000.000.
• Daño inmaterial:	USD 500.000.
• Daño al proyecto de vida:	USD 1.000.000.
• Costas y honorarios profesionales	USD 200.000.

9.4.3. Solicitud de medidas cautelares ante la CIDH

Nota S/N de la CIDH de 12 de marzo de 2019 sobre MC-54-19 Ref. Julian Paul Assange:

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Síntesis: A finales de diciembre de 2018, el señor Julian Paul Assange, a través de su representante el señor Baltazar Garzón, solicitó ante la CIDH que se conceda medidas cautelares a su favor, debido a presuntas situaciones de riesgo. El señor Assange permanecía en la Embajada de Ecuador en Londres en calidad de asilado político desde el 16 de agosto de 2012.

En la solicitud de medidas cautelares se señaló que existía un grave riesgo en razón de una campaña de persecución en su contra, así como de una eventual extradición a Estados Unidos de Norte América, lugar en el que –argumentó– podía llegar a sufrir tratos crueles, inhumanos, degradantes, o ser condenado a pena de cárcel perpetua o a pena capital, debido a sus publicaciones de información sobre intereses del mencionado país. También se argumentó que existía urgencia pues la situación de salud mental y física del señor Assange presentaba muchos deterioros y efectos que podían llegar a ser irreparables, sumado a un máximo aislamiento y a la restricción en sus visitas y comunicaciones.

Frente a dicha solicitud, la CIDH pidió al Estado ecuatoriano que presente sus observaciones e informe sobre las condiciones en las que se encontraba el señor Assange en la Embajada de Ecuador en Londres, así como sobre su situación de salud, características del lugar, comunicaciones, visitas, etc. Además, pidió informar sobre la situación jurídica del solicitante, el riesgo de retirarle el asilo político y el Protocolo de actuación en la Embajada en torno a la situación del solicitante.

Argumentos de defensa del Estado: El Estado respondió a la solicitud de medidas cautelares y describió las condiciones en las que se encontraba el señor Assange en la Embajada, tanto acerca del espacio físico, como respecto a las visitas que recibía, su estado de salud, el acceso a internet y telecomunicaciones, el acceso a la asistencia legal, la seguridad de la Embajada, el cumplimiento de la normativa nacional e internacional en la concesión del asilo, el respeto del principio de No Devolución. Además, se señaló que no se cumplían los requisitos de gravedad, urgencia y daño irreparable en el caso para otorgar las medidas cautelares solicitadas.

Argumentos acogidos por la CIDH: En la Nota S/N de la CIDH de 12 de marzo de 2019 sobre MC-54-19 Ref. Julian Paul Assange, la CIDH señaló que el expediente correspondiente a la solicitud de medidas cautelares fue oportunamente cerrado.

Fuentes

Normativas

Procuraduría General del Estado, *Resolución No. 084*, 23 de enero de 2008.

Procuraduría General del Estado, *Resolución No. 068, Estatuto Orgánico por Procesos de la PGE*, Registro Oficial No. 68, 24 de agosto de 2017.

.....

Bibliografías

Mejía Azuero, Jean Carlo. *Situación, perspectivas y estrategias frente a la defensa del Estado: Hacia una propuesta integral de defensa jurídica*. (Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 2007).

Moreno, María Cristina. *La acción constitucional por incumplimiento de las sentencias*. (Quito: UASB-E, 2020).

Nikken, Pedro. *El concepto de Derechos Humanos*. (Buenos Aires: UNLP, 2006).

Nikken, Pedro. “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos”, en *revista IIDH*, núm. 48 (San José: Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 2008).

Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. (Madrid: Tecnos, 1986).

Unión Interparlamentaria. *Derechos Humanos*. (Ginebra: Courand et Associés, 2016).

.....

Precedentes

Acosta Calderón vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 febrero de 2008.

Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de agosto de 2015.

Benavides Cevallos vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de junio de 1998.

Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 23 de agosto de 2013.

Mejía Idrovo vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 4 de septiembre de 2012.

Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de mayo de 2016.

Suárez Peralta vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de agosto de 2015.

Suárez Rosero vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 23 de junio de 2016.

Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Zalles Cueto vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 11.464, Informe de fondo de 23 de mayo de 2017.

C.A.P.M vs. ECUADOR. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comunicación N° 3/2014 Dictamen de inadmisibilidad de 20 de junio de 2014, aprobado por el Comité en su 58° período de sesiones.

Isaías Dassum vs. Ecuador Comité de Derechos Humanos. Comunicación N° 2244/2013, Dictamen adoptado por el Comité en su 116° período de sesiones.



10

INICIATIVA LEGISLATIVA



10.1. Ámbito conceptual

10.1.1. La iniciativa de ley

El procedimiento de creación de la ley se enmarca en parámetros normativos fijados por la Constitución y desarrollados por la ley mediante la normativa orgánica que regula la organización y el funcionamiento de la Asamblea Nacional. El primer paso de ese proceso lo constituye la iniciativa legislativa, es decir, el ejercicio de la atribución de presentar el proyecto de ley a consideración de la Asamblea, determinándolo en forma vinculante para darle trámite, de manera que sea repartido a la comisión legalmente competente por razón de la materia, y surta el procedimiento constitucional y legalmente establecido.²⁰²

La iniciativa de ley es la facultad de imponer al órgano legislativo un pronunciamiento sobre un texto legislativo que se somete a su consideración. Este elemento compulsivo –la apertura obligatoria del procedimiento en su fase constitutiva (presentación de enmiendas, deliberación, votación y, en su caso, transacción sobre las mismas)– es su rasgo verdaderamente determinante que permite diferenciarla de otras acciones políticas o parlamentarias que también se orientan a la apertura del proceso legislativo en la Asamblea.²⁰³

De esta manera, la proposición de un proyecto de ley ante el Congreso de la República es la etapa primigenia del proceso legislativo que la Constitución atribuye a múltiples actores. En efecto, en la mayoría de los países, la legislativa corresponde a

202 Manuel Alberto Restrepo Medina, “Concepto y titularidad de la iniciativa legislativa”, en *Vniversitas*, núm. 118 (Bogotá: pontificia Universidad Javeriana, 2009), 231.

203 Alberto Dorrego de Carlos, “La iniciativa legislativa del gobierno: significado político y constitucional” en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 104 (Madrid: Cortes Generales del Reino de España, 2018), 117.

la cámara de representantes o bien a otro órgano como el jefe de Estado. No obstante, los diferentes ordenamientos jurídicos regulan mecanismos de iniciativa variados que pueden permitir a otros órganos constitucionales también poseer la iniciativa legislativa. En muchos países se regula a la iniciativa popular que surge de los propios ciudadanos como fuente de iniciativa legislativa.²⁰⁴ En tal virtud, existen varios tipos de iniciativa legislativa, a saber:

- ◆ Iniciativa legislativa única: se da en aquellos sistemas en donde solamente tiene la iniciativa legislativa el órgano que tiene a su vez atribuido el poder legislativo, y solo este puede iniciar el procedimiento.
- ◆ Iniciativa legislativa compartida: es aquella en la que, además del poder legislativo, la iniciativa puede partir de otros órganos de gobierno.
 - ▶ El poder ejecutivo: en este caso, además del poder legislativo, el poder ejecutivo, generalmente el jefe de Estado, puede proponer una norma con rango de ley, ya sea las ideas matrices o un articulado específico, y que sea tramitada por la Asamblea.
 - ▶ Otros órganos: en este caso, que puede ser compatible con el anterior, se atribuye la iniciativa también a otros órganos públicos, como las Altas Cortes u órganos de Control, o a la acción popular. En el caso de la iniciativa de estos órganos del Estado, su iniciativa es limitada a materias específicas de su competencia, como por ejemplo la que se otorga a la Corte Nacional en temas relativos a la administración de justicia.

Es importante considerar que cualquiera de los sujetos externos a la Asamblea a los que la Constitución haya atribuido iniciativa legislativa comparte con aquella, si no la titularidad formal del Poder Legislativo, si al menos el control material del proceso de elaboración de las leyes, esto es, la llamada “función motora” del mismo, y con ello un privilegio posicional extraordinario respecto de quienes carecen de tal competencia.²⁰⁵

Producida la iniciativa y cumplida la fase de admisibilidad e informes, la Asamblea debe proceder con la discusión del texto planteado. Ello no significa necesariamente que, al final del *iter parlamentario*, tenga que producirse de manera obligatoria la aparición de una ley. De hecho, la Asamblea puede no aprobar tal texto, y que después de admitido su tramitación es obligatoria, mas no su aprobación.

204 Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, “La iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos”, en *Nueva revista*, núm. 154 (Logroño: UNIR, 2015), 227.

205 Alberto Dorrego de Carlos, “La iniciativa legislativa del gobierno: significado político y constitucional”, 118.

Por último, debe considerarse que “iniciativa legislativa” es algo distinto de “potestad legislativa” y que “iniciativa legislativa” es también algo distinto de “propuesta de iniciativa”. El Ejecutivo, que posee la iniciativa legislativa, no posee por ello la potestad legislativa (posee la reglamentaria, que es únicamente secundaria y accesoria). Al mismo tiempo, algunos órganos o fracciones de órganos que pueden simplemente instar la iniciativa legislativa que no tienen atribuida de manera directa.²⁰⁶

10.1.2. La iniciativa legislativa de la PGE

Desde sus inicios, la PGE ejerció tres funciones principales: asesoramiento, patrocinio y supervisión de legalidad de actos y contratos que ejecuta el Estado, sin embargo, en la Constitución Política de 1998 por primera vez se le otorga la facultad para presentar proyectos de ley en las materias que correspondan a sus atribuciones específicas.²⁰⁷

La actual Constitución, en su artículo 134, confirma el otorgamiento a la PGE de la facultad de iniciativa legislativa en las materias relacionadas con sus atribuciones. En el mismo sentido, la LOPGE, en su artículo 3, literal j), prevé dentro de las funciones de la PGE el presentar proyectos de ley en las materias que correspondan a sus atribuciones específicas. Similar disposición encontramos en el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Para ejercer la facultad de iniciativa legislativa prevista en las disposiciones constitucionales y legales antes referidas, la PGE, mediante Resolución No. 006 de 4 de diciembre de 2018, reformó su Estatuto orgánico por procesos y creó la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas. Esta Dirección Nacional ejerce sus funciones desde el 1 de febrero de 2019, a través los siguientes ejes fundamentales:

- ◆ La preparación de proyectos de ley o de reforma de ley en el ámbito de las competencias de la PGE.
- ◆ La elaboración de informes sobre el avance de los proyectos de ley presentados en la Asamblea Nacional, con iniciativa de la PGE.
- ◆ La preparación de proyectos de respuesta, en relación a los pedidos formulados por la Asamblea Nacional y demás instituciones públicas, sobre proyectos de ley que se tramitan en el órgano legislativo o que están por presentarse ante dicho órgano legislativo.

²⁰⁶ Manuel Aragón, “La iniciativa legislativa”, en Revista de Derecho Constitucional, año 6, núm. 16 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986), 290.

²⁰⁷ República del Ecuador, *Constitución Política*, RO No. 1, 11 de agosto de 1998, art. 145.

- ◆ La asesoría a las entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria.
- ◆ La investigación jurídica que responda a las necesidades actuales y potenciales de la PGE.²⁰⁸

Hasta la presente fecha, la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas ha participado en la revisión de 14 cuerpos normativos:

- › Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código General de Procesos.
- › Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Comunicación.
- › Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social, a la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y a la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional.
- › Proyecto de Ley de la Defensoría del Pueblo.
- › Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial.
- › Proyecto del Código de Comercio.
- › Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal.
- › Reglamento de Disciplina para los Centro de Formación Policial.
- › Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría Pública.
- › Proyecto de Ley Orgánica de Actuación en casos de Personas desaparecidas y extraviadas.
- › Proyecto de Ley de Transparencia Fiscal.
- › Reglamento del Procedimiento para la suscripción de Acuerdos Indemnizatorios con víctimas documentadas en el Informe de la Comisión de la Verdad.
- › Reforma al Código Orgánico de la Función Judicial.

²⁰⁸ Procuraduría General del Estado, *Estatuto Orgánico por Procesos de la PGE*, artículo 10, subnumeral 2.6.

A través del servicio de Asesoría Legal Externa (ALE) de la PGE, la Dirección de Iniciativa Legislativa capacitó a instituciones públicas como al Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador (CONGOPE), el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables y Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público.



10.2. Presentación de proyectos de ley en el ámbito de la competencia de la PGE

10.2.1. Procedimiento para presentación de proyectos de ley en el ámbito de la competencia de la PGE

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas, al ser recientemente creada, no ha desarrollado un procedimiento normativo en el que se establezca el proceso de generación de proyectos de ley de iniciativa de la PGE, sin embargo, a continuación se presenta un esquema procedimental para el cumplimiento de dicha competencia.

a) Necesidad de reforma de ley o creación de una nueva

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa a través de su propia iniciativa o mediante iniciativa de las direcciones misionales, al encontrar una deficiencia o ausencia de cierta reglamentación o norma, establece en un primer momento la necesidad de crear dicha normativa que permita satisfacer la falencia o vacío existente.

b) Temática del proyecto de ley

El proyecto de ley a desarrollarse solo podrá tratar respecto al ámbito de competencia de la Procuraduría General del Estado, sobre el cual exista cierta falencia o deficiencia que sea necesaria erradicar o mejorar.

Para la creación de la normativa que corresponda a materia relacionada con las direcciones misionales, dicha problemática, como su propuesta, deberá ser generada por la dirección experta en la materia para así ser tratada posteriormente por la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas.

c) Obtención de insumos necesarios

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas solicitará los insumos necesarios a las direcciones misionales según sus competencias, con el fin de desarrollar el proyecto de ley en el que se establezcan dichos sustentos. De igual manera, la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas realizará las investigaciones necesarias para poder desarrollar una norma que abarque los vacíos y falencias en su totalidad.

d) Emisión de primer proyecto de ley

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas desarrollará el proyecto de ley con la redacción adecuada, que contenga coherencia respecto del ordenamiento jurídico, calidad, publicidad y viabilidad de la norma.

El producto legislativo, para que sea considerado de calidad, deberá cumplir con criterios²⁰⁹ de formalidad, claridad, integralidad, coherencia y concordancia, que consisten en:

- › Formalidad. El proyecto de ley, debe cumplir con los requisitos previstos en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de la Función Legislativa y demás normas pertinentes. Su aplicación garantiza su legitimidad.
- › Claridad. La redacción del texto del proyecto de ley debe ser claro, entendible y preciso, lo que permitirá tener un documento con certeza y seguridad jurídica.
- › Integralidad. El proyecto de ley debe contener elementos temáticos relacionados con los asuntos a ser normados. Debe ser un producto completo, sin vacíos, por lo tanto, debe eliminar los temas que no correspondan con el objeto y ámbito.
- › Coherencia y concordancia. El proyecto de ley debe contener normas que no se contradigan entre sí, (coherencia interna), ni con otras normas del sistema jurídico (coherencia externa). Debe evitar antinomias e imprecisiones.

²⁰⁹ Estos criterios se fundamentan en la propuesta de José H. Meehan, *Teoría y técnica legislativa* (Buenos Aires: Depalma, 1976), 75 - 82.

e) Presentación de proyecto de ley a las unidades correspondientes

Una vez generado el proyecto de ley, el mismo deberá ser puesto en conocimiento de las direcciones misionales para la presentación de observaciones que permitan mejorar tanto los aspectos de forma como de fondo de la norma.

Dicha presentación se la podrá realizar mediante un taller informativo y/o mediante solicitud a través de memorando de revisión y generación de las observaciones correspondientes.

f) Emisión de segundo borrador del proyecto de ley

Una vez remitidas las observaciones y comentarios generados por parte de las direcciones misionales, la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas procede a analizar cada una de ellas y, de creerlo pertinente, acogerlas en el texto borrador, cumpliendo los parámetros de técnica legislativa en dicha inserción a la norma.

g) Presentación ante el Procurador General del Estado

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas presenta ante la máxima autoridad de la PGE el proyecto de ley, autoridad que procede a su revisión y a la emisión de las observaciones correspondientes. Una vez revisadas y analizadas cada una de las observaciones se procede a la aprobación de la máxima autoridad de la PGE.

h) Socialización del proyecto de ley

Una vez desarrollado el proyecto final, la PGE, a través de la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas, solicitará reunión ante el presidente o presidenta de la Asamblea Nacional con el fin de realizar la socialización del proyecto de ley. La socialización de proyectos es un mecanismo para dar a conocer la normativa de interés de la Procuraduría General del Estado, con lo cual, de manera posterior, se procede a ingresar ante el órgano legislativo dicho proyecto, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

En concordancia con ello, y según lo señalado en la parte final del artículo antes mencionado, “quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados, previa solicitud y autorización de la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional”.

En este sentido, la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas genera las acciones necesarias para impulsar el análisis del proyecto de ley ante la comisión encargada como también ante las autoridades del pleno de la asamblea.

10.2.2. Defensa jurídica del Estado a través de la iniciativa legislativa

Como se mencionó anteriormente, la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas fue recientemente creada en el año 2018 por parte del señor Procurador Íñigo Salvador Crespo, es por ello que debido a la complejidad y el tiempo que toma desarrollar un proyecto de ley adecuado con las necesidades de la PGE, hasta el momento se ha presentado una iniciativa legislativa ante el ejecutivo para el tratamiento correspondiente.

La elaboración de los proyectos de ley atiende a las necesidades en materia relacionada con las competencias y atribuciones de la PGE; dicho objetivo se encuentra encargado a la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas, entidad organizada con una Subdirección que al momento no cuenta con un representante, por lo que el objetivo institucional es cumplido entre un abogado especialista, la asistente y la directora nacional.

a) Necesidad de reforma de ley o creación de una nueva normativa

Al existir la necesidad de reforma de ley o creación de una nueva normativa, en primer lugar, tanto por parte del abogado especialista como por parte de la directora, se procede a realizar un análisis exhaustivo de los pros y contras que conllevaría la realización de la misma, generando en un segundo momento un proceso de investigación tanto de jurisprudencia, doctrina y normativa comparada de años presentes como anteriores. Para iniciar el análisis correspondiente es importante desarrollar un cuestionario previo a la elaboración de la norma; la elaboración de dicho cuestionario se encuentra encargado el profesional de la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas, quien deberá solventar ciertas inquietudes dentro del proceso.

En primer lugar, es necesario determinar si es aplicable el principio de legislación mínima, cuyo concepto parte de la presunción de la razonabilidad del derecho vigente y tiene por finalidad establecer las ventajas e inconvenientes que se generan con la expedición de una nueva norma²¹⁰. Al efecto, se responden preguntas como si existe

²¹⁰ Piedad García-Escudero Márquez y otros, *Manual de Técnica Legislativa*. (Quito: Asamblea Nacional, 2014), 116.

otra forma de solucionar el conflicto, si es mayor el número de ventajas de la norma y si las desventajas están por debajo de los aspectos positivos de generarla. Además, se realiza una ponderación entre las ventajas y el costo que conllevarían las propuestas planteadas en la norma y se establece que la norma, limite en lo menos posible la libertad de los ciudadanos.

Una vez resuelto el cuestionario, el mismo es puesto en consideración por parte del profesional a cargo, al titular de la Dirección, y a su vez posteriormente ante la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado quien avalará su continuidad.

b) Elaboración de la norma

En la etapa de la elaboración de la norma, el profesional a cargo deberá determinar con precisión el tema a tratar; en dicho proceso deberá responder las preguntas:

- › ¿Sobre qué trata el proyecto normativo?
- › ¿Qué aspectos jurídicos y políticos se pretende resolver con la norma?
- › ¿Qué se va a normar?
- › ¿A quién se aplicará la norma?
- › ¿Cuándo entrará en vigencia la norma?

Una vez resueltas cada una de las preguntas, se procesa una segunda etapa, la cual consiste en la recopilación de la información. En dicha etapa se obtienen insumos correspondientes a antecedentes legislativos, seccionales, doctrinarios y también jurisprudenciales. Además de ello, se realizan consultas de fuentes internas, tales como la información procedente de las direcciones misionales, bases de datos institucionales y/o archivos institucionales, y también se procede a realizar la consulta a fuentes externas mediante bibliotecas y/o centros de formación.

Obtenidos todos los insumos necesarios para formación de la norma, inicia una tercera etapa que consiste en el análisis preliminar en el que se establece si la norma es compatible con la Constitución y las leyes vigentes; además se procede a revisar y ratificar una vez más todos los cuestionarios previos respecto a la oportunidad de la norma y sus efectos en la sociedad, si esta será efectiva en el tiempo y si también podrá tener consenso entre los legisladores de la Asamblea Nacional para que se proceda a su tratamiento ante el órgano legislativo.

En la cuarta etapa se procede a diseñar la estructura de la normativa, la cual se encuentra conformada por un índice temático y un orden de la norma en el que se debe establecer la sección expositiva, la sección inicial, la sección dispositiva (sustantiva, contenido o cuerpo de la ley) y la sección final; toda esta estructura contribuye a la unidad y coherencia de la norma. En la sección expositiva se redacta la exposición de motivos, considerandos y el título del proyecto de ley. Por otro lado, en la sección inicial se desarrolla el objeto de la ley, el ámbito y de existir las definiciones se especificarán las que sean necesarias para el entendimiento de la norma. En la sección sustantiva, la norma se debe establecer un orden que inicia desde los articulados referentes a lo sustantivo, organizativo, procedimentales o procesales y finaliza con las infracciones y sanciones. Para terminar, en relación a la sección final, la norma contendrá las disposiciones especiales, transitorias, derogatorias y finales, como también, de existir, los anexos.

La quinta etapa de la elaboración de la norma consiste en la redacción del proyecto, etapa que debe responder al objetivo y ámbito que se desea y la cual contendrá un orden lógico que irá de lo general a lo particular. Debe contar, además, con un orden sistemático, el cual consiste en la presentación por libros, títulos, capítulos y secciones. El profesional de la Dirección tomará en cuenta, como regla que cada artículo deberá hacer relación a un solo tema, cada párrafo a un enunciado y cada enumerado a una idea, preponderando la unidad y coherencia de la norma

c) Presentación de proyecto de ley

Una vez redactada la norma, es puesta en valoración del titular de la dirección, quien generará las observaciones pertinentes con el fin de desarrollar una ley que se adecue a las necesidades de la PGE. De forma posterior, una vez acogidos los cambios pertinentes, se la presenta ante las direcciones correspondientes, quienes de igual manera, remiten las observaciones y comentarios según las competencias establecidas para cada una de las direcciones y, finalmente, una vez acogidas, el borrador final es presentado ante la autoridad máxima de la PGE, quien realiza una revisión exhaustiva y es quien determina la oportunidad de que se presente ante la Función Legislativa para proceder con el tratamiento correspondiente.

10.2.3. Caso Paradigma

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas desarrolló el Proyecto de Ley orgánica reformativa para restituir el control previo de legalidad de actos y contratos a la Procuraduría General del Estado, el cual, con fecha 19 de junio de 2019, fue presentado por parte del señor Procurador General del Estado Íñigo Salvador Crespo ante la Asamblea Nacional.

En el proyecto de ley se propone la reforma de distintos cuerpos normativos en los que se incluye la LOPGE, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública entre otras, a fin de fortalecer a la PGE como organismo de control a través de la restitución del control de legalidad, fortalecimiento institucional y la autonomía. En relación a la restitución del control de legalidad, se propuso que la PGE restablezca el control de legalidad previo, concurrente o posterior de los contratos emitidos por: organismos y entidades del sector público, empresas públicas y subsidiarias.

En primer lugar, en lo referente al control previo, se propuso que:

- › La PGE norme los documentos que deben adjuntarse a la solicitud de revisión de actos y contratos.
- › Se genera la obligación de entidades y organismos del sector público de solicitar informe previo.
- › La PGE analiza y emite informe en un término no mayor a 30 días con las observaciones correspondientes.
- › Las entidades y organismos deben remitir el contrato suscrito en 5 días plazo a la PGE; si no se incorporaran las observaciones, dicha actuación será causal para que la Procuraduría General del Estado pueda declarar la nulidad.
- › Los informes previos se consideran como prestación de un servicio cuantificable e inmediato.

En lo relacionado al control concurrente o posterior, la normativa propone que:

- › La PGE norme los documentos que deben adjuntarse a la solicitud de revisión de actos y contratos.
- › Se genera la obligación de entidades y organismos del sector público de solicitar informe previo.
- › La PGE analiza y emite informe en un término no mayor a 30 días, con las observaciones correspondientes .
- › Las entidades y organismos deben remitir el contrato suscrito en 5 días plazo a la PGE, al no incorporarse las observaciones, la PGE podrá demandar la nulidad del contrato.

En lo relacionado al fortalecimiento institucional, en principio, la normativa propone la creación de un Comité de Prevención de Disputas, cuerpo colegiado encargado de realizar procesos de negociación en jurisdicción internacional presentados por personas naturales o jurídicas, para lo cual la PGE expedirá el Reglamento de funcionamiento del Comité.

Se propone que el comité se componga de miembros permanentes: la máxima autoridad de la PGE o su delegado, quien lo presidirá; el Contralor General del Estado o su delegado; el Ministro de Finanzas o su delegado permanente, quien ejercerá la vicepresidencia; el Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana o su delegado; y, el Director de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría, quien actuará como secretario. Además, el comité podrá tener miembros ocasionales, tales como la máxima autoridad de la o las instituciones públicas que son parte en las disputas, o sus delegados.

Un segundo aspecto dentro del fortalecimiento institucional corresponde a reformas relacionadas a la LOPGE en el que se propone el establecer una clara diferenciación entre la asesoría y capacitación, y la absolución de consultas, planteándose reformas que permitan tener una norma clara, que permita un mayor entendimiento para la ciudadanía en general. Finalmente, en lo relacionado a la autonomía, las reformas plantean eliminar en el número 1 del artículo 3 de la LOSEP a la PGE retomándose la autonomía relacionada al talento humano de la institución.

Una vez presentado el proyecto ante la Asamblea Nacional y calificado por el CAL, con fecha 02 de octubre de 2019, la PGE asistió a la sesión No. 114 de la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control en la que presentó el proyecto de Ley orgánica reformatoria para restituir el control previo de legalidad de actos y contratos. En dicha presentación se generaron ciertas inquietudes a la norma por parte de los y las asambleístas, por lo que la PGE manifestó su interés de que se generen mesas de trabajo entre equipos técnicos, para así perfeccionar el proyecto de ley. Además, permitir la unificación con otros proyectos de ley que se relacionan con la misma materia.

Con fecha 26 de julio de 2020, el secretario relator de la Comisión Especializada Permanente de Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, solicitó una nueva comparecencia de la PGE para el día miércoles 2 de septiembre de 2020, cuyo fin fue contar con la participación e insumos adicionales en el análisis relacionado a la restitución del control previo por parte de las entidades de control. La Comisión Especializada Permanente de Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, autoridad competente no ha dado el tratamiento de la ley; sin embargo, la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas ha realizado continuos acercamientos ante la Asamblea Nacional para que dichas actuaciones se generen y que, por tanto, se proceda con el tratamiento correspondiente de la norma.



10.3. Procedimiento para asesorar a las entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria

10.3.1. Procedimiento para asesorar a las entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria

Como se manifestó anteriormente, la PGE, en su reforma del Estatuto Orgánico por Procesos, mediante Resolución 006 de 4 de diciembre de 2018, otorga como facultad de la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas el “asesorar a las entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria”. Es por ello que con fecha 11 de diciembre de 2018 se suscribe el “Convenio marco de cooperación interinstitucional entre la PGE y la Asamblea Nacional”, cuyo objetivo consiste en contribuir en el adecuado proceso de formación de las leyes mediante el cual la presidencia de la Asamblea Nacional dispone que los proyectos de ley que tengan relación con el ámbito de competencias de la PGE, una vez calificados por el Consejo de Administración Legislativa y al encontrarse en conocimiento de la Comisión Especializada Permanente respectiva sean remitidos a la PGE para que se emitan las observaciones y comentarios correspondientes.

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas, al ser recientemente creada, no ha desarrollado un procedimiento normativo en el que se establezca el proceso de asesoría a las entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria; sin embargo, con la suscripción del convenio y con su principal remitido de proyectos de ley como es la Asamblea Nacional, se ha realizado un esquema procedimental en el cumplimiento de dicha competencia.

a) Revisión de proyecto de ley

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas, a través de su propia iniciativa o mediante remisión de la Asamblea Nacional o de otra institución pública, iniciará la revisión del proyecto de ley, estableciéndose las observaciones y comentarios correspondientes a la Dirección.

La coordinación con la Asamblea Nacional se realiza con la Secretaría General de dicho organismo, con la que se implementa el procedimiento más adecuado para atender los requerimientos de información y o de comparecencias que realicen las comisiones legislativas o asambleístas, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales.

b) Obtención de insumos necesarios

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas solicitará las observaciones correspondientes y necesarias a las direcciones de la PGE según sus competencias, con el fin de observar de manera completa el proyecto de ley que se desea tratar la Asamblea Nacional para su aprobación. De igual manera, la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas realizará las investigaciones necesarias para poder observar en su totalidad la norma.

c) Emisión de primer borrador de análisis al proyecto de ley

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas desarrolla el primer borrador de análisis del proyecto de ley respetando que posea una redacción adecuada, que contenga coherencia respecto del ordenamiento jurídico, calidad, publicidad y viabilidad de la norma.

En la revisión correspondiente, se espera que el producto legislativo cumpla con criterios de calidad²¹¹ tales como de formalidad, claridad, integridad, coherencia y concordancia, los cuales consisten en:

- › Formalidad: se busca que el proyecto de ley, cumpla con los requisitos previstos en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de la Función Legislativa y demás normas pertinentes. Su aplicación garantiza su legitimidad.
- › Claridad: la redacción del texto del proyecto de ley debe ser claro, entendible y preciso, lo que permite tener un documento con certeza y seguridad jurídica.
- › Integralidad: el proyecto de ley debe contener elementos temáticos relacionados con los asuntos a ser normados; debe ser un producto completo, sin vacíos. Se debe solicitar la eliminación de los temas que no correspondan con el objeto y ámbito.
- › Coherencia y concordancia: se debe verificar que el proyecto de ley no contenga normas contradictorias entre sí, (coherencia interna), ni con otras normas del sistema jurídico (coherencia externa). Se debe evitar antinomias e imprecisiones.

²¹¹ Estos criterios se fundamentan en la propuesta de José H. Meehan, *Teoría y técnica legislativa* (Buenos Aires: Depalma, 1976), 75 - 82.

d) Presentación ante el Procurador General del Estado

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas presenta ante la máxima autoridad de la PGE el análisis del proyecto de ley, autoridad que procede a su revisión y a la emisión de las observaciones y comentarios correspondientes. Una vez revisadas y analizadas cada una de las observaciones se procede a la aprobación de la máxima autoridad de la PGE.

e) Remisión del análisis al proyecto de ley

La PGE remite el análisis correspondiente del proyecto de ley a la Asamblea Nacional o entidad pública solicitante dentro del término de 15 días desde el ingreso de la solicitud a la Secretaría General de la PGE.

10.3.2. Defensa jurídica del Estado a través del asesoramiento a las entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria

Desde su creación a finales de 2018, la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas ha realizado, como principal actividad, el asesoramiento a entidades públicas en la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria, a través del análisis de varios proyectos de ley que han aportado en la creación de normativa adecuada al ordenamiento jurídico. La revisión que atiende a las técnicas legislativa y parlamentaria ha sido una de las funciones desarrolladas por el equipo de la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas, la que, como se mencionó anteriormente, se encuentra conformada por un abogado especialista, la asistente y la directora nacional.

El asesoramiento a entidades públicas en técnica legislativa y parlamentaria es parte importante del proceso de defensa jurídica del Estado, como lo manifiesta Piedad García-Escudero:

El objeto de la técnica legislativa no es sólo la buena redacción de las leyes, sino que afecta a cuestiones más generales y trascendentes como:

- La unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.
- La calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas.

↑ Ambas cuestiones repercuten en la seguridad jurídica, en la medida en que los ciudadanos que han de cumplir las leyes deben poder conocer con certeza sus mandatos, sin que exista dobles interpretaciones o normas contrapuestas u oscuras.²¹²

Al respecto, el artículo 82 de la Constitución de la República en relación con la seguridad jurídica, dispone que “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” Al poseer normativa coherente con el ordenamiento jurídico el desarrollo de aquella es parte fundamental de la defensa jurídica del Estado y, en dicho proceso, la Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas realiza las siguientes actividades:

a) Iniciativa de la propuesta normativa

En un primer instante una vez ingresado el proyecto de ley, tanto por parte de la abogada como de la directora, se inicia un análisis exhaustivo de este. En este proceso, en un primer lugar se identifica a la persona o grupo de personas que tienen interés en la creación de una nueva ley o de la realización de su modificación y se establecen los pro y contras que conlleva la realización de la misma.

Posterior a ello, se determina si dicho proyecto cumple con las reglas técnicas y criterios de calidad, como la formalidad en la presentación de la ley; es decir, si la iniciativa propuesta cumple con los requisitos previos establecidos en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de la Función Legislativa y demás normas pertinentes.

b) Oportunidad de la propuesta normativa

En la etapa de identificar la oportunidad de la propuesta, el profesional a cargo determina con precisión el tema a tratar, y en dicho proceso deberá responder a preguntas, como:

- › ¿Sobre qué trata el proyecto normativo?
- › ¿Qué aspectos jurídicos y políticos se pretende resolver con la norma?
- › ¿Qué se va a normar?
- › ¿A quién se aplicará la norma?

²¹² García-Escudero Márquez, Piedad. Manual de Técnica Legislativa. Thomson Reuters.

La contestación de las preguntas anteriores debe manifestarse en la norma dentro de la motivación o justificación de creación del proyecto. Debe existir sólida exposición de motivos, con el articulado correspondiente y el justificativo de creación de la norma que permita determinar de manera clara el objetivo que persigue dicha reforma o creación de ley. La exposición de motivos es un mecanismo de control político y de racionalización de la actividad legislativa, en medida que permite conocer el sentido de las directrices políticas gubernamentales y la adecuación de los medios propuestos para realizarlas, así como contrastarlas con el programa político del propio gobierno.

c) Análisis general del contenido jurídico y estructura de la propuesta normativa

Desde la técnica legislativa se inicia una revisión general de la normativa, la que debe contener características de integralidad, claridad, precisión, coherencia y concordancia. Dentro de la integralidad de la norma se requiere que esté redactada de manera organizada, y que el proyecto de norma incluya un objeto, ámbito y, si se requieren, definiciones.

Además, la norma debe ser precisa; es decir, que se refiera a una sola materia, sin perjuicio de los cuerpos legales a los que se afecte y de igual forma se observa que cumpla con una estructura básica en la que esté incluida: la parte expositiva, parte inicial, parte dispositiva, sustantiva, contenido o cuerpo de la ley y la parte final.

Por otro lado, se verifica que la norma sea redactada con claridad, utilizando las reglas de sintaxis y ortografía vigentes, utilizando correctamente el lenguaje en la redacción, observando las reglas gramaticales y ortográficas de la Real Academia Española. Se busca que se omitan errores de sintaxis que provoquen interpretaciones erróneas o no deseadas de la norma y también se determina si la norma tiene o no impacto de género o uso de lenguaje discriminatorio.

Finalmente, se busca que el proyecto de ley tenga coherencia y concordancia; es decir, que la norma esté ordenada en su estructura de lo abstracto a lo concreto, de lo principal a lo secundario, de lo general a lo particular, de lo usual a lo excepcional y de lo sustantivo a lo adjetivo. La norma debe agrupar su articulado de acuerdo a su variedad temática y extensión, utilizando los siguientes niveles consecutivos: libro, título, capítulo, sección y párrafo, priorizando siempre la utilización de capítulos.

d) Análisis específico del contenido jurídico y estructura de la propuesta normativa

Además del análisis general, en la norma se establecen recomendaciones particulares relativas al contenido y su estructura, para ello se procede a realizar consultas internas; vale decir que se solicitan observaciones a las direcciones misionales según su competencia, se verifica la información en bases de datos institucionales y/o archivos institucionales, y también se realiza la consulta a fuentes externas mediante bibliotecas y/o centros de formación, las que son incluidas en la norma.

f) Presentación de proyecto de ley

Una vez generadas las observaciones correspondientes, es puesta en valoración del titular de la dirección y luego, una vez acogidos los cambios pertinentes emitidos por la directora, se presenta ante la autoridad máxima de la PGE, quien realiza una revisión exhaustiva y es quien determina la oportunidad de que se remita el proyecto a la entidad solicitante.

10.3.3. Caso Paradigma

La Dirección Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas ha asesorado en varias normativas a entidades públicas respecto a la aplicación de principios de técnica legislativa y parlamentaria, dentro de esa asesoría está la que se generó al proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, anteriormente nombrado como proyecto de Ley Orgánica de Recuperación de bienes de origen o destino ilícito o injustificado.

El proyecto fue presentado por un asambleísta mediante oficio No. FV-AN-0206-2019 de 22 de octubre de 2019 ante la Asamblea Nacional, al respecto la Secretaría General de la Asamblea Nacional, mediante memorando No. SAN-2019-1709 de 30 de octubre de 2019, con trámite No. 383998, solicitó la elaboración del Informe de la Unidad Técnica Legislativa previo a la calificación del Consejo de Administración Legislativa. El 15 de noviembre de 2019 se emitió el Informe no Vinculante No. 132-INV-UTL-AN-2019.

Mediante Resolución CAL-2019-2021-126 de 22 de noviembre de 2019 el Consejo de Administración Legislativa resolvió calificar el proyecto de Ley Orgánica de Bienes de Origen y Destino Ilícito e Injustificado. Con memorando No. SAN-CAL-2019-1958 de 26 de noviembre de 2019 se notificó a la Comisión Especializada Permanente de Participación Ciudadana y Control Social el contenido de la Resolución CAL-2019-2021-126 de 22 de noviembre de 2019 para que inicie el trámite legal correspondiente.

El asambleísta presidente de la Comisión Especializada Permanente de Participación Ciudadana y Control Social, mediante oficio No. 320-PR-CEPPCCS-AN-2020 de 8 de julio de 2020, remitió al ingeniero César Litardo Caicedo, Presidente de la Asamblea Nacional, el Informe para Primer Debate del proyecto de Ley orgánica de recuperación de bienes de origen o destino ilícito o injustificado, en el que se incluyó la confirmación del voto de los asambleístas miembros de la comisión.

Mediante oficio electrónico de 06 de octubre de 2020, el asambleísta Presidente de la Comisión Especializada Permanente de Participación Ciudadana y Control Social, requirió a la PGE su análisis respecto de incluir a la Procuraduría General del Estado como sujeto procesal dentro de la propuesta normativa antes mencionada. Con fecha 16 de octubre de 2020, la doctora Rosa Álvarez Ulloa, Directora Nacional de Iniciativa Legislativa e Investigaciones Jurídicas de la PGE, en comparecencia ante la Comisión Especializada Permanente de Participación Ciudadana y Control Social de la Asamblea Nacional, transmitió a los asambleístas ciertas observaciones al proyecto de ley.

Posterior a ello, el 16 de noviembre de 2020, la PGE remitió mediante oficio No. 11076 dirigido al presidente de la Asamblea Nacional, con copia al señor asambleísta Raúl Tello Benalcázar, Presidente de la Comisión Especializada Permanente de Participación Ciudadana y Control Social, el análisis correspondiente al proyecto de Ley orgánica de recuperación de bienes de origen o destino ilícito o injustificado.

Dentro de las observaciones generadas por parte de la PGE a la normativa, se estableció tanto un análisis general como específico y en relación a las observaciones específicas dentro de las más importantes, las siguientes:

- › En el artículo 10, en relación a los sujetos procesales, es necesario que se defina con claridad si el procedimiento de extinción de dominio es considerado como un proceso de acción pública penal; en cuyo caso, el ejercicio de la acción correspondería a la Fiscalía General del Estado. De lo contrario, se le estaría otorgando una facultad nueva a la Fiscalía General del Estado, que debería incluirse en los artículos 443 y 444 del Código Orgánico Integral Penal y en el artículo 195 de la Constitución de la República.
- › Por otro lado, el artículo 237, numerales 1 y 2 de la Constitución de la República, determinan que a la PGE le compete la representación judicial del Estado y el patrocinio de sus instituciones.
- › El proyecto de Ley orgánica de recuperación de bienes de origen o destino ilícito o injustificado establece, en el artículo 19, dos fases para el

procedimiento en mención: una fase reservada de investigación patrimonial, a cargo de la Fiscalía General del Estado; y una fase judicial, promovida por la Fiscalía y dirigida por un Juez.

- › De conformidad con la norma constitucional, al no tratarse de un proceso judicial, la Procuraduría General del Estado no podría intervenir en la primera fase de investigación, más aún cuando, por la naturaleza del proceso, no se determina todavía que el Estado sea víctima de la actividad ilícita.
- › Sin embargo, para la fase judicial, en los casos en los que se trate de defensa del interés público, deberá considerarse como sujeto procesal también a la Procuraduría General del Estado, representada por su máxima autoridad, a fin de que pueda intervenir en los actos procesales, presentar recursos impugnatorios y demás acciones jurisdiccionales o constitucionales derivadas de la acción de extinción de dominio. Además, se debe considerar la participación de las instituciones con personería jurídica, que de acuerdo al artículo 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, deben actuar directamente en los casos que les afectan.
- › En el artículo 66 se señala que los bienes y activos, sobre los cuales pesan medidas cautelares, serán devueltos al afectado previo descuento de costos y gastos en los que haya incurrido la administración.
- › El artículo atenta a varios derechos y principios establecidos en la Constitución de la República y el Código Orgánico Integral Penal, entre ellos, los principios procesales establecidos en el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, tales como el principio de inocencia, legalidad, entre otros.
- › Se recomendó que la condicionante para la devolución de los bienes sea eliminada, ya que, al respecto, la Corte IDH en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, expresó que la imposición de cargas adicionales (multas, fianzas, tributos, etc.) en perjuicio de una persona, constituye una violación al derecho de propiedad (Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador, Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179 párr. 115)

En sesiones virtuales Nos. 059, 060, 061, 062, 063, 064, 065, 066, 067 y 068, la Comisión Especializada Permanente de Participación Ciudadana y Control Social de la Asamblea Nacional analizó las observaciones y debatió el texto del Proyecto de Ley

Orgánica de Recuperación de Bienes de Origen o Destino Ilícito o Injustificado. En sesión virtual No. 069 de 16 de noviembre de 2020 se conoció, debatió y aprobó el informe para segundo debate, denominándola proyecto de Ley orgánica de extinción de dominio.

Es así que el 19 de enero de 2021, el pleno de la Asamblea Nacional conoció, debatió y aprobó el texto del proyecto de Ley orgánica de extinción de dominio, que fue puesto en conocimiento del Presidente de la República para que procediera a sancionar u objetar de forma fundamentada el contenido de dicha norma. Dentro de las acciones posteriores de la PGE, mediante oficio 12182 de 22 de enero de 2021, el señor Procurador Íñigo Salvador Crespo, remitió al señor Presidente de la República de ese entonces, Lenín Moreno Garcés, un análisis a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, en el cual se plasmó la preocupación de la PGE respecto a ciertas observaciones de relevancia que no fueron acogidas por los señores asambleístas. Un día antes del cumplimiento del plazo, el 19 de febrero de 2021, el presidente Lenín Moreno envió a la Asamblea Nacional las observaciones a la Ley de Extinción de Dominio y con ello objetó y vetó parcialmente a la norma.

Finalmente, por solicitud de la Presidencia de la República, en sesión ordinaria del 17 de marzo de 2021, el pleno de la Corte Constitucional, resolvió por unanimidad, que se declarara parcialmente procedentes ciertas objeciones presidenciales y además declaró la inconstitucionalidad por conexidad de ciertos artículos tales como el 7 literal a), 14 literales c) y d) y 19 literal a) del referido proyecto de Ley.

Fuentes

Bibliográficas

Aragón, Manuel. “La iniciativa legislativa”, en *Revista de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 16 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986).

Dorrego de Carlos, Alberto. “La iniciativa legislativa del gobierno: significado político y constitucional” en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 104 (Madrid: Cortes Generales del Reino de España, 2018).

García-Escudero Márquez, Piedad y otros. *Manual de Técnica Legislativa*. (Quito: Asamblea Nacional, 2014).

Meehan, José H. *Teoría y técnica legislativa*. (Buenos Aires: Depalma, 1976).

Restrepo Medina, Manuel Alberto. “Concepto y titularidad de la iniciativa legislativa”, en *Vniversitas*, núm. 118 (Bogotá: pontificia Universidad Javeriana, 2009).

Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge. “La iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos”, en *Nueva revista*, núm. 154 (Logroño: UNIR, 2015).



FUENTES



NORMATIVAS

Asamblea Nacional de la República del Ecuador, *COGEP*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador, *COIP*, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica del Ministerio Público*, Registro Oficial 26, 19 de marzo de 1997.

Congreso de la República del Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 335, 9 de junio de 1998.

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial No. 372, 19 de julio de 2001.

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004.

Congreso de la República del Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 de 22 de julio del 2008.

Presidente de la República del Ecuador, *Decreto Supremo No.188*, Registro Oficial 706, 2 de agosto de 1928.

Presidente de la República del Ecuador, *Decreto Supremo No. 547*, Registro Oficial 52, 2 de agosto de 1944.

Presidente de la República del Ecuador, *Decreto Supremo No. 735*, 23 de octubre de 1963, Registro Oficial No. 90, 28 de octubre de 1963.

Procuraduría General del Estado, *Resolución No. 084*, 23 de enero de 2008.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 008, Políticas administrativas para la gestión de la Dirección Nacional de Contratación Especial y Dirección Nacional de Contratación Pública, en el ejercicio del control de los actos y contratos, asesoramiento legal a las entidades, empresas y organismos del sector público y personas jurídicas de Derecho privado que dispongan de recursos públicos y capacitación en la normativa aplicable a la contratación del Estado*, Registro Oficial No.460, 01 de junio del 2011.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 094, Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial Edición Especial No. 63 de 29 de octubre de 2013.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 037, Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 673, 20 de enero de 2016.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 068, Estatuto Orgánico por Procesos de la PGE*, Registro Oficial No. 68, 24 de agosto de 2017.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 011*, Registro Oficial No. 397, 2 de enero de 2019.

Procurador General del Estado, *Resolución No. 024, Procedimiento para atención de consultas que se formulen a la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 532, 17 de julio de 2019.

República del Ecuador, *Constitución 1830*, Riobamba, Imprenta del Gobierno, octubre 1830.

República del Ecuador, *Constitución 1979*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

República del Ecuador, *Constitución 1997*, Registro Oficial 2, 13 de febrero de 1997.

República del Ecuador, *Constitución 1998*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

República del Ecuador, *Constitución 2008*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Servicio Nacional de Contratación Pública, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, 31 de agosto de 2016.



BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Feijoó, Felipe. *La materia transigible en la mediación del sector público*. (Quito: UASB-E, 2008).

Aguirre, Joaquín y Montalbán, Juan Manuel. *Recopilación compendiada de las Leyes de Indias*. (Madrid: Ignacio Boix, 1846).

Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia. *Política de Defensa Jurídica 2019 – 2020 APC-Colombia*. (Bogotá: APC, 2019).

Alvarado Bermúdez, Reinaldo. *Defensa judicial del Estado: Elementos para su construcción*. (Bogotá: Universidad Libre, 2012).

Alviar García, Helena, López Medina, Diego y Rodríguez Garavito, César. “Defensa judicial del Estado: ¿Justicia mediante el litigio?”, en *Dejusticia* (Bogotá: Dejusticia, 2005).

Amorós Vidal, Francisca. “El síndico personero: la voz del común”, en Ma. Cruz Gómez Molina (Coord.), *III Congreso Turístico Cultural del Valle de Ricote* (Madrid: Consejo Turístico Cultural Valle de Ricote, 2005).

Antúnez Sánchez, Alcides. “El control administrativo”, en *Revista Misión Jurídica*, vol. X, núm. 12 (Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2017).

Aragón, Manuel. “La iniciativa legislativa”, en *Revista de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 16 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986).

Arnau, Federico. *Lecciones de Derecho civil*. (Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: 2008).

Barra, Rodolfo. “Administración y Actividad Consultiva”, en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo* (Buenos Aires: Editorial RAP, 2006).

- Beck Varela, Laura y Solla, María Julia. *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho*. (Madrid: Dykinson, 2018).
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. *Derecho procesal administrativo ecuatoriano jurisprudencia, dogmática y doctrina*. (Quito: Andrade y Asociados, 2007).
- Bezzi, Osvaldo Héctor. “Los Actos de Administración: la Figura del Dictamen Jurídico”, en *REDEA: Derechos en acción*, año 3, núm. 9 (La Plata: Universidad Nacional de la Plata, 2018).
- Bielsa, Rafael. *Ciencia de la Administración*. (Buenos Aires: Depalma, 1955).
- Carbonell, Miguel. *Elementos de Derecho Constitucional*. (México: Fontamara, 2006).
- Carbasse, Jean. *Histoire du Parquet*. (Paris, PUF, 2000).
- Carré de Malberg, Mélanges. *El Espíritu de las Leyes y la Separación de Poderes*. (París: Eisenmann, 1933).
- Cassagne, Ezequiel. “La función consultiva jurídica en la Administración argentina”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, núm. 23 (Montevideo: UM, 2013).
- Cordero, Rafael. “El Progresismo”, en *Revista de la Universidad Católica*, núm. 29 (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1981).
- Córdova Pontón, Elizabeth. *Transigibilidad en el Derecho Ecuatoriano*. (Samborondón: UEES, 2016).
- Chiriboga, Paola. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006). “El paradigma del Derecho Administrativo blando: Un análisis del dictamen del Procurador General del Estado”. Tesis, Universidad San Francisco de Quito, 2019.
- Chiliquinga Castillo, Leónidas. *El papel de la Procuraduría General del Estado en la nueva estructura estatal*. (Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014).
- De los Santos, Adriana. *Derecho Civil*. (México: Red Milenio, 2012), astelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: 2008).
- Dermizaky Peredo, Pablo. “El Derecho Procesal Constitucional” en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 4 (Santa Cruz: Iuris Tantum, 2007).

- Díaz Gutiérrez, David. *Modelo de gestión jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*. (Bogotá: ULGC, 2014).
- Dirección Nacional del Centro de Mediación PGE, *Manual operativo del Centro de Mediación PGE* (Quito: PGE, 2007).
- Dorrego de Carlos, Alberto. “La iniciativa legislativa del gobierno: significado político y constitucional” en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 104 (Madrid: Cortes Generales del Reino de España, 2018).
- Eguía Casis, Alicia. *La Autonomía Presupuestaria*. (Veracruz: IIESCA, 2017).
- Esmien, Adhémarr. *Histoire de la Procedure Criminelle en France*. (Paris: Editions Panthéon Assas, 2010).
- Fernández, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. (Madrid: Civitas, 1994).
- Fernández Arroyo, Diego. “Propuesta para una evolución deseable de la competencia judicial internacional”, en Mario Oyarzábal (coord.), *Derecho procesal transnacional* (Buenos Aires: Ábaco, 2012).
- Fernández de Bujan, Federico. “Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en derecho romano”, en *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, núm. 7 (Madrid: UNED, 1994).
- Fernández Sessarego, Carlos. “El supuesto de la denominada ‘autonomía de la voluntad’”, en Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto (dir.), *Contratación contemporánea. Teoría general y principios* (Bogotá: Palestra y Temis, 2002).
- Fernández Toledo, Raúl. *Las Facultades y Deberes del Juez en Materia Probatoria* (Santiago de Chile: Editorial PuntoLex–Thomson Reuters, 2011).
- Fernández Vázquez, Emilio. *Derecho Público –Administrativo, Constitucional, Fiscal–* (Buenos Aires: Editorial ASTREA, 1981).
- Ferrer, Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional* (México: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003).
- Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José. *Derecho procesal* (México: UNAM, 1983).
- Font i Llovet, Tomás. “Órganos consultivos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 108 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985).

- Galindo, Álvaro. “Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador”, en *Iuris dictio*, vol. 2, núm. 4 (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2001).
- Grafe, Fernando. *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado?.* (Washington: BID, 2014).
- Granda Aguilar, Víctor. *El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador.* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016).
- Garcés, Jorge. *Libro de Cabildos de la ciudad de Quito 1597-1603.* (Quito: Talleres Tipográficos Municipales, 1937).
- García, Lucía. *Mediación: Prevención y alternativa al litigio.* (Madrid: Dykinson, 2003), 135-50.
- Martha Liliana Suárez Romero. *La mediación como procedimiento alternativo de solución de controversias en la contratación pública* (Quito: USB-E, 2017).
- García, Domingo. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional.* (Lima: Grijley, 2000).
- García-Escudero Márquez, Piedad y otros. *Manual de Técnica Legislativa.* (Quito: Asamblea Nacional, 2014).
- Gonzalo Quiroga, Marta. “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general” en Marta Gonzalo Quiroga, dir., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar.* (Madrid: DIKYNSON, 2006).
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, tomo VIII (Buenos Aires: FDA, 2013).
- Infante Caffi, María Teresa. “La solución judicial de controversias entre Estados” en *Revista Derecho*, núm. 41 (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987).
- Jara, María Elena. *El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador.* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018).
- Jequier Lehuédé, Eduardo. “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje” en *Revista Ius et Praxis*, año 21, núm. 2 (Talca: Universidad de Talca, 2015).
- Lázaro Guillamón, Carmen. “La transacción romana y el actual acuerdo de mediación”, en *Studia Prawnoustrojowe*, No. 25 (Olsztyn: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, 2014).

- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Teoría de la decisión judicial*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011).
- Macho Gómez, Carolina “Origen y evolución de la mediación: El nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, No. 3 (Madrid: Ministerio de Justicia, 2014).
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998).
- Meehan, José H. *Teoría y técnica legislativa* (Buenos Aires: Depalma, 1976).
- Mejía Azuero, Jean Carlo. *Situación, perspectivas y estrategias frente a la defensa del Estado: Hacia una propuesta integral de defensa jurídica*. (Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 2007).
- Merino Merchán, José Fernando. “La Constitución de 1812 y el arbitraje”, en *Revista de las Cortes Generales*, No. 85 (Madrid: Congreso de los Diputados, 2012).
- Meza Yances, Lays. “Favorabilidad en el derecho procesal del trabajo: aplicación estricta o ilimitada”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19, núm. 2 (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017).
- Miranzo de Mateo, Santiago. “Origen y evolución del concepto mediación”, en *Revista de Mediación*, No. 5 (Madrid: Universidad Carlos III, 2010).
- Montero Aroca, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional I*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016).
- Moreno, María Cristina. *La acción constitucional por incumplimiento de las sentencias*. (Quito: UASB-E, 2020).
- Nikken, Pedro. *El concepto de Derechos Humanos*. (Buenos Aires: UNLP, 2006).
- Nikken, Pedro. “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos” en *revista IIDH*, núm. 48 (San José: Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 2008).
- Murgas Torrazza, R. *El proceso laboral y su cometido en la aplicación de las normas de trabajo*. Conferencia magistral presentada en el XIX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.
- Núñez, Jorge y otros. *Historia de la Procuraduría General del Estado 1928 – 2008* (Quito: Trama, 2008).

- Oliva Santos, Andrés de la y Peiteado Mariscal, Pilar, *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva* (Madrid: UDIMA, 2014).
- Oppetit, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. (Bogotá: Legis/ Presses Universitaires de France, 2006).
- Operti Badán, Didier. “Algunas reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva”, en Mario Oyarzábal (coord.), *Derecho procesal transnacional* (Buenos Aires: Ábaco, 2012).
- Oyarte Martínez, Rafael. “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, en *Foro Revista de Derecho*, núm. 6 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006).
- Peña Gonzáles, Carlos. “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos” en *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997).
- Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*, (Madrid: Tecnos, 1986).
- Pérez Solano, Antonio. “El concepto y la naturaleza del arbitraje” en *Justicia*, núm. 32 (Barranquilla: Universidad Simón Bolívar, 2017).
- Picó i Junoy, Joan. “Los Principios del Nuevo Proceso Civil”, en Jaime Alonso-Cuevillas (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 1 (Barcelona: Ecomonist & Jurist, 2000).
- Prada, Mercedes de, y Carabante, José María. *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. (Madrid: Netbiblo, 2010).
- Puy Muñoz, Francisco. “La expresión «mediación jurídica»”, en Helena Sotelo Muñoz (Coord.), *Mediación y solución de conflictos*. (Madrid: Tecnos, 2017).
- Procuraduría General del Estado. *Visión crítica del arbitraje de inversiones desde la experiencia del Ecuador*. (Quito: Procuraduría General del Estado, 2016).
- Recisvinto. *Liber Iudiciorum: El Libro de los Juicios*. (Madrid: BOE, 2015).
- Restrepo Medina, Manuel Alberto. “Concepto y titularidad de la iniciativa legislativa”, en *Vniversitas*, núm. 118 (Bogotá: pontificia Universidad Javeriana, 2009).
- Rifá Soler, José María, Gonzalez Manuel y Riaño Brun, Iñaki, *Derecho procesal penal* (Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006).

- Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge. “La iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos”, en *Nueva revista*, núm. 154 (Logroño: UNIR, 2015).
- Romero Díaz, Héctor. *La conciliación judicial y extrajudicial*. (Bogotá: Legis, 2006).
- Ruiz, José Fabián. “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 37 (México: UNAM, 2017).
- Salvador Ayala, Sofía. *El ejercicio de la potestad de control en la fase precontractual de los procedimientos de contratación pública*. (Quito; Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019).
- Santos Anzuela, Héctor. “Derecho procesal del trabajo”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 10 (México: UNAM, 2010).
- Schilling, Mario. *Manual de Mediación*. (Santiago de Chile: Cuatro Vientos, 2002).
- Schmidt-Assmann, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. (Madrid: INAP–Marcial Pons, 2003).
- Secaira Durango, Patricio. *Teoría General del Derecho Administrativo*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003).
- Stella Álvarez, Gladys. “Diferencias entre conciliación y mediación”, en *Resolución alternativa de conflictos* (Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1997).
- Tellechea Bergman, Eduardo. “La jurisdicción internacional como condición para el reconocimiento del fallo extranjero”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIX, núm. 146 (México: UNAM, 2016).
- Unión Interparlamentaria. *Derechos Humanos* (Ginebra: Courand et Associés, 2016).
- Urrego Estrada, Alexandra. “La defensa jurídica y patrimonial del Estado colombiano: un reto institucional en el marco de la gubernamentalidad”, en *Ánfora*, vol. 22, núm. 38 (Manizales: UAM, 2015).
- Vásquez Palma, María Fernanda. “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”, en *Ius et Praxis*, vol.12, núm.1 / Talca: Universidad de Talca, 2006).
- Wobeser, Claus von. “El desarrollo del procedimiento arbitral”, en *Arbitraje Comercial Internacional* (México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A., 2006).

**PRECEDENTES**

Acosta Calderón vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 febrero de 2008.

Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de agosto de 2015.

Benavides Cevallos vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de junio de 1998.

Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 23 de agosto de 2013.

Mejía Idrovo vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 4 de septiembre de 2012.

Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de mayo de 2016.

Suárez Peralta vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de agosto de 2015.

Suárez Rosero vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 23 de junio de 2016.

Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Zalles Cueto vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 11.464, Informe de fondo de 23 de mayo de 2017.

C.A.P.M vs. ECUADOR. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comunicación N° 3/2014 Dictamen de inadmisibilidad de 20 de junio de 2014, aprobado por el Comité en su 58° período de sesiones.

Isaias Dassum vs. Ecuador Comité de Derechos Humanos. Comunicación N° 2244/2013, Dictamen adoptado por el Comité en su 116° período de sesiones.



SENTENCIAS NACIONALES

Sentencia No. 002-09-SAN-CC, de la Corte Constitucional para el período de transición, publicada en Registro Oficial 566 Suplemento, 8 de abril de 2009.

FUENTES



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Dirección:
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
Quito

Teléfono:
593 2 2941300

<http://www.pge.gob.ec/>

ISBN: 978-9942-834-52-2



9 789942 183452