

La posverdad de los pronunciamientos del Procurador General del Estado

The post-truth of the State Attorney General's Pronouncements

Andres Sebastian Moreta Neira¹
Investigador Jurídico Independiente.

Información del artículo

Original – Ruptura, 2023

Artículo recibido / Received: 19 de noviembre de 2023

Artículo aceptado / Accepted: 25 de marzo de 2024

DOI: 10.26807/rr.v4i4.121

Resumen: Este artículo académico cuestiona el alcance de la competencia del Procurador General del Estado para absolver consultas jurídicas con carácter vinculante a las instituciones públicas, prevista en el artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador. Esencialmente, supone que dichas absoluciones de consultas, aunque tienen un carácter de obligatoriedad no lo tienen de generalidad.

Sin embargo, el sostener esta posición conlleva enfrentarse a la verdad hegemónica promulgada por un sector de la doctrina e inclusive fallos de la Corte Constitucional, que les ha otorgado ambos caracteres: obligatoriedad y generalidad.

Así, se demuestra cómo las ideas de la verdad hegemónica sobrepasan de ser un mero asunto del Derecho Administrativo relacionado con la competencia de un funcionario público, a romper el orden constitucional ecuatoriano; por lo que se cuestiona, que la Corte Constitucional (aún en su conformación actual) no solo que no lo haya advertido, sino que promulga esta posverdad en sus fallos, al admitir contra estos pronunciamientos acciones públicas de inconstitucionalidad o acciones por incumplimiento.

Palabras clave: Procuraduría General del Estado, absolución de consultas, principio de obligatoriedad y generalidad, acción por incumplimiento, acción de inconstitucionalidad

Abstract: *This academic article questions the scope of the State Attorney General's jurisdiction to respond to binding legal queries to public institutions, as provided for in article 237, paragraph 3, of the Constitution of the Republic of Ecuador. Essentially, it assumes that such acquittals of consultations, although binding in nature, are not general.*

¹ Abogado (PUCE), Magíster en Derecho Administrativo (UBA) y Especialista en Contratación Pública (UCE). Profesor de Derecho Administrativo I y II en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y autor de las obras jurídicas: “Procedimiento Administrativo y Sancionador en el COA”; “El Silencio Administrativo en el COA” y “Derecho Administrativo Ecuatoriano”.

However, upholding this position entails confronting the hegemonic truth promulgated by a sector of the doctrine and even rulings of the Constitutional Court, which has granted them both characteristics: binding and generality.

Thus, it shows how the ideas of hegemonic truth go beyond being a mere matter of the Administrative Law related to the competence of a public official, to breaking the Ecuadorian constitutional order. Therefore, it is questioned that the Constitutional Court (even in its current form) not only that it has not warned it, but promulgates this post-truth in its rulings, by admitting public actions of unconstitutionality or actions for non-compliance against these pronouncements.

Keywords: *State Attorney General, acquittal of consultations, generality and binding principles, action of non-compliance, action of unconstitutionality.*

Introducción

“Una mentira repetida mil veces se convierte en una verdad” es una frase acuñada por el jefe de propaganda nazi, Jossep Goebbels, y aunque mucho repudiamos sus estragos en la historia de la humanidad, bien nos servimos de sus estrategias para mantener o aumentar el poder.

Este artículo se titula “la posverdad...” porque alude a esa interpretación a conveniencia del poder que llega a establecerse como una verdad hegemónica, que todos aceptamos sin cuestionamientos. Específicamente nos referimos a la facultad del Procurador General del Estado (PGE) para absolver consultas sobre la inteligencia o aplicación de la ley con el carácter vinculante (componente de obligatoriedad), a la cual la doctrina, la Corte Constitucional y la paciencia -o desinterés- del foro ecuatoriano le han añadido el ingrediente de generalidad (para todo el sector público), asignándole un superpoder que ni la Constitución ni la ley han conferido.

Por lo tanto, este artículo se propone a través de un ejercicio dialéctico (tesis hegemónica – antítesis – síntesis) poner en duda la posverdad sobre los pronunciamientos del PGE, bajo la premisa principal de que, ese ideal rompe nuestro orden constitucional.

La verdad y el poder no pueden viajar juntos por largo rato, dice Harari (2018) “Si tenemos poder en algún momento tendremos que difundir ficciones. Si queremos saber la verdad sobre el mundo, en algún momento tendremos que renunciar al poder” (p.267).

Por tanto, señor/a Procurador/a General del Estado: ¡Prepárese para perder poder, al tiempo que nosotros ganamos la verdad!

I. La tesis hegemónica: los pronunciamientos del PGE son vinculantes para toda la administración pública

Por disposición de los artículos 235 y 237 de la Constitución de la República del Ecuador, la Procuraduría General del Estado (PGE) es un organismo técnico, autónomo y jurídico, cuyas principales competencias son: a) el patrocinio jurídico del Estado y sus

instituciones; b) la absolución de consultas jurídicas "...a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley..."; y, c) el control de legalidad de los contratos del sector público. (CRE, 2008)

En el presente ensayo nos centraremos en la segunda de estas competencias, cuyo alcance se ha ido ampliando a base de doctrina y fallos de la Corte Constitucional que han ido construyendo esta verdad hegemónica.

Sin embargo, esta facultad consultiva a favor de la PGE no es originaria de la Constitución de 2008, pues ya estaba reconocida en su predecesora, aunque sin expresar el carácter vinculante de las absoluciones de consulta². En cambio, a nivel legal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (LOPGE) -expedida al amparo de la Constitución de 1998- dispuso en sus artículos 3 letra e) y 13 la competencia para absolver consultas jurídicas sobre la inteligencia o aplicación de la ley con carácter vinculante para la Administración Pública.

Una interpretación de Rafael Oyarte amplió los alcances de esta competencia para concluir, que estos pronunciamientos son vinculantes para "toda" la Administración Pública. En efecto, el autor que refiero, en su artículo titulado: "Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado" señala:

Ahora bien, se debe tener presente que la ley no señala que la obligatoriedad del pronunciamiento sea solo para la entidad consultante, sino para la administración pública, razón por la cual, en apariencia por lo menos, nos encontramos frente a un acto que no es de efecto particular (Oyarte, 2006, p.90).

Así, en los posteriores pasajes de su artículo académico, Oyarte toma como cierta dicha generalidad, en un precepto donde la ley no incluye la palabra "toda", y se propone analizar la naturaleza jurídica de dichos pronunciamientos, descartando unas y otras categorías de las actuaciones administrativas. Por ejemplo, dice que: "Si se toma al pronunciamiento del Procurador General del Estado como obligatorio para toda la administración pública se puede señalar que tiene el carácter de permanente" (Oyarte, 2006, p. 192). O "Del mismo modo, el hecho de que el dictamen sea obligatorio, para toda la administración pública, deja fuera de una eventual caracterización del pronunciamiento como un acto de simple administración" (Oyarte, 2006, p. 212).

Aunque las reflexiones académicas de Rafael Oyarte son valiosas por ser pionero en abordar este tema hace más de 17 años³ y, plantear cuestionamientos sobre la extraña naturaleza de la competencia consultiva del Procurador General del Estado, fueron también

2 Constitución Política del Ecuador de 1998: Art. 216.- Corresponderá al Procurador General el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley.

3 Aunque el artículo académico de Rafael Oyarte data del año 2006, las mismas reflexiones han sido incorporados en sus textos actuales, por lo que sus ideas se han mantenido. Ver: Oyarte, R. (2022). Derecho Constitucional. Cuarta Edición. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. P.1329 y ss.

la base para que se establezca una nueva tesis hegemónica que entregue a este funcionario público potestades exorbitantes que rompen el orden constitucional.

Así, tres años más tarde, la Corte Constitucional para el Período de Transición expidió la sentencia No. 002-009-SAN-CC por medio de la cual conoció una acción por incumplimiento en contra de la PGE, por existir una disconformidad en los accionantes sobre el contenido del oficio de absolución de consulta N°1421. Aunque la Corte desestimó la acción por incumplimiento, al señalar que si el PGE había expedido el oficio de consulta entonces cumplió con sus obligaciones constitucionales y legales, un asunto que la Corte también abordó fue la eventual inconstitucionalidad (no incumplimiento) del contenido del pronunciamiento.

No obstante, el primer filtro a superar por parte de la Corte Constitucional era verificar su competencia que, en este caso debía ser de oficio, ya que los accionantes no propusieron una acción de inconstitucionalidad, sino por incumplimiento. Así, la Corte empezó el trajinar argumentativo para justificar que los pronunciamientos del PGE son actos normativos y, por tanto, estaba facultada para conocer de oficio respecto de su inconstitucionalidad, al amparo del artículo 436 numeral 3 de la Constitución que incluye como una de sus competencias: “Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución” (CRE, 2008).

a. Naturaleza jurídica de los pronunciamientos del PGE según la tesis hegemónica

En esta tarea, al igual que hizo Rafael Oyarte, la Corte Constitucional se propuso un ejercicio de descarte de las categorías de actuaciones administrativas, que -según la doctrina española que siguió la Corte- existen: a) disposición o normativa; b) acto o resolución; y c) contrato⁴.

En ese propósito, la Corte descarta que se trate de un acto administrativo porque el pronunciamiento del PGE carece de efectos individuales y directos; y hace lo propio con la figura del contrato porque no existe una voluntad bilateral. Para analizar si se trata de una norma o no, la Corte encuentra un detractor, que es Rafael Oyarte, quien niega la naturaleza jurídica de acto normativo a los pronunciamientos del PGE, por tres razones:

- i. *No es norma porque solo obliga a la administración pública y no a los particulares.*

4 La Corte Constitucional acudió al texto de Alfredo Gallego Anabitarte, Ángel Menéndez Rexach, y otros (2001) “Acto y procedimiento administrativo” Editorial: Marcial Pons. Sin embargo, es necesario indicar que la doctrina española generalmente trata dentro de los actos administrativos a los actos de trámite o y los de simple ordenación, los cuales según la legislación ecuatoriana de ese momento, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se encontraban regulados como actos de simple administración, dictámenes e informes, y es común que la doctrina ecuatoriana no los trate como especies del acto administrativo, sino como una figura separada.

Sin embargo, la Corte señala que, cuando finalmente se aplica este pronunciamiento en la decisión administrativa que se adopta a base del pronunciamiento del PGE, ya se estaría afectando al particular.

ii. No es norma sino una opinión de cómo aplicarla sin sustituir al Congreso o Corte Suprema.

A criterio de la Corte, Rafael Oyarte está negando el “ser” con el “deber ser”, porque no considera que las leyes suelen ser oscuras y, es justo por ello, que el PGE debe aclararlas. Incluso, la Corte señala que el PGE crea derecho objetivo: “por qué modifica el régimen de supuesto de hecho, de deberes y de derechos” (CCE, Sentencia 002-009-SAN-CC, 2009, p.23).

iii. No es una norma porque no hay jerarquía normativa en el artículo 425 de la Constitución.

La Corte de forma somera indica que el artículo 425 de la Constitución en su último nivel de jerarquía contempla a “los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. Sin embargo, esta premisa de la Corte de Transición es absurda, porque al colocar al final de la lista del artículo 425 de la CRE a la opinión de la PGE sobre la inteligencia o aplicación de una ley, implicaría que esa opinión debe guardar observancia a todas las normas infra legales y, por tanto, al no poder contradecirlas, por ser inferior, su opinión sobre la inteligencia de la ley estaría inclusive determinada por reglamentos, acuerdos, actos administrativos, etc.

Con estos argumentos, la Corte Constitucional de Transición llegó a concluir que los pronunciamientos del PGE son actos normativos, y, por tanto, era procedente que este organismo jurisdiccional realice su control de constitucionalidad a base de la competencia prevista en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución.

Más adelante, en el conocido caso Quiport, la Corte Constitucional de Transición dictó la sentencia No.003-09-SIN-CC de 23 de julio del año 2009, en la que analizó los pronunciamientos del PGE contenidos en los oficios No. 5569 y 5929, por una demanda de inconstitucionalidad en su contra, que presentó la Contraloría General del Estado. En este caso, la Corte Constitucional se atribuyó la competencia, por el numeral 4 y no el 3 del artículo 436, como había hecho en el caso previo, aunque en el apartado sobre la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del PGE de su sentencia, citó textualmente la misma motivación de la sentencia anterior que había calificado a dichos pronunciamientos de actos normativos y ahora, se indicaba que eran actos administrativos de efectos generales⁵.

La tesis se volverá hegemónica no solo con el paso del tiempo, sino al perpetuarse en siguientes fallos del mismo organismo, aún con distinta conformación de magistrados. Así, la Corte Constitucional en la sentencia No.45-17-AN/21 del 18 de agosto del año 2021, indicó que los pronunciamientos del PGE pueden ser: actos normativos o actos

⁵ He sostenido la tesis que los actos administrativos de efectos generales son una categoría innecesaria y que deben ser asimilados a los reglamentos (Moreta, 2023, p.91-92). Sin embargo, se evidencia que la Corte Constitucional al usar una misma motivación para concluir que los pronunciamientos del PGE son dos figuras jurídicas distintas, denota su falta de prolijidad en sus fundamentos jurídicos.

administrativos de efectos generales, según cada caso, pero en ambos es procedente la acción por incumplimiento o la acción de inconstitucionalidad, según corresponda. (CCE, Sentencia No.45-17-AN/21, 2021, párr.33)⁶.

b. Reformas a la Ley de la PGE provocadas por la tesis hegemónica

Regresando a la primera sentencia No. 002-009-SAN-CC, la Corte Constitucional, además del examen de constitucionalidad del pronunciamiento del PGE, se planteó el de la propia Ley Orgánica de la PGE. Este análisis comenzó por dilucidar lo que podemos entender por la inteligencia o aplicación de normas constitucionales, legales, etc.:

En tal virtud, se toma evidente que el juicio de aplicabilidad e inteligencia que realiza el Procurador General del Estado, en ejercicio de su competencia prevista en los artículos 3 literal e y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, constituye un auténtico ejercicio de interpretación legal e incluso constitucional. (Énfasis añadido) (CCE, Sentencia 002-009-SAN-CC, 2009, p.34).

La Corte declaró la inconstitucionalidad de las palabras “normas constitucionales” en el artículo 3 de la LOPGE que dispone que el PGE puede “inteligenciar o decir cómo se aplican las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico” bajo el argumento de que según el artículo 436 numeral 1 de la Constitución, la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación constitucional y, por tanto, el PGE no puede entrometerse en dicha tarea.

Más adelante, en la sentencia No. 003-13-SIN-CC que se dictó en el marco de una demanda de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo N°813 que dispuso la compra de renuncias obligatorias en el sector público, la Corte Constitucional volvió a revisar la constitucionalidad, esta vez, del artículo 13 de la LOPGE, específicamente en la última parte donde se establece que el PGE no podrá ser consultado:

Cuando se trate de 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 el Tribunal Constitucional (LOPGE, 2004, art. 13).

La Corte, tomando en cuenta la primera sentencia reductora (No. 002-009-SAN-CC) consideró que, si el PGE ya no puede interpretar normas constitucionales y el territorio de su competencia se mantiene solo dentro del ámbito de la legalidad, si una entidad estatal propone una acción ante la Corte Constitucional donde se tratan asuntos de constitucionalidad, no hay razón para que se impida que el PGE cumpla con su competencia, ya que su absolución no se va a solapar con la eventual sentencia, porque son juicios (de constitucionalidad y legalidad) distintos.

⁶ El exjuez constitucional Ramiro Ávila emitió un voto salvado al no compartir la tesis de sus colegas respecto de que los pronunciamientos del PGE puedan ser objeto de las acciones por incumplimiento, dado que, a su entender, no son actos normativos.

Por tanto, la Corte declaró inconstitucional la frase: "...incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional", lo cual constituye nuevamente un error en la comprensión de la competencia del PGE, que se origina por, previamente, haberles atribuido el carácter normativo a sus pronunciamientos.

II. La antítesis: los pronunciamientos del PGE solo vinculan a la administración pública consultante

a. La naturaleza jurídica de los pronunciamientos del PGE según la antítesis

Si bien en los distintos pasajes de la sentencia 002-009-SAN-CC, la Corte Constitucional de Transición hizo referencia a los pronunciamientos del PGE como un dictamen⁷, en su análisis de descarte respecto de la categoría jurídica administrativa dentro del cual se incluyen, nunca consideró a los actos de simple administración. En principio, tanto el ERJAFE en su artículo 71 (norma vigente al tiempo de la sentencia), cuanto COA en su artículo 122 (norma vigente a la fecha) prevén que los dictámenes son actos de simple administración que coadyuvan a la formación de la voluntad administrativa, es decir, sirven de antecedente al acto administrativo.

Para Rafael Oyarte, los pronunciamientos del PGE no pueden ser actos de simple administración porque: a) son vinculantes y, por tanto, no son consultivos; y, b) son vinculantes para toda la administración pública (2006, p. 212).

No compartimos esta opinión porque, en primer lugar, lo que define la naturaleza jurídica del dictamen como acto de simple administración son sus efectos indirectos y no, su carácter de vinculante o no. De hecho, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano podemos encontrar que el ejercicio de la facultad consultiva y el aspecto de la obligatoriedad del dictamen pueden ir de la mano, por ejemplo: la absolución de consulta vinculante que realiza el Servicio de Rentas Internas prevista en el artículo 135 del Código Tributario, o los dictámenes de la propia Corte Constitucional según el artículo 438 de la Constitución.

En cambio, la segunda oposición de Rafael Oyarte parte de una errónea interpretación de la ley, porque se ha apresurado a señalar que los pronunciamientos del PGE son vinculantes para "toda" la administración pública, aun cuando el tenor de los artículos 3 y 13 de la LOPGE no incluye expresamente dicha palabra. Es justamente esa errónea interpretación la que esta antítesis va a rebatir, en las líneas que siguen.

Así, aunque la Corte Constitucional, decidió optar por una categoría distinta (acto normativo), al fundamentar sobre los efectos de incumplir un pronunciamiento del PGE, los

⁷ Por ejemplo, al determinar los problemas jurídicos a resolver en el caso, la sentencia indica: La emisión de un dictamen del Procurador General del Estado ¿puede afectar situaciones jurídicas firmes creadas al amparo de un dictamen anterior? La irretroactividad de los dictámenes emitidos por el Procurador General del Estado. (Pág. 15 del Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009)

trata como actos de simple administración, cuya inobservancia genera una violación de procedimiento:

Cabe recordar, que de conformidad con el artículo 3 literal e de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, los pronunciamientos del Procurador son de obligatorio cumplimiento para la administración pública, so pena de viciar el acto que se dicta inobservando el procedimiento (CCE, Sentencia 002-SAN-CC, 2009, p. 14).

Es decir, dichos pronunciamientos hacen parte del procedimiento administrativo previo a la toma de la decisión, pero al ser vinculantes, la decisión (acto administrativo) que lo desconoce viola el procedimiento. Por tanto, el pronunciamiento del PGE coadyuva a formar la voluntad administrativa, que es justamente la función de los actos de simple administración.

b. La usurpación de funciones a otras autoridades democráticas

El artículo 13 de la LOPGE prevé que la facultad consultiva del PGE se ejercerá “sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley...” ante lo cual, si la propia Corte Constitucional ha indicado que en ejercicio de esta competencia el PGE estaría realizando una interpretación de las normas jurídicas⁸ (salvo las constitucionales porque ya declaró la inconstitucionalidad reductora de la ley), en ningún caso se estarían respetando las competencias de los otros organismos a cuya interpretación normativa la Constitución y la ley les dan prevalencia como son la Asamblea Nacional y el Pleno de la Corte Nacional.

Seguro al detectar este solapamiento de competencias, el exjuez constitucional Ramiro Ávila dictó un voto salvado en una acción constitucional por incumplimiento de pronunciamientos del PGE, sobre la base de que los mismos no son objeto de dicha garantía constitucional, siendo una de sus principales objeciones el hecho de que a estos dictámenes se haya otorgado carácter normativo:

Si se le otorga el valor de una ley, resultaría que la opinión de un órgano estatal reemplazaría al del órgano competente para expedir normas de carácter general y obligatorio. La opinión del PGE no tiene los resguardos procedimentales ni las necesarias deliberaciones para expedir normas generales y abstractas con el mismo valor que una ley. De ahí que las opiniones del PGE no pueden ser definitivas y pueden ser superadas si hay una interpretación auténtica por parte de quien tiene competencia para expedir la norma (Sentencia No.45-17-AN, Voto Salvado Juez Constitucional Ramiro Ávila Santamaría, párr.10).

Por otro lado, refiriéndonos exclusivamente a la potestad reglamentaria (infra legal), la misma se ha entregado en forma general para todas las leyes solo al presidente de la

⁸ Recordemos que en la sentencia 002-009-SAN-CC (página 34) la Corte Constitucional indicó: “En tal virtud, se toma evidente que el juicio de aplicabilidad e inteligencia que realiza el Procurador General del Estado, en ejercicio de su competencia prevista en los artículos 3 literal e y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, constituye un auténtico ejercicio de interpretación legal e incluso constitucional”.

república en el artículo 147 numeral 13 de la Constitución. En cambio, para que otras autoridades administrativas puedan reglamentar las leyes se requiere habilitación expresa, al ser esta potestad un ejercicio material de la facultad legislativa, como lo ha expresado nuestra jurisprudencia⁹, y actualmente lo ratifica el artículo 130 del Código Orgánico Administrativo: “La competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe estar expresamente atribuida en la ley” (COA, 2018).

Por tanto, aceptar el reconocimiento que la Corte Constitucional le hace a los pronunciamientos del PGE como norma que interpreta la ley, implica, que la competencia exclusiva del presidente de la república sea compartida con el PGE.

El tema tampoco es una vía de escape para pensar que los pronunciamientos pueden ser considerados como actos administrativos de efectos generales. Esto, porque en virtud del artículo 98 y 128 del COA que regulan los actos administrativos y los actos normativos, respectivamente, ambas figuras producen efectos jurídicos directos, pero los primeros clásicamente con alcance individual y, los segundos con alcance general. Así, los actos administrativos de efectos generales son a fin de cuentas un instrumento administrativo para producir efectos jurídicos directos de alcance general, siendo, por tanto, sustancialmente idénticos al acto normativo.

En nuestra última obra jurídica evidenciamos los estériles esfuerzos de la Corte Constitucional por dar cabida y sentido a la figura de los actos administrativos de efectos generales:

Sin embargo, es menester aquí plantear nuestra principal objeción a la existencia de los actos administrativos de efectos generales y, es justamente su efecto de temporalidad y agotamiento, que al tener que ser cuestionados por la vía de la acción de inconstitucionalidad según el artículo 436. 4 de la Constitución es probable (o mejor dicho seguro) que cuando lleguen a resolverse por el alto tribunal constitucional sus efectos ya se habrán consumado. Si a ello le sumamos lo que sostiene la Corte en el sentido que: “El control constitucional de actos administrativos con efectos generales no tiene como propósito reconocer derechos subjetivos en situaciones jurídicas concretas...” entonces la protección contra estos instrumentos se torna una quimera y, por el contrario si la consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad del acto administrativo de efectos generales tiene por objeto su derogatoria con efectos futuros (Art. 96 LOGJCC) al igual que los del reglamento, es un argumento más para identificar ambas figuras, en lugar de diferenciarlas (Moreta, 2023, p.92).

III. La síntesis: la verdad sobre la competencia consultiva del PGE

⁹“La facultad reglamentaria, entonces, es exclusiva del presidente de la República, la cual no puede ser delegada bajo el principio “delegata potestas non delegatur” y del principio constitucional de la división de las funciones del Estado, ya que, al dictarlas el Ejecutivo anexa a sus funciones propias de sí, también las otras privativas de la función legislativa”. Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Resolución No. 164-2010 de fecha 25 de mayo de 2010 dentro del juicio 309-2008. Caso Agip Vs. Ministerio de Energía y Minas.

a. El principio de legalidad en la absolución de consultas versus el rol del abogado en el patrocinio estatal

Recordemos que según el artículo 237 de la Constitución al PGE le corresponden, entre otras, las competencias de patrocinio de las instituciones del Estado y su asesoramiento a través de consultas vinculantes. El vocablo “procurador” se asigna generalmente como sinónimo de abogado, por tanto, el PGE es el abogado de las instituciones estatales y, en tal virtud ejerce las competencias referidas en su favor.

En esa línea, pensemos cuál fue el motivo por el que el artículo 13 de la LOPGE establezca un límite para que el PGE pueda ejercer la facultad de absolución de consulta “...cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis”. Lo cual no tiene que ver con lo que la Corte Constitucional sostuvo en el caso Quiport respecto de que el PGE no es el intérprete autorizado de la norma constitucional, **sino con la distinción entre las competencias que le corresponden a la PGE, y el distinto momento en que ambas se ejercitan.**

Así, tenemos que al absolver consultas vinculantes la PGE debe guardar estricta sujeción al principio de legalidad, según lo prevé el artículo 13 de la LOPGE, buscando que los actos administrativos de la institución a la cual está asesorando hagan lo propio, y por ello sería impensable que se pueda desconocer el pronunciamiento que se ha dictado en el marco de lo que el abogado del Estado, el PGE, considera es lo legal, y, por ende, contradecirlo sería, hacer lo ilegal.

En cambio, cuando se ha trabado un juicio en contra de una institución estatal porque un particular la demande ante la justicia contencioso administrativa e inclusive constitucional, aduciendo que sus actos administrativos tienen vicios de legitimidad, el PGE no podría reconocer la tesis del particular (suponiendo que tiene la razón en Derecho y es la que más se ajusta al principio de legalidad) sino que, a pesar de dicha incorrección legal debe acudir a defender los intereses de su cliente: la institución estatal. Por ello señala Efraín Pérez refiriéndose a la Procuraduría General del Estado, que: “La obligación de la defensa del estado prevalece sobre su teórica defensa de legalidad, pues la una y la otra pueden llegar a ser incompatibles” (Pérez, 2019, p.117).

De esta forma, podemos concluir que, en efecto, el PGE tiene la competencia para absolver consultas sobre la inteligencia o aplicación de las leyes y, mientras lo hace realiza un trabajo de interpretación que será obligatorio para la institución que le ha consultado. Sin embargo, eso no quiere decir que su interpretación sea autorizada o que deba incorporarse al derecho objetivo, pues el PGE realiza la misma función que haría cualquier abogado a favor de su cliente, donde para brindar una solución a un caso jurídico debemos interpretar las normas, inclusive las constitucionales que hacen parte del sistema jurídico ecuatoriano.

Pensar en contrario, llevaría al absurdo de que por existir intérpretes auténticos de la Constitución (Corte Constitucional) o de las leyes (Asamblea Nacional), los abogados

tendríamos que esperar sus pronunciamientos porque serían los únicos que pueden interpretar normativa, cuando en esencia, es ese el trabajo del jurista a veces por espontaneidad y a veces por obligación, como cuando se interpone un recurso de casación por errónea interpretación de preceptos jurídicos y tenemos que explicar cuál es la correcta interpretación de la ley.

Bajo esta misma línea de pensamiento, la Constitución no establece límites entre el PGE y esos intérpretes auténticos -pues no tendría por qué hacerlo si hemos dilucidado que su trabajo interpretativo es solo de alcance individual- sino frente a otros organismos a quienes el legislador también les ha entregado la facultad consultiva a casos particulares, por ello indica el texto constitucional, que el PGE: “no puede emitir pronunciamientos en temas que la Constitución y la Ley otorguen a otros organismos”. Por ejemplo, el artículo 135 del Código Tributario, faculta que el Servicio de Rentas Internas pueda absolver consultas en el campo tributario; o, el artículo 110 del Código del Trabajo le otorga competencia al Ministerio del Trabajo para absolver consultas en materia de utilidades.

Tan cierto es que el PGE no legisla (ni reglamenta) que el artículo 13 de la LOPGE indica que “las entidades del estado tienen la obligación de pedir la reconsideración del dictamen si es que el dictamen del procurador fuera contrario a los intereses institucionales” dejando en evidencia nuevamente, que se trata de un asesoramiento como aquel que brinda el abogado a su cliente, porque la norma no expresa que se solicite reconsideración cuando se afecte a la legalidad (pues se entiende que el PGE es el más capacitado en ello, a fin de cuentas es el abogado del Estado) sino, cuando afecte a los intereses institucionales, es decir: las razones de oportunidad, mérito o conveniencia; por ejemplo, porque previamente ya se tomaron algunas decisiones en sentido contrario al asesoramiento de la consulta, etc.

De esta forma, pensar que una absolución de consulta que se construye sobre la base de la legalidad, pero también de la oportunidad (intereses institucionales)¹⁰ del consultante, pueda llegar a constituir derecho objetivo para toda la administración pública, resulta poco razonable, pues el momento o sentir político de la autoridad a cargo al momento de efectuar la consulta marcaría el compás del ordenamiento jurídico, dictando el PGE normas a la carta.

b. La primera forma de interpretación de la ley es la literal

El artículo 3 de la LOPGE expresa que: (...) “El pronunciamiento será obligatorio para la administración pública sobre la materia consultada en los términos que se indican en la ley”; mientras que el artículo 13: (...) el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes...”

¹⁰ Se debe considerar que el principio de especialidad de la competencia administrativa implica que cada administración pública tutele intereses públicos distintos, y que no solo son diversos de los que tutelan otras administraciones públicas (de ahí la razón de su existencia, pues si todas hicieran lo mismo no tendría sentido la multitud), sino que en algunos casos pueden llegar a ser intereses opuestos, como por ejemplo, los de la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado; por ello, el Código Orgánico Administrativo, en su artículo 28, expone como una excepción al principio de colaboración cuando la asistencia requerida por otra administración pública causaría perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones.

Sería contravenir el tenor expreso de la ley pensar que los pronunciamientos del PGE no son vinculantes. No obstante, el carácter de obligatorio y general son dos cosas distintas y, sobre el segundo de ellos no encontramos que la ley indique expresamente que las absoluciones de consultas del PGE tengan efectos para “toda” la administración pública, como lo indicó primero, Rafael OYARTE y posteriormente, recogió la Corte Constitucional al otorgarle una categoría normativa.

Por “administración pública” entendemos una persona jurídica de Derecho Público que ejerce función administrativa y crea relaciones jurídicas con otra administración pública o, con un particular. Por ello, el artículo 42 de COA señala que el ámbito de aplicación de dicha ley se extiende a: “La relación jurídico-administrativa entre las personas y las administraciones públicas” y, por tanto, como toda relación jurídica, la misma se establece entre dos sujetos, dos personas jurídicas. Así, al usar el vocablo “administración pública” se refiere a un sujeto y no al conjunto de todas las personas jurídicas que conforman el sector público.

Una idea en contrario podría darnos a pensar que por disposición del artículo 44 del COA: “La administración pública comprende las entidades del sector público previstas en la Constitución de la República” al utilizar el vocablo “administración pública” se alude a toda ella en su conjunto como sinónimo de sector público. Sin embargo, una interpretación razonable, por los motivos expuestos en los acápites anteriores y el que vamos a exponer en éste, nos debe llevar a la conclusión de que el artículo no alude a todas en conjunto, sino a cualquiera de las que conforman ese conjunto llamado sector público.

En lo pertinente la norma que analizamos indica: “El pronunciamiento será vinculante para la Administración Pública”, por lo que el uso del artículo definido determinado: “la”, según las reglas gramaticales de la Real Academia de la Lengua Española, es aquel que: “antecede siempre al sustantivo y su función principal es asociar el contenido semántico de este con un referente concreto, consabido por los interlocutores” (RAE,2023, párr.1). En el caso concreto, diríamos el sujeto consabido por los interlocutores es la administración pública que consulta y no todo el sector público que se mantiene ajeno a la relación, más aún si consideramos que cada administración pública es una persona jurídica distinta.

c. La publicación en el Registro Oficial de los pronunciamientos no los vuelve norma

Un punto que no puede quedarse sin ser abordado en este ensayo es respecto de la publicación en el Registro Oficial que la disposición final primera de la LOPGE establece para los extractos de las absoluciones de consultas del PGE.

Si hemos sostenido que estos pronunciamientos no constituyen derecho objetivo y, por tanto, solo son vinculantes para la administración pública que consulta ¿Por qué deberían publicarse en el Registro Oficial? Varias pueden ser las razones, como, por ejemplo, que aun cuando los pronunciamientos del PGE no son vinculantes para toda la administración

pública, sí puedan servir de guía o referencia para aclarar cierta oscuridad de las leyes, dado que, se trata de una voz autorizada, a fin de cuentas, es el abogado del Estado, quien ha sido designado por un concurso de méritos y oposición.

No consideramos que esta forma de publicidad reemplaza a su notificación directa a la administración pública que planteó la consulta, pues una vez que ello suceda, ésta contará con quince días para solicitar la reconsideración según lo prevé el artículo 13 de la LOPGE.

Siendo así, la publicación de los extractos de los pronunciamientos del PGE en el Registro Oficial no hace que estos adquieran naturaleza jurídica normativa; y, aunque el artículo 215 del ERJAFE prohíbe su publicación (por no ser actos normativos), una ley de rango jerárquico superior (LOPGE) manda a publicar en este órgano dependiente de la Corte Constitucional, no solo las absoluciones de consultas, sino inclusive las resoluciones administrativas que expida el PGE, los que claramente no tienen la calidad de actos normativos, pero se publican por disposición legal expresa. Al respecto la disposición final de la LOPGE señala: “Los extractos de los informes, dictámenes, absoluciones de consultas, pronunciamientos, resoluciones administrativas y reglamentos que el Procurador General del Estado expida, serán publicados en el Registro Oficial” (LOPGE, 2004).

d. Los pronunciamientos del PGE no pueden ser objeto de acción por incumplimiento ni acción de inconstitucionalidad

A pesar de que este ensayo académico no se planteó en principio abordar la naturaleza jurídica de las acciones constitucionales por incumplimiento ni de inconstitucionalidad cuya competencia corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional, de los fundamentos que hemos expuesto se llega a determinar que al no tener los pronunciamientos del PGE la calidad ni de actos normativos ni de actos administrativos de efectos generales, no pueden ser materia de estas acciones según lo previsto en el artículo 436 de la Constitución, es decir, existe un límite formal.

En cuanto a los límites materiales, aporta Ramiro Ávila en su voto salvado, que, si se trata de una acción por incumplimiento, se requiere una obligación clara y cierta que una norma previa exija y que la misma se encuentre incumplida, pero justamente la razón por la que las administraciones públicas acuden al PGE en consulta es porque la norma tiene oscuridad y se requiere su inteligenciamiento. (Sentencia No.45-17-AN, Voto Salvado Juez Constitucional Ramiro Ávila Santamaría, párr.13).

Por otro lado, estimamos que al ser los pronunciamientos del PGE meros dictámenes (actos de simple administración), los mismos no constituyen una declaración de voluntad administrativa que produce efectos jurídicos directos en particulares y, por ende, no pueden ser impugnados en vía administrativa ni contencioso administrativa, sino que se tendrá que cuestionar el acto administrativo que en su virtud se proclame.

IV. RECOMENDACIONES

Nuestra recomendación a la Corte Constitucional fue primeramente expuesta por el exjuez Ramiro Ávila, en cuyo voto salvado ya aludido, indico: “La Corte debe afinar sus precedentes constitucionales sobre los pronunciamientos de las resoluciones de la PGE para aclarar y distinguir la naturaleza jurídica de sus resoluciones” (Sentencia No.45-17-AN, Voto Salvado, párr.12), con la cual secundo, porque creo que las falacias sobre la naturaleza de los pronunciamientos del PGE rompen el orden constitucional, principalmente, por otorgarle la competencia de crear derecho (normativa) sin autorización legal con poderes tan amplios como los tienen solo las autoridades democráticas (Asamblea Nacional y Presidencia).

Creo que el Derecho Administrativo hoy en día es imposible divorciarlo del Derecho Constitucional y no solo desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos a las personas, sino también desde los principios de organización del poder. Por ello, nuestro trabajo como juristas se centra en descubrir la verdad o proponer cambios cuando esa verdad ha sido manipulada, todo en respeto de la institucionalidad y el orden constitucional.

Referencias Bibliográficas

Harari, Y. (año). *21 lecciones para el siglo XXI*. Editorial Debate.

Oyarte, R. (2006). *Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*.
Foro: revista de derecho. 6 (II Semestre, 2006): 187-225

Moreta, A. (2023). *Derecho Administrativo Ecuatoriano*. Ediciones Legalité.

Pérez, E. (2019). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Segunda Edición. Editorial: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea].
< <https://www.rae.es/dpd/el> > [17 de noviembre del 2023].

Normativas

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Corte Constitucional del Ecuador. Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 002-009-SAN-CC del 02 de abril del año 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia No.003-09-SIN-CC de 23 de julio del año 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia No.45-17-AN/21 del 18 de agosto del año 2021.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. (2004). Registro Oficial 312, 13 de abril del 2004.

Código Orgánico Administrativo. (2017). Registro Oficial 31, 20 de julio de 2017.