

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

PARA: Srta. Ing. Evelyn Adriana Mina Cevallos
Subsecretaría de Recursos Hídricos

ASUNTO: PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO RESPECTO A LA DIRECTRICES PARA ACTOS
ADMINISTRATIVOS PREVIOS EN ACTIVIDADES MINERAS

De mi consideración:

En referencia al memorando Nro. MAAE-SRH-2021-0854-M de 02 de diciembre de 2021, mediante el cual la Subsecretaría a su cargo solicitó a esta Coordinación General de Asesoría Jurídica el pronunciamiento jurídico respecto a las directrices para actos administrativos previos en actividades mineras, al respecto debo mencionar a usted lo siguiente:

1. ANTECEDENTES

1.1.-A través del Suplemento del Registro Oficial No. 517, de 29 de enero 2009, se publicó la Ley de Minería, para posteriormente el artículo 26 fue sustituido por el artículo 3 de la Ley s/n, publicado en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 037 de 16 de julio de 2013. Reforma en el que se incorporó que los titulares de los derechos mineros previo a ejecutar las actividades de minería, deben obtener los actos administrativos previos, relacionados con la emisión de la licencia ambiental, así como la no afectación a los recursos hídricos, emitidos por la autoridad ambiental y única del agua.

1.2.-Mediante Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 305 del 06 de agosto de 2014, se publicó la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, para lo cual en su artículo 3, determina como objetivo o fin de la Ley, el preservar, conservar y restaurar los recursos hídricos.

1.3.-Con Decreto Ejecutivo Nro. 1007, de 04 de marzo de 2020, el Ex Presidente Constitucional de la República del Ecuador, dispuso la fusión del Ministerio del Ambiente y la Secretaría del Agua, en una sola entidad denominada “Ministerio de Ambiente y Agua”, y todas las competencias atribuciones funciones, representaciones y delegaciones constantes en leyes, decretos, reglamentos y demás normativa vigente que le correspondían a las Ex Carteras de Estado, fueron asumidas por el Ministerio del Ambiente y Agua, fusión que se efectivizó el 01 de junio de 2020.

1.4.-Mediante Decreto Ejecutivo Nro. 059 de 05 de junio de 2021, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, modificó el nombre del Ministerio del Ambiente y Agua, denominándolo actualmente “Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica”.

1.5.-A través del Acuerdo Ministerial No. MAAE-2021-023, de fecha 20 de mayo de 2021, publicado en el Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 518 de 18 de agosto de 2021, el Ex Ministro del Ambiente y Agua, expidió la “Regulación para la emisión del acto administrativo previo establecido en el literal b) del artículo 26 de la Ley de Minería”. Acuerdo Ministerial que conforme su Disposición Final Segunda, entró en vigencia a partir de la publicación en el Registro Oficial, es decir la presente norma administrativa, se encuentra vigente desde el 18 de agosto de 2021.

1.6.-Mediante memorando Nro. MAAE-SRH-2021-0854-M de 02 de diciembre de 2021, la Subsecretaría de Recursos Hídricos, informó lo siguiente:

“(…) Conforme a la normativa legal citada anteriormente me permito solicitar de la manera más comedida, se emita un pronunciamiento jurídico, respecto a las siguientes consultas:

1. Considerando que el Art. 109 del Reglamento de la LORHUYA refiere a los actos administrativos para el uso y aprovechamiento del agua, el mismo que difiere para un acto administrativo previo, ¿es correcto emitir las

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

directrices para que las Unidades desconcentradas de esta Cartera de Estado sean aplicados en los trámites para la emisión del acto administrativo previo a la ejecución de actividades mineras a nivel nacional?

2. En lo que respecta al artículo 398 de la Constitución de la República, ¿es correcto que en la directriz se especifique solicitar un documento habilitante que sustente que el proyecto minero haya cumplido con este proceso, con el fin de no requerir un nuevo proceso de consulta previa libre e informada? en caso afirmativo, ¿cuál sería el documento habilitante?

3. Como es de su conocimiento, Mediante Registro Oficial Segundo Suplemento Nro. 518 de fecha 18 de agosto de 2021 se publicó el Acuerdo Ministerial Nro. MAAE-2021-023 que expide “la Regulación para la Emisión del Acto Administrativo Previo, establecido en el literal b) del artículo 26 de la Ley de Minería”, el cual fue suscrito por el Sr. Marcelo Mata, ex Ministro de Ambiente y Agua, en ese sentido, ¿es correcto que la presente directriz se aplique únicamente para aquellos trámites correspondientes al Acto Administrativo Previo, ingresados antes de la emisión del Acuerdo en mención?

Finalmente, me permito adjuntar el documento borrador de la propuesta de “Directriz Técnica para la emisión del Acto Administrativo Previo, establecido en el literal b) del artículo 26 de la Ley de Minería”, para su revisión, y respectivo pronunciamiento jurídico. (...)”

2.- BASE LEGAL:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

*“Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.”*

“Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.”

“Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”

“Art. 318.- El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.”

“Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.”

“Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.”

“Art. 411.- El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua.

La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.”

“Art. 412.- La autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico.”

“Art. 413.- El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua.”

Código Orgánico del Ambiente

“Art. 162.- Obligatoriedad. Todo proyecto, obra o actividad, así como toda ampliación o modificación de los mismos, que pueda causar riesgo o impacto ambiental, deberá cumplir con las disposiciones y principios que rigen al Sistema Único de Manejo Ambiental, en concordancia con lo establecido en el presente Código.”

*“Art. 172.- Objeto. La regularización ambiental tiene como objeto la autorización de la ejecución de los proyectos, obras y actividades públicas, privadas y mixtas, en función de las características particulares de estos y de la magnitud de sus impactos o riesgos ambientales.
Para dichos efectos, el impacto ambiental se clasificará como no significativo, bajo, mediano o alto. El Sistema Único de Información Ambiental determinará automáticamente el tipo de permiso ambiental a otorgarse.”*

“Art. 173.- De las obligaciones del operador. El operador de un proyecto, obra y actividad, pública, privada o mixta, tendrá la obligación de prevenir, evitar, reducir y, en los casos que sea posible, eliminar los impactos y riesgos ambientales que pueda generar su actividad. Cuando se produzca algún tipo de afectación al ambiente, el operador establecerá todos los mecanismos necesarios para su restauración.

El operador deberá promover en su actividad el uso de tecnologías ambientalmente limpias, energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto, prácticas que garanticen la transparencia y acceso a la información, así como la implementación de mejores prácticas ambientales en la producción y consumo.”

“Art. 179.- De los estudios de impacto ambiental. Los estudios de impacto ambiental deberán ser elaborados en aquellos proyectos, obras y actividades que causan mediano y alto impacto o riesgo ambiental para una adecuada y fundamentada evaluación, predicción, identificación e interpretación de dichos riesgos e impactos.

Los estudios deberán contener la descripción de la actividad, obra o proyecto, área geográfica, compatibilidad con los usos de suelo próximos, ciclo de vida del proyecto, metodología, herramientas de análisis, plan de manejo ambiental, mecanismos de socialización y participación ciudadana, y demás aspectos previstos en la norma técnica.

En los casos en que la Autoridad Ambiental Competente determine que el estudio de impacto ambiental no satisface los requerimientos mínimos previstos en este Código, procederá a observarlo o improbarlo y comunicará esta decisión al operador mediante la resolución motivada correspondiente.”

Código Civil

“Art. 6.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces. Podrá, sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación.”

“Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; (...)”

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua

“Art. 3.- Objeto de la Ley. El objeto de la presente Ley es garantizar el derecho humano al agua así como regular y controlar la autorización, gestión, preservación, conservación, restauración, de los recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, la gestión integral y su recuperación, en sus distintas fases, formas y estados físicos, a fin de garantizar el sumak kawsay o buen vivir y los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución.”

“Art. 18.- Competencias y atribuciones de la Autoridad Única del Agua. Las competencias son:

b) Ejercer la rectoría y ejecutar las políticas públicas relativas a la gestión integral e integrada de los recursos hídricos; y, dar seguimiento a su cumplimiento;”

“Art. 68.- Consulta y obligaciones de los usuarios.- La Autoridad Única del Agua, a través de los consejos de cuenca hidrográfica, consultará de manera previa, libre, informada, obligatoria y en un plazo razonable a las organizaciones de los usuarios, en todos los asuntos relevantes relacionados con la gestión integrada de los recursos hídricos que les puedan afectar de conformidad con esta Ley y su Reglamento. Sin perjuicio de las obligaciones del Estado, los usuarios del agua contribuirán económicamente, en forma proporcional a la cantidad de agua que utilizan para la preservación, conservación y manejo sustentable de los recursos hídricos en la cuenca hidrográfica y serán parte en el manejo de la misma. En el caso de usuarios comunitarios, que a la vez sean consumidores de agua, contribuirán económicamente o mediante trabajos comunitarios.”

“Art. 71.- Derechos colectivos sobre el agua.- Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afro ecuatoriano y montubio desde su propia cosmovisión, gozan de los siguientes derechos colectivos sobre el agua:

*f) Ser consultados de forma obligatoria previa, libre, informada y en el plazo razonable, acerca de toda decisión normativa o autorización estatal relevante que pueda afectar a la gestión del agua que discurre por sus tierras y territorios;
(...)”*

“Art. 123.- Determinación de jurisdicción. La Autoridad Única del Agua ejerce jurisdicción nacional en materia de recursos hídricos y por delegación la autoridad administrativa en la jurisdicción respectiva.

La Autoridad Única del Agua en sus niveles desconcentrados ejercerá la competencia administrativa para conocer, tramitar y resolver, en primera instancia, las peticiones que para el otorgamiento de autorizaciones de uso o aprovechamiento del agua se presenten así como para ordenar su registro, mediación y resolución de conflictos, sin perjuicio de los derechos colectivos.”

“Art. 125.- De la petición inicial. Las solicitudes para autorizaciones de uso o aprovechamiento del agua o la constitución de servidumbres, se realizarán ante la Autoridad Única del Agua la cual informará al consejo de la cuenca.

La Autoridad Única del Agua calificará y aceptará el trámite de la solicitud con base al balance hídrico de la cuenca, dentro de los términos legales; expedirá la respectiva resolución que conceda o niegue la autorización solicitada, la misma que será inscrita en el registro público del agua y publicada en el sitio web oficial de la Autoridad Única del Agua. Las notificaciones, oposición, prueba, peritaje, informe técnico requeridos se regularán en el Reglamento de esta Ley.

La Autoridad Única del Agua emitirá su pronunciamiento debidamente motivado, en un plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud para uso y de tres meses adicionales en caso de existir

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

objeciones u oposición y tres meses a partir de la entrega de los proyectos. En caso de solicitudes de aprovechamiento, el incumplimiento será sancionado de conformidad con la Ley.”

“Art. 126.- De los principios de publicidad y competencia. Para el procedimiento de otorgamiento de autorizaciones para uso y aprovechamiento productivo del agua, se aplicarán los principios de publicidad y competencia de acuerdo con las siguientes actuaciones:

a) Cuando se solicite una autorización de agua, esta deberá hacerse pública y difundirse para que los usuarios e interesados en la utilización de las aguas a las que se refiere la solicitud, puedan presentar su oposición, peticiones, adhesiones o proyectos alternativos;

b) Cuando en el plazo concedido se hayan presentado varias solicitudes, la Autoridad Única del Agua, decidirá entre ellas aplicando el orden de prelación establecido en esta Ley y teniendo en cuenta como punto previo, la inexistencia de déficit hídrico. Cuando las solicitudes se refieran al mismo nivel en el orden de prelación, se decidirá en función de la mejor utilidad social, económica o ambiental de cada solicitud, debiendo motivarse expresamente la decisión;

c) Cuando solo se haya presentado una solicitud, se decidirá en función de la existencia, o no, de déficit hídrico, en el lugar donde deba tener lugar la captación y el aprovechamiento; y,

d) Cuando exista déficit hídrico se podrá cancelar o modificar la autorización a favor de un solicitante de un aprovechamiento que sea inferior en el orden de prelación establecido si este así lo solicita y la Autoridad Única del Agua lo considera conforme con esta Ley, su Reglamento y la planificación

hídrica. Los costos de la indemnización a quien se cancela o modifica la autorización correrán a cargo del beneficiario del acto administrativo.

Lo regulado en este artículo se desarrollará en el Reglamento a esta Ley.”

“Art. 131.- Control de las autorizaciones. Las autorizaciones de uso y aprovechamiento del agua, otorgadas por la Autoridad Única del Agua serán controladas por la Agencia de Regulación y Control.”

Ley de Minería

“Art. 26.- Actos Administrativos Previos.- (Sustituido por el Art. 3 de Ley s/n, R.O. 037-2S, 16-VII-2013; y, reformado por la Disposición Derogatoria Décimo Segunda del Código Orgánico Integral Penal, R.O. 180-S, 10-II-2014).- Para ejecutar las actividades mineras se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos motivados y favorables otorgados previamente por las siguientes instituciones dentro del ámbito de sus respectivas competencias:

a) Del Ministerio del Ambiente, la respectiva licencia ambiental debidamente otorgada; y,

b) De la Autoridad Única del Agua, respecto de la eventual afectación a cuerpos de agua superficial y/o subterránea y del cumplimiento al orden de prelación sobre el derecho al acceso al agua.

Adicionalmente, el concesionario minero presentará al Ministerio Sectorial una declaración juramentada realizada ante notario en la que exprese conocer que las actividades mineras no afectan: caminos, infraestructura pública, puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos; redes de telecomunicaciones; instalaciones militares; infraestructura petrolera; instalaciones aeronáuticas; redes o infraestructura eléctricas; o vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural.

Si la máxima autoridad del sector minero de oficio o a petición de parte advierte que las actividades del solicitante pudieren afectar a los referidos bienes o patrimonio, solicitará la respectiva autorización a la entidad competente, la que deberá emitir su pronunciamiento en el término de treinta días. De no hacerlo en ese lapso, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras, y el funcionario responsable será destituido. Respecto de la emisión de los informes de tales actos administrativos se estará a la aplicación de las normas del procedimiento jurídico administrativo de la Función Ejecutiva.

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

Los Gobiernos Municipales y Metropolitanos, en el ejercicio de sus competencias, mediante ordenanza, deberán regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos.” (Énfasis agregado)

Ley de Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos.

“Art. 3.- Principios. - Además de los principios establecidos en los artículos 227 y 314 de la Constitución de la República, los trámites administrativos estarán sujetos a los siguientes: ...6. Pro-administrado e informalismo. - En caso de duda, las normas serán interpretadas a favor de la o el administrado. Los derechos sustanciales de las y los administrados prevalecerán sobre los aspectos meramente formales, siempre y cuando estos puedan ser subsanados y no afecten derechos de terceros o el interés público, según lo determinado en la Constitución de la República. ...14. Mejora continua. - Las entidades reguladas por esta Ley deberán implementar procesos de mejoramiento continuo de la gestión de trámites administrativos a su cargo, que impliquen, al menos, un análisis del desempeño real de la gestión del trámite y oportunidades de mejora continua.”

“Art. 5.- Derechos de las y los administrados.- “Sin perjuicio de los demás establecidos en la Constitución de la República y las leyes, las personas, en la gestión de trámites administrativos, tienen los siguientes derechos: ...3. A abstenerse de presentar documentos o cumplir procedimientos que no se encuentren debidamente establecidos en leyes, decretos, ordenanzas y demás normativa publicada en el Registro Oficial, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y, a cumplir requisitos distintos a los expresamente previstos en una norma legal para el ejercicio o reconocimiento de derechos y garantías.”

Reglamento a la Ley de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua

Art. 103.- Protección de las fuentes de agua.- En el caso de que la autorización solicitada pueda afectar a fuentes de agua o zonas de recarga de acuíferos, la Autoridad Única del Agua deberá cuidar expresamente de que se mantenga la calidad del agua y el equilibrio de los ecosistemas correspondientes introduciendo, en su caso, el respectivo condicionamiento en la autorización que se otorgue.

En general se deberá alcanzar una coordinación con la Autoridad Ambiental Nacional para el monitoreo del sistema de manejo ambiental que se haya previsto en la respectiva licencia ambiental que haya sido emitida por dicha Autoridad.”

“Art. 109.- Renovación, modificación, revisión, reversión, suspensión y otros actos administrativos referentes a las autorizaciones de uso y aprovechamiento del agua.- El procedimiento para atender la renovación, modificación, revisión, reversión, suspensión y otros actos administrativos referentes a las autorizaciones de uso y aprovechamiento del agua, será el procedimiento simplificado establecido en este Reglamento a excepción de la publicación.”

Reglamento al Código Orgánico del Ambiente

“(…) Art. 432.- Requisitos de la licencia ambiental.- Para la emisión de la licencia ambiental, se requerirá, al menos, la presentación de los siguientes documentos:

- a) Certificado de intersección;*
- b) Estudio de impacto ambiental;*
- c) Informe de sistematización del Proceso de Participación Ciudadana;*
- d) Pago por servicios administrativos; y,*
- e) Póliza o garantía por responsabilidades ambientales. (...)” (Énfasis Agregado)*

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

ACUERDO MINISTERIAL NO. MAAE-2020-023 DE 28 DE AGOSTO DE 2020 - ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA

“1.3.1.2.1 Gestión de Asesoría Jurídica

Unidad Responsable: Dirección de Asesoría Jurídica

Misión:

Asesorar en materia jurídica a las autoridades, unidades institucionales, entidades, organismos y a usuarios externos para la correcta aplicación de la normativa en temas relacionados a la misión institucional, dentro del marco legal aplicable y demás áreas de derecho concernientes a la gestión institucional.” Responsable: director/a de Asesoría Jurídica Atribuciones y Responsabilidades:

1. Asesorar a las autoridades, unidades administrativas de la institución, entidades, organismos y a usuarios externos para la correcta aplicación de la normativa en temas relacionados a la misión institucional, dentro del marco legal aplicable y demás áreas de derecho concernientes a la gestión institucional;”

JURISPRUDENCIA

Consulta Procuraduría General del Estado - Oficio No. 10229 de 18 de abril de 2017

“(…) En lo que respecta al principio general de irretroactividad de la Ley, recogido por nuestra legislación, el Dr. Juan Larrea Holguín ha realizado el respectivo análisis en el siguiente sentido:

“Resumiendo lo expuesto: El legislador no debe dar efecto retroactivo: 1) violando el principio de justicia o moral; 2) contra lo dispuesto en la Constitución; 3) en materia penal. Puede en cambio dar ese efecto: 1) cuando lo exige el orden público; 2) en las leyes interpretativas; 3) en las leyes penales que favorecen al reo; 4) en las demás leyes, cuando no se ataca con tal efecto retroactivo a derechos legítimamente adquiridos.

Ahora bien, cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría mucho riesgo si se dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez el determinar qué leyes son retroactivas. (...)

A veces el legislador recurre a ciertas normas de carácter transitorio para compaginar las disposiciones de una nueva ley con las del derecho anteriormente vigente, precisando en lo posible el efecto retroactivo de la nueva ley en todos sus aspectos. Otras veces, puede el legislador adoptar reglas más menos generales aplicables para regular la retroactividad en todo caso en que una nueva ley sucede a la anterior” (...)

3.- PRONUNCIAMIENTO

Con este antecedente y sobre la base legal citada, me permito manifestar que a esta Coordinación General Jurídica cumple con la atribución de absolver consultas sobre la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias, así como la revisión de los diferentes instrumentos legales propuestos, para la suscripción por parte de las diferentes autoridades de esta Cartera de Estado, y que son solicitados tanto por las unidades administrativas de esta Cartera de Estado como por los administrados; no obstante, lo dicho, en base a la atribución citada me permito realizar las siguientes consideraciones:

1.- El Principio de Juridicidad, al que se someten los órganos y entidades del Estado, establece que en Derecho Público solamente se puede hacer lo que la Constitución y la ley señala, por lo que, de la normativa expuesta, se puede colegir que el accionar de la Administración Pública debe cumplir los principios que la rigen, esto con el fin de precautelar los intereses del Estado y de los Administrados evitando vulnerar sus derechos como tales.

2.- Conforme la revisión realizada a su petición para emitir el pronunciamiento respecto a las directrices para actos administrativos previos en actividades mineras, al respecto debo mencionar lo siguiente:

Pregunta 1: ¿Considerando que el Art. 109 del Reglamento de la LORHUyA refiere a los actos

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

administrativos para el uso y aprovechamiento del agua, el mismo que difiere para un acto administrativo previo, ¿es correcto emitir las directrices para que las Unidades desconcentradas de esta Cartera de Estado sean aplicados en los trámites para la emisión del acto administrativo previo a la ejecución de actividades mineras a nivel nacional?

Mediante Acuerdo Ministerial Nro. MAAE-2021-023, suscrito el 20 de mayo de 2021 por el Ex Ministro de esta Cartera de Estado, se estableció la normativa para la “Regulación para la emisión del acto administrativo previo establecido en el literal b) del artículo 26 de la Ley de Minería”. Por tal razón, existe una normativa que establece ya un procedimiento para la emisión del acto administrativo previo. En este sentido, el proyecto remitido bajo la denominación “Directrices”, del cual se desprende contenidos del Acuerdo Ministerial antes referido, tornaría en una duplicidad de actividades, contraviniendo los principios de eficacia y eficiencia, establecidos en los artículos 3 y 4 del Código Orgánico Administrativo.

Ahora bien, respecto a la pregunta planteada, efectivamente las disposiciones contempladas en el artículo 109 del Reglamento a la Ley de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, no pueden ser confundido con el acto administrativo previo referido en el literal b del artículo 26 de la Ley de Minería, esto tomando en cuenta el tipo de actividades y el ámbito de competencias que regulan los cuerpos normativos ya descritos.

Por otra parte, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua establece de forma clara que: “(...) *El agua constituye patrimonio nacional, sector estratégico de decisión y de control exclusivo del Estado a través de la Autoridad Única del Agua. Su gestión se orientará al pleno ejercicio de los derechos y al interés público, en atención a su decisiva influencia social, comunitaria, cultural, política, ambiental y económica (...)*”, esto en concordancia con lo establecido en el literal b del artículo 18 del mismo cuerpo legal, donde se dispone que la Autoridad Única del Agua mantiene como una de sus competencias : “(...) *Ejercer la rectoría y ejecutar las políticas públicas relativas a la gestión integral e integrada de los recursos hídricos; y, dar seguimiento a su cumplimiento (...)*”.

Por lo tanto, bajo las referencias normativas descritas en el párrafo precedente es claro que esta Cartera de Estado como Autoridad Única del Agua a través de la Subsecretaría de Recursos Hídricos en coordinación con la Dirección de Administración y Calidad del Recurso Hídrico, puede emitir las normas técnicas, directrices, lineamientos, entre otros instrumentos que se identifique como necesarios y pertinentes, con el fin de gestionar de forma adecuada el recurso hídrico del país, más aún si la emisión de dichas directrices permitiría que las Unidades desconcentradas de esta Cartera de Estado trabajen de forma adecuada y bajo un solo procedimiento sin dejar a la discrecionalidad de cada unidad desconcentrada los trámites para la emisión del acto administrativo previo a la ejecución de actividades mineras a nivel nacional, sin embargo esta Coordinación General debe reiterar que conforme lo descrito en párrafos precedentes no se puede generar norma o directrices sobre algo que ya está regulado, por lo cual se conmina a la Subsecretaría a su cargo evalué el Acuerdo Ministerial Nro. MAAE-2021-023, en coordinación con la Subsecretaría de Calidad Ambiental con el propósito de establecer si es objeto de reforma o derogatoria, según sea el caso.

Pregunta 2: ¿En lo que respecta al artículo 398 de la Constitución de la República, ¿es correcto que en la directriz se especifique solicitar un documento habilitante que sustente que el proyecto minero haya cumplido con este proceso, con el fin de no requerir un nuevo proceso de consulta previa libre e informada? en caso afirmativo, ¿cuál sería el documento habilitante?

Como se dejó señalado en la absolución de la consulta anterior, un nuevo procedimiento de directriz para el acto administrativo previo, no sería eficiente, toda vez que existe el Acuerdo Ministerial No. MAAE-2021-023, en el que se determina un procedimiento. Sin embargo es necesario señalar que la disposición del artículo 398 de la Constitución de la República del Ecuador, es totalmente expreso, garantista en la protección de los derechos de los habitantes como los de la naturaleza, razón por la cual la consulta, libre, previa e informada es un requisito indispensable en el cual el Ministerio del Ramo, previo a la entrega del derecho, título, concesión minera, debería efectuar lo dispuesto en la norma constitucional, de tal manera que se garantice el principio de

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

supremacía constitucional.

En concordancia, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Sarayaku vs Ecuador” señala que la consulta previa, es una obligación del Estado que debe realizar *“en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena”*

Pregunta 3: ¿Como es de su conocimiento, Mediante Registro Oficial Segundo Suplemento Nro. 518 de fecha 18 de agosto de 2021 se publicó el Acuerdo Ministerial Nro. MAAE-2021-023 que expide “la Regulación para la Emisión del Acto Administrativo Previo, establecido en el literal b) del artículo 26 de la Ley de Minería”, el cual fue suscrito por el Sr. Marcelo Mata, ex Ministro de Ambiente y Agua, en ese sentido, ¿es correcto que la presente directriz se aplique únicamente para aquellos trámites correspondientes al Acto Administrativo Previo, ingresados antes de la emisión del Acuerdo en mención?

Conforme lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil establece claramente que la vigencia de la norma inicia cuando es publicada en el Registro Oficial, de esta forma una vez publicada registrará y se aplicará para lo venidero, y de esta forma brindará seguridad y certeza jurídica a todas las actuaciones que pueda realizar la Administración Pública para el adecuado ejercicio de sus competencias y atribuciones.

Por otra parte la Procuraduría General del Estado establece en su criterio vinculante, mismo que debe ser aplicado por toda la Administración Pública en su parte pertinente que: *“(…) En lo que respecta al principio general de irretroactividad de la Ley, recogido por nuestra legislación, el Dr. Juan Larrea Holguín ha realizado el respectivo análisis en el siguiente sentido: “Resumiendo lo expuesto: El legislador no debe dar efecto retroactivo: 1) violando el principio de justicia o moral; 2) contra lo dispuesto en la Constitución; 3) en materia penal. Puede en cambio dar ese efecto: 1) cuando lo exige el orden público; 2) en las leyes interpretativas; 3) en las leyes penales que favorecen al reo; 4) en las demás leyes, cuando no se ataca con tal efecto retroactivo a derechos legítimamente adquiridos. Ahora bien, cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría mucho riesgo si se dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez el determinar qué leyes son retroactivas. (...) A veces el legislador recurre a ciertas normas de carácter transitorio para compaginar las disposiciones de una nueva ley con las del derecho anteriormente vigente, precisando en lo posible el efecto retroactivo de la nueva ley en todos sus aspectos. Otras veces, puede el legislador adoptar reglas más menos generales aplicables para regular la retroactividad en todo caso en que una nueva ley sucede a la anterior” (...)*” (Énfasis agregado)

Bajo estos antecedentes es claro entonces que nuestro ordenamiento jurídico no prevé la retroactividad de la norma, esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución de la República, es decir el Acuerdo Ministerial Nro. MAAE-2021-023 se encuentra en vigencia.

Ahora bien, la propuesta para actos administrativos previos en actividades mineras realizado por la Subsecretaría a su cargo actualmente es un documento preliminar y que se encuentra en revisión y tampoco cuenta con un instrumento legal como un Acuerdo ministerial para su respectiva oficialización y posterior aplicación, por lo tanto no pueden ir en contra del Acuerdo Ministerial Nro. MAAE-2021-023 que expide la “Regulación para la Emisión del Acto Administrativo Previo, establecido en el literal b) del artículo 26 de la Ley de Minería” y menos aplicarse de forma retroactiva.

Conforme la sugerencia emitida en la contestación a la pregunta 1 del presente criterio, se solicita que la Subsecretaría a su cargo trabaje de forma coordinada con las áreas pertinentes para la emisión, reforma o derogatoria del Acuerdo Ministerial Nro. MAAE-2021-023, de ser el caso.

Ahora bien, respecto a la aplicación de las directrices propuestas una vez que estén oficializadas, las mismas podrán ser aplicadas únicamente para aquellos trámites que se ingresaren posterior a la emisión de las referidas directrices y no será posible aplicar las mismas de forma retroactiva pues la norma solo rige para lo venidero.

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

Con los antecedentes expuestos la Coordinación General establece que las disposiciones legales son claras y la aplicación debe ser en cumplimiento de esta forma al principio de juridicidad al que se someten los órganos y entidades del Estado, establece que en Derecho Público solamente se puede hacer lo que la Constitución y la ley señala.

Se reitera además el compromiso de esta Coordinación General para brindar el soporte y asesoría legal pertinente en cada uno de los procesos a cargo de las diferentes Coordinaciones, Subsecretarías, Direcciones, Proyectos o Programas de esta Cartera de Estado, conforme el marco legal pertinente conforme las directrices ya establecidas para este tipo de procesos.

En mérito y oportunidad de la ejecución de la decisión que se tome en este caso, será responsabilidad de las autoridades y responsables competentes, puesto que la Coordinación General de Asesoría Jurídica únicamente se pronuncia sobre los aspectos procedimentales y legales con el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio para la formación de la voluntad administrativa, por lo que se recuerda que el presente criterio tiene un alcance estrictamente jurídico y el pronunciamiento que se emite se lo hace en función de las normas legales vigentes; razón por lo cual, esta Coordinación no efectúa un análisis de orden técnico, operativo ni financiero de la documentación remitida; consecuentemente, no es vinculante por no corresponder a nuestras competencias.

Con sentimientos de distinguida consideración.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Mgs. Jorge Isaac Viteri Reyes
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- MAAE-SRH-2021-0854-M

Copia:

Sr. Ing. Oscar Leonardo Rojas Bustamante
Viceministro del Agua

Srta. Ing. Gabriela Fernanda Acosta Preciado
Analista de Gestión de Calidad del Agua 2

Sr. Abg. José Antonio Dávalos Hernández
Subsecretario de Calidad Ambiental

Sr. Mgs. Marco Vinicio Martínez Córdova
Director de Administración y Calidad del Recurso Hídrico

Srta. Abg. Patricia Fernanda Miño Vargas
Directora de Asesoría Jurídica

Srta. Ing. Gabriela del Cisne Mora Castillo
Especialista

Sra. Sandra Teresa Cervantes González
Secretaria de Coordinación General Jurídica

Sr. Abg. Jorge David Ortiz Quintana
Analista de Asesoría Jurídica 3

Srta. Mgs. Verónica Paulina Lemache Nina
Abogada 3



**Ministerio del Ambiente, Agua
y Transición Ecológica**

Memorando Nro. MAAE-CGAJ-2022-0059-M

Quito, D.M., 18 de enero de 2022

Sra. Dra. María Alegría Corral Jervis
Asesor 2

vI/pm