

# REGISTRO OFICIAL<sup>TM</sup>

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado  
Presidente Constitucional de la República

Año II -- Quito, Martes 17 de Agosto del 2010 -- N° 258



## LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Art. 10.- El derecho de autor protege también la forma de expresión mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección:

- a) Las ideas contenidas en las obras, los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí; los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial; y,
- b) Las disposiciones legales y reglamentarias, las resoluciones judiciales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como sus traducciones oficiales.

"Registro Oficial" es marca registrada del Tribunal Constitucional de la República del Ecuador.

## S U P L E M E N T O

### SUMARIO:

	Págs.		Págs.
<b>CORTE CONSTITUCIONAL para el Período de Transición</b>			
<b>DICTAMENES:</b>			
026-10-DTI-CC Dictamen del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones" previo a la aprobación legislativa, para que proceda la denuncia del instrumento internacional analizado ...	1	comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Declárase que, al encontrarse el instrumento internacional analizado en contradicción con el texto constitucional, es procedente continuar el trámite correspondiente para su denuncia ...	12
027-10-DTI-CC Declárase que el artículo 9, numeral 3 del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones" contradice lo dispuesto en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República, en cuanto a la prohibición de celebrar tratados o instrumentos internacionales en que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole		<b>SENTENCIA:</b>	
		033-10-SEP-CC Acéptase la acción extraordinaria de protección planteada por el señor Ariosto Andrade Díaz, Gerente General del Banco Comercial de Manabí y déjanse sin efecto varias resoluciones .....	23
		<b>ORDENANZA MUNICIPAL:</b>	
		Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Salitre: Que regula la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras; y, otros movimientos de tierras .....	30

Quito, D. M., 29 de julio del 2010

**DICTAMEN N.º 026-10-DTI-CC**

**CASO N.º 0001-10-TI**

**LA CORTE CONSTITUCIONAL, para  
el período de transición**

**Juez Constitucional Ponente:** Dr. Edgar Zárate Zárate

**I. ANTECEDENTES**

El señor Economista Rafael Correa delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, mediante oficio N.º T.4766-SNJ-10-21 del 06 de enero del 2010, puso a conocimiento de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el Convenio suscrito entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones, convenio internacional celebrado a fin de que crear, promover y proteger las inversiones de los inversionistas de las partes contratantes.

En virtud del sorteo respectivo, la causa signada con el N.º 0001-2010-TI, correspondió conocer al Dr. Edgar Zárate Zárate, en su calidad de Juez Sustanciador.

Mediante informe previo, se estableció que la denuncia del Convenio celebrado entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones, requiere aprobación legislativa y en consecuencia procede el control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Con fecha 6 de abril del 2010, se dispone la publicación en el Registro Oficial del texto del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones", a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 111, numeral 2 literal **b** de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el mismo que fue publicado en el Registro Oficial N.º 173 del 16 de abril del 2010.

**II. TEXTO DEL ACUERDO QUE SE EXAMINA**

**"CONVENIO ENTRE EL GOBIERNO DE LA  
REPÚBLICA DEL  
ECUADOR Y EL GOBIERNO DE LA  
REPÚBLICA DE FINLANDIA  
SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN  
DE INVERSIONES"**

*El Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia, en adelante denominados las "Partes Contratantes",*

*DESEOSOS de intensificar la cooperación económica para el beneficio mutuo de ambos países y mantener condiciones justas, equitativas y*

*favorables para las inversiones de inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante,*

*RECONOCIENDO que la promoción y protección de inversiones sobre la base de este Convenio contribuirán a estimular la iniciativa económica individual y serán conducentes a aumentar la prosperidad de ambas Partes Contratantes,*

*HAN CONVENIDO LO SIGUIENTE:*

**Artículo 1**

**Definiciones**

*A los fines de este Convenio:*

*1.- El término "Inversión" designa toda clase de activos e incluye en particular, pero no exclusivamente:*

- (a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales como hipotecas, privilegios, arriendos, usufructo y otros derechos similares;*
- (b) acciones, participaciones, obligaciones u otras formas de participación en una sociedad;*
- (c) títulos o derechos a dinero o a cualquier prestación que tenga un valor económico;*
- (d) derechos en el campo de la propiedad intelectual o industrial, como patentes, derechos de autor, procedimientos técnicos, marcas registradas, nombres comerciales, know-how y crédito mercantil;*
- (e) derechos conferidos por las leyes, por acto administrativo o bajo contrato por una autoridad competente, incluyendo derechos para la exploración, extracción y explotación de recursos naturales.*

*Cualquier alteración de la forma en que los activos son invertidos o reinvertidos no afecta su carácter como inversión.*

*2.- El término "Ganancias" designa a los montos producidos por inversiones y en particular, aunque no exclusivamente, beneficios, dividendos, intereses, cánones y regalías, utilidades de capital o cualquier pago en especie relacionado con una inversión. Las ganancias reinvertidas gozarán del mismo tratamiento que la inversión original.*

*3.- El término "Inversionista" designa a:*

- (a) personas naturales que tienen la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes, de conformidad con sus leyes; o*
- (b) personas jurídicas, como sociedades, corporaciones, empresas, asociaciones comerciales, instituciones u otras entidades*

constituidas a tenor de las leyes y reglamentos de dicha Parte Contratante y que tengan su sede dentro de la jurisdicción de dicha Parte Contratante.

- 4.- El término "Territorio" designa con respecto del Ecuador y Finlandia el territorio que constituye la República del Ecuador y la República de Finlandia, respectivamente.

## **Artículo 2 Promoción y**

### **Protección de Inversiones**

- 1.- Cada una de las Partes Contratantes promoverá y creará condiciones favorables en su territorio para las inversiones de la Parte Contratante y, en ejercicio de las facultades conferidas por sus leyes, admitirá dichas inversiones.
- 2.- Cada una de las Partes Contratantes acordará en todo momento en su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento justo y equitativo y protección y seguridad totales y constantes.
- 3.- Ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará mediante medidas irrazonables, arbitrarias o discriminatorias, la administración, mantenimiento, uso, goce, adquisición o enajenación de inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante.
- 4.- Ninguna de las Partes Contratantes impondrá medidas obligatorias a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante relativas a la compra de materiales, medios de producción, operación, transporte, comercialización de sus productos u órdenes similares que tengan efectos irrazonables o discriminatorios.
- 5.- Cada una de las Partes Contratantes, dentro del marco de sus leyes, dará una consideración positiva a las solicitudes para la obtención de los permisos necesarios en conexión con las inversiones en su territorio, incluyendo autorizaciones para la contratación de personal administrativo y técnico de alto nivel de su elección, independientemente de su nacionalidad.
- 6.- Cada una de las Partes Contratantes publicará rápidamente o pondrá de otro modo a disposición del público sus leyes, reglamentos, procedimientos y decisiones administrativas de aplicación general, así como convenios internacionales que puedan afectar las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante.

## **Artículo 3**

### **Tratamiento de Inversiones**

- 1.- Las inversiones efectuadas por inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio

de la otra Parte Contratante, o las ganancias derivadas de las mismas, recibirán un tratamiento no menos favorable que el que la Parte que recibe la inversión concede a las inversiones y ganancias efectuadas por sus propios inversionistas o por inversionistas de la nación más favorecida, el que sea más favorable al inversionista.

- 2.- Los inversionistas de una Parte Contratante recibirán por parte de la otra Parte Contratante, en relación con la administración, mantenimiento, uso, goce o enajenación de sus inversiones, un tratamiento no menos favorable que el que dicha Parte Contratante concede a sus propios inversionistas o a inversionistas de la nación más favorecida, el que sea más favorable al inversionista.

## **Artículo 4**

### **Excepciones**

Lo dispuesto en este Convenio no será interpretado en el sentido de que obliga a una de las partes Contratantes a conceder a los inversionistas de la otra Parte Contratante el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio en virtud de:

- (a) cualquier zona de libre comercio, unión aduanera o mercado común existente o futuro del que una de las Partes Contratantes sea o pueda convertirse en miembro.
- (b) cualquier acuerdo internacional relacionado total o parcialmente con materias tributarias; o
- (c) cualquier convención o tratado multilateral relacionado con inversiones del cual una de las Partes Contratantes es o pueda ser parte.

## **Artículo 5**

### **Expropiación**

- 1.- Las Inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán expropiadas, nacionalizadas o sometidas a cualquier otra medida que tenga un efecto equivalente a la expropiación o nacionalización (en adelante denominada "expropiación") salvo por razones de interés público, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal.
- 2.- Tales medidas irán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva. La suma de dicha compensación corresponderá al valor justo de mercado de la inversión expropiada en el momento inmediatamente antes de hacer la expropiación o en el que la misma se hiciera de conocimiento público, lo que suceda primero. Dicho valor justo de mercado será expresado en una divisa de libre conversión sobre la base del tipo de cambio del

mercado existente para dicha divisa en ese momento. La compensación incluirá también intereses a la tasa comercial del mercado vigente, desde la fecha de la expropiación hasta la fecha efectiva de pago.

- 3.- El inversionista cuya inversión es expropiada tendrá derecho a una revisión rápida por parte de las autoridades judiciales u otras autoridades competentes de la otra Parte Contratante, tanto de su caso como del avalúo de su inversión, de conformidad con los principios contenidos en este Artículo.

#### **Artículo 6**

##### **Compensación por Pérdidas**

- 1.- Los inversionistas de una las Partes Contratantes que sufren pérdidas en sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversionistas o a los inversionistas de una nación más favorecida, el que sea más favorable para el inversionista.

- 2.- Sin perjuicio del párrafo (1) de este Artículo, si un inversionista de una Parte Contratante que, en cualquiera de las situaciones mencionadas en el mismo, sufre una pérdida en el territorio de la otra Parte Contratante debido a:

- (a) requisición de su inversión o de una parte de la misma por las autoridades de dicha Parte Contratante; o
- (b) destrucción de su inversión o de una parte de la misma por las autoridades de dicha Parte Contratante que no era requerida por la necesidad de la situación,

recibirá una restitución o compensación rápida, adecuada y efectiva.

#### **Artículo 7**

##### **Transferencia Libre**

- 1.- Cada una de las Partes Contratantes asegurará a los inversionistas de la otra Parte Contratante la libre transferencia de sus inversiones desde y hacia su territorio. Dichas transferencias incluirán en particular, aunque no exclusivamente:

- (a) el principal y las cantidades adicionales para mantener, desarrollar o aumentar la inversión;
- (b) ganancias;
- (c) el producto obtenido de la venta o liquidación total o parcial de una inversión;

(d) las cantidades requeridas para el pago de gastos derivados de la operación de la inversión, como reembolso de préstamos, pago de cánones o regalías y derechos de concesión u otros gastos similares; (e) compensación pagadera en virtud de los Artículos 5 y 6;

(f) pagos de derivados de la resolución de una controversia;

(g) ganancias no gastadas y otras remuneraciones de personal contratado en el exterior y que trabaje en conexión con una inversión.

- 2.- Las Partes Contratantes asegurarán además que las transferencias mencionadas en el párrafo 1 de este Artículo se harán sin ninguna restricción ni demora, en una divisa de libre conversión y al tipo de cambio aplicable prevaleciente en el mercado en la fecha de la transferencia con respecto de transacciones a la vista en la divisa de la transferencia, y que sean efectivamente realizables e inmediatamente transferibles. De no existir una tasa de mercado, el tipo de cambio aplicable corresponderá a la tasa cruzada obtenida sobre la base de las tasas aplicadas más recientemente por el Fondo Monetario Internacional para la conversión de las divisas en cuestión en Derechos Especiales de Giro.

#### **Artículo 8**

##### **Subrogación**

- 1.- Si una de las Partes Contratantes o su agencia designada hace un pago a un inversionista de conformidad con una indemnización, garantía o contrato de seguros dado con respecto de una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, dicha Parte reconocerá la cesión a la primera Parte o a su agencia designada de todos los derechos o reclamos del inversionista que dicha Parte Contratante o su agencia designada tenga derecho a ejercer en virtud de la subrogación, en la misma medida que el anterior titular.

- 2.- En el caso de la subrogación tal como el término se define en el párrafo (1) de este Artículo, el inversionista no llevará adelante un reclamo a menos que sea autorizado para ello por la Parte Contratante o su agencia.

#### **Artículo 9**

##### **Consultas**

s

Las Partes Contratantes se consultarán rápidamente a solicitud de cualquiera de ellas sobre cualquier tema relacionado con la interpretación o aplicación de este Convenio.

#### **Artículo 10**

##### **Controversias entre Inversionistas y una Parte Contratante**

- 1.- Cualquier controversia entre un inversionista de una de las Partes Contratantes y la otra

*Parte Contratante relativa a una inversión en el territorio de la segunda Parte Contratante será, en la medida de lo posible, resuelta amistosamente.*

2.- *Si la controversia no puede ser resuelta amistosamente en un plazo de seis meses desde la fecha de la solicitud de resolución amistosa, el inversionista tendrá derecho a someter el caso a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se hizo la inversión o el arbitraje internacional. En este último caso, el inversionista puede elegir someter el caso:*

(a) *el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas por Inversiones (CIADI), establecido de conformidad con la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta para su firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o*

(b) *a un tribunal de arbitraje ad-hoc que, a menos que las partes de la controversia lo acuerden de otro modo, será establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).*

*Ambas partes de la controversia dan su consentimiento irrevocable para que todas las controversias relativas a inversiones sean sometidas al tribunal nacional antes mencionado o a los procedimientos alternativos de arbitraje internacional mencionados.*

3.- *Un inversionista que ha sometido una controversia a la jurisdicción nacional puede sin embargo recurrir a uno de los tribunales de arbitraje mencionados en el párrafo (2) de este Artículo si, antes de que el tribunal nacional emita su sentencia en el asunto materia de la controversia, el inversionista renuncia a llevar adelante el caso por medio de los procedimientos nacionales.*

4.- *Ninguna de las Partes Contratantes que son partes de una controversia pueden plantear una objeción durante ninguna fase del procedimiento de arbitraje o la ejecución de un laudo arbitral por el hecho que el inversionista, que es la parte opuesta de la controversia, ha recibido una indemnización que cubre la totalidad o una parte de pérdidas en virtud de un seguro.*

5.- *El laudo será definitivo y obligatorio para las partes de la controversia y será ejecutado de conformidad con la legislación nacional.*

#### **Artículo 11 Controversias**

##### **entre las Partes Contratantes**

1.- *Las controversias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación o aplicación del*

*presente Convenio serán resueltas por vía diplomática.*

2.- *Si la controversia no puede ser resuelta de esta manera en un plazo de seis (6) meses después de la fecha en que cualquiera de las Partes Contratantes solicitó dichas negociaciones, la misma será sometida, a solicitud de cualquiera de ellas, a un Tribunal Arbitral.*

3.- *Dicho Tribunal Arbitral estará constituido para cada caso individual de la siguiente manera. En un plazo de dos (2) meses después de recibir la solicitud de arbitraje, cada una de las Partes Contratantes nombrará a un miembro del Tribunal. Dichos dos miembros seleccionarán a un nacional de un tercer Estado quien, previa aprobación de las dos Partes Contratantes, será nombrado Presidente del Tribunal. El Presidente del Tribunal será nombrado en un plazo de dos (2) meses desde la fecha de nombramiento de los otros dos miembros.*

4.- *Si dentro de los periodos especificados en el párrafo 3 de este Artículo no se han efectuado los nombramientos necesarios, cualquiera de las Partes Contratantes puede, en ausencia de cualquier otro convenio, invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a hacer los nombramientos necesarios. Si el Presidente de la Corte Internacional de Justicia es nacional de una de las Partes Contratantes o se halla de otro modo impedido de desempeñar dicha función, se invitará al miembro de la Corte Internacional de Justicia que le siga inmediatamente en el orden de precedencia y que no sea nacional de ninguna de las Partes Contratantes a efectuar los nombramientos necesarios.*

5.- *El Tribunal Arbitral tomará su decisión por mayoría de votos. Las decisiones del Tribunal serán definitivas y vinculantes para ambas Partes Contratantes. Cada Parte Contratante sufragará los costos del miembro nombrado por dicha Parte Contratante y de su representación en los procedimientos arbitrales. Ambas Partes Contratantes asumirán una parte igual del costo del Presidente, así como de cualquier otro costo. El Tribunal puede tomar una decisión diferente relativa a la distribución de los costos. En todos los demás sentidos, el Tribunal Arbitral determinará sus propias reglas de procedimiento.*

#### **Artículo 12**

##### **Aplicación de otras Reglas**

*Si las disposiciones legales de cualquiera de las Partes Contratantes o sus obligaciones en el marco del derecho internacional existentes actualmente o que se establezcan en el futuro entre las Partes Contratantes adicionalmente a este Convenio contienen un reglamento, general o específico, que dé derecho a las inversiones efectuadas por los inversionistas de la otra Parte Contratante a un*

*tratamiento más favorable que el acordado por este Convenio, dichas disposiciones, en la medida en que sean más favorables al inversionista, prevalecerán sobre este Convenio.*

### **Artículo 13**

#### **Aplicación del Convenio**

*El presente Convenio se aplicará a todas las inversiones efectuadas por inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, ya sea que se efectúen antes o después de la entrada en vigor de este Convenio, pero no se aplicará a ninguna controversia relativa a una inversión producida o a cualquier reclamo resuelto antes de su entrada en vigor.*

### **Artículo 14**

#### **Entrada en Vigor, Duración y Terminación**

- 1.- *Este Convenio entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha de la última notificación en las que las Partes Contratantes se comuniquen por escrito acerca del cumplimiento de sus respectivos procedimientos constitucionales para la entrada en vigor del Convenio. El Convenio seguirá vigente por un periodo de diez años. A menos que se envíe una notificación oficial de terminación doce meses antes de la expiración de su periodo de validez, este Convenio será extendido tácitamente por periodos adicionales de diez años.*
- 2.- *Con respecto de aquellas inversiones efectuadas antes de la fecha de aplicación de la notificación de expiración de este Convenio, las disposiciones de los Artículos 1 a 13 seguirán vigentes por un periodo de diez años desde la fecha de terminación.*

*Celebrado en Helsinki el 18 de abril del 2001, en dos originales en los idiomas español, finlandés e inglés, siendo los tres textos igualmente auténticos. En caso de divergencia, prevalecerá el texto en idioma inglés.*

**POR EL GOBIERNO DE LA  
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**POR EL GOBIERNO DE LA  
REPÚBLICA DE FINLANDIA"**

### **III.- INTERVENCIÓN DEL ECONOMISTA RAFAEL CORREA DELGADO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

El Economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, mediante oficio N.º T.4766-SNJ-10-21 del 06 de enero del 2010, comunicó a la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la

Promoción y Protección de Inversiones. Establece la necesidad de que la Corte Constitucional se manifieste sobre este tema y emita dictamen favorable para la denuncia de este instrumento Internacional.

### **IV. INTERVENCIÓN DEL SEÑOR BLASCO PEÑAHERRERA SOLAH COMO TERCERO CON INTERÉS**

El señor Blasco Peñaherrera Solah, Representante Legal de la Federación Nacional de las Cámaras de Comercio del Ecuador, manifiesta que a pesar de la falta de motivación en el presente caso, el Presidente Correa se refiere a que por medio de los Convenios suscritos por el Ecuador se estaría contrariando lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución vigente; sin embargo, dicho artículo no afecta los tratados de protección de inversiones y justamente es a ello a lo que varios autores se refieren cuando dicen que el artículo 422 es ineficaz, ya que si se aplicara en sentido estricto la letra del referido artículo, quedarían muy en duda los actos del gobierno ecuatoriano al someterse en algún contrato petrolero, a un tribunal arbitral chileno y a las reglas de UNCITRAL.

Según la información contenida en la página web del estudio Wray Cabezas, se confirma que las decisiones de la CIADI, en materia de inversión, han sido bastante equilibradas. El historial ecuatoriano es muy ejemplificativo, ya que ha ganado la mayoría de causas que se le han iniciado o ha llegado a importantes acuerdos.

Finalmente, solicita que la Corte Constitucional se abstenga de emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de los Acuerdos Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones suscritos por la República del Ecuador con Canadá, China, Brasil, Finlandia, Chile, Suiza, reino de los Países Bajos, Argentina, España, Francia, Perú, Suecia, Venezuela, Alemania, Estados Unidos, Paraguay, El Salvador, Rumania, Bolivia y Cuba, y se instruya al gobierno ecuatoriano para que se renegocien los tratados internacionales referidos, utilizando para ello las disposiciones contenidas en los mismos, para lo cual se iniciarán las negociaciones diplomáticas pertinentes, y en caso de que ello no ocurra se presenten los arbitrajes necesarios para solucionar las diferencias en cuanto al contenido y alcance de las disciplinas jurídicas contenidas en los referidos acuerdos de inversión.

### **V. IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES**

**Art. 276.-** El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial.

**Art. 277.-** Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:

5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las

promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.

**Art. 284.-** La política económica tendrá los siguientes objetivos:

8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

**Art. 339.-** El estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional; estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos, y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacionales y locales, y en los correspondientes planes de inversión.

**Art. 416.-** Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

12.- Fomenta un nuevo Sistema de Comercio e Inversión entre los Estados, que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

**Art. 417.-** Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

**Art. 419.-** La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea nacional en los casos que:

6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.

**Art. 420.-** La ratificación se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta y Presidente de la República.

La denuncia de un tratado aprobado corresponderá al Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó.

**Art. 422.-** No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

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

**Art. 425.-** El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior (...).

## NORMATIVA INTERNACIONAL QUE DEBE OBSERVARSE

**Art. 27 de la Convención de Viena.-** El derecho interno y la observancia de los tratados.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

En virtud de lo que establece el artículo 438 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para resolver, mediante dictamen vinculante, sobre la constitucionalidad de los instrumentos internacionales. Además, según el artículo 75, numeral 3, literal **d** de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional es competente para ejercer el control de constitucionalidad de los tratados internacionales.

La Corte Constitucional tiene competencia para emitir un dictamen de constitucionalidad, previo y vinculante a la denuncia de los tratados internacionales vigentes, es decir,

que ya forman parte del ordenamiento jurídico nacional como en el presente caso, al tratarse de un Convenio sobre la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República de Finlandia y nuestro país, celebrado el 18 de abril del 2001 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo N.º 1756 del 13 de agosto del 2001.

### **Naturaleza jurídica, alcances y efectos del control constitucional de los Tratados Internacionales**

La incidencia de los Tratados Internacionales es cada vez más creciente y su radio expansivo se fortalece mediante la globalización. A partir de este presupuesto, analizar el tema del control de constitucionalidad de los poderes públicos en cualquier Estado contemporáneo impone, en términos genéricos, reflexionar acerca de las relaciones entre democracia y garantías fundamentales, es decir, sobre las vinculaciones entre aquella forma de gobierno cuyo principio básico, no único, por cierto, es la regla del gobierno de la mayoría y un mecanismo claro y serio para impedir que normas de menor jerarquía auspicien la violación de las normas consagradas en el texto constitucional.

Dada la manifiesta trascendencia que este tipo de acuerdos, convenios o tratados tienen para los países que los suscriben, resulta imperioso que éstos pasen un detenido escrutinio constitucional, el mismo que, por obvias consideraciones, debe ser realizado por el órgano que cada sociedad haya facultado para tal efecto; en el caso ecuatoriano, este control le corresponde a la Corte Constitucional. La competencia de la Corte para conocer de la constitucionalidad de tratados internacionales ha de entenderse inmersa dentro del propósito loable de asegurar la vigencia y supremacía de la Constitución. Al respecto, la sentencia N.º 0006-2010-TI emitida por este Organismo, manifiesta que "es necesaria la intervención de la Corte efectuando el correspondiente control abstracto de constitucionalidad". Al respecto, de acuerdo al artículo 107 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para efectos del control constitucional de los tratados internacionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos: 1. Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa; 2. Control constitucional previo a la aprobación legislativa; y, 3. Control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa.

Está plenamente justificado el control constitucional dentro de la vida jurídica de cada uno de los Estados, y aquel control se hace extensivo también al ámbito del Derecho Internacional, y en la especie a los Tratados y Convenios Internacionales, ya que si bien aquel mecanismo de control se ha producido para limitar el poder de los órganos tradicionales que lo detentan (ejecutivo, legislativo y judicial), las temáticas abordadas dentro de un instrumento internacional tienden a contener derechos que les asisten a los particulares de un Estado suscriptor. En nuestro medio, la principal fuente de legitimidad a la hora de la suscripción de un tratado o convenio internacional está dada por el respeto a las normas constitucionales.

En lo que respecta al Estado ecuatoriano, la Constitución de la República, en el artículo 416, determina que: *"las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en*

*consecuencia: 12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados".*

Ahora bien, "doctrinaria y jurisprudencialmente, es necesario entender que el control constitucional de tratados internacionales debe realizarse especialmente desde el punto de vista de la propia Constitución, lo cual representa sin lugar a duda el estudio más importante de todos, en virtud de que por medio de este análisis entramos en la temática de la defensa de la Norma Fundamental mediante los mecanismos que ella misma prevé, a fin de asegurar el principio universalmente aceptado de la supremacía constitucional y la posterior irradiación de sus efectos en todo el sistema normativo que de ella misma se deriva.

No se puede pretender iniciar siquiera con un control de la constitucionalidad mínimamente serio sin hacer mención al contenido del artículo 424 de la Constitución, base de la jerarquía normativa del escenario constitucional ecuatoriano. El citado artículo, en su primer inciso, establece lo siguiente. *"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica..."*.

Como se aprecia, este inciso afirma la superioridad instrumental de la Constitución respecto del resto de fuentes en el Ecuador. Es decir, a partir de tal consagración son definidos los estratos esenciales del escenario jurídico nacional".

Enfocando el análisis de los tratados internacionales desde el punto de vista del derecho internacional, diremos que debido a la interdependencia cada vez mayor que guardan los países, han proliferado los convenios o tratados internacionales, instrumentos jurídicos que bien pudiéramos asimilar a los contratos en el sentido de que mediante el consentimiento manifestado por los Estados con ese carácter, en el caso de los tratados, se da vida a un vehículo jurídico y se crean derechos y obligaciones entre las partes. Es decir, que así como los particulares se sirven de los contratos para estipular derechos y obligaciones entre sí, los sujetos de derecho internacional y particularmente los Estados, celebran tratados sobre las más variadas materias con la intención de crear derechos y obligaciones, regidos por el derecho internacional.

Como consecuencia natural de la proliferación de convenios internacionales, el derecho de los tratados es una de las disciplinas que más se ha desarrollado en los últimos años; en el ámbito internacional, pasando de ser mero derecho consuetudinario a un derecho codificado, teniendo su origen a partir de la cumbre celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969.

### **El Rol de la Asamblea Nacional en la ratificación o denuncia de los tratados y convenios internacionales**

El artículo 419 de la Constitución establece: *"La ratificación o denuncia de los tratados internacionales*

requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites; 2. Establezcan alianzas políticas o militares; 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley; 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución; 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales; 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio; 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético”.

La doctrina constitucionalista “defiende que la observancia de las normas constitucionales es condición esencial para la validez de los tratados”; nuestra Carta Fundamental así lo prevé; así, el artículo 419 de la Constitución faculta a la Asamblea Nacional la aprobación previa a la ratificación o denuncia de los tratados o convenios internacionales, ubicando dentro de este artículo los casos en los cuales podrá intervenir el órgano legislativo.

La Asamblea Nacional, como organismo que ejerce el poder legislativo, y acorde a lo establecido en el artículo citado en el párrafo precedente, se encuentra facultada para aprobar tratados internacionales que el Ecuador suscriba con otros países; más aún, tomando en cuenta que la Asamblea Nacional es elegida democráticamente por el pueblo y por ende le corresponde representarlo de manera tal que sus intereses sean protegidos; en este caso, compromisos internacionales.

#### **Constitucionalidad del instrumento internacional**

Previo a iniciarse el proceso de denuncia de un tratado internacional, conforme lo determina el artículo 71, numeral 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, en concordancia con el artículo 110, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, le corresponde a la Corte Constitucional realizar un control automático de constitucionalidad de los Tratados Internacionales.

Atendiendo a aquel control automático consagrado en el artículo 110, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional realizará tanto un control formal como material del presente instrumento internacional.

#### **Control formal**

Se debe señalar que conforme lo determinan los artículos 110, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el artículo 71,

<sup>1</sup> Marco Monroy Cabra, “Derecho de los Tratados”; Bogotá, Leyer, 1995, pp. 95-96. Citado por César Montaña Galarza en “Constitución ecuatoriana y Comunidad Andina”, en “La estructura constitucional del Estado ecuatoriano”, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador / Corporación Editora nacional, 2004, pág. 348, pág. 348.

numeral 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, en caso de requerir la aprobación legislativa, la Corte Constitucional deberá realizar el control automático de constitucionalidad.

El presente caso se encasilla dentro del denominado control previo de constitucionalidad de las denuncias de los tratados internacionales, lo cual guarda concordancia con los casos previstos tanto en el artículo 419 de la Constitución de la República, como en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Cabe destacar que el artículo 438 de la Constitución de la República dispone que la Corte Constitucional emitirá informe previo y vinculante de constitucionalidad entre otros casos de los tratados internacionales; sin embargo, este mismo artículo dispone “además de los que determine la ley”; es decir, permite que se realice aquel control respecto a casos contemplados en normas de carácter legal, y en aquel sentido debemos remitirnos a lo que dispone el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa<sup>2</sup> en donde se determina que también la denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional, en los casos expresamente señalados en esta disposición normativa.

<sup>2</sup> Art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.- La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites;
2. Establezcan alianzas políticas o militares;
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley;
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución;
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales;
6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio;
7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; y,
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

En todos estos casos, en un plazo máximo de diez días después de que se emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional, la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen.

En este caso, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, verificará la documentación correspondiente y remitirá el tratado a la comisión especializada, para que en el plazo máximo de veinte días, emita el informe que será puesto a conocimiento del Pleno.

La aprobación de estos tratados requerirá el voto de la mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional.

Por disposición constitucional contenida en el artículo 419 de la Carta Fundamental ecuatoriana y en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, corresponderá a la Corte Constitucional determinar si para la denuncia de este instrumento internacional, éste se encuentra dentro de los casos que requieren aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional; y en aquel sentido se determina que el *“Convenio sobre la promoción y protección de inversiones”*, suscrito entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia se enmarca dentro de los casos contemplados en los artículos 419, numeral 6 de la Constitución, y 108, numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, es decir, que: *“comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio”*; por lo que al tratarse de temas de inversiones de capital se verán inmersas actividades de índole comercial, por lo tanto se requerirá de la aprobación previa del legislativo para la denuncia de este instrumento internacional.

En la especie se determina que el contenido del instrumento internacional, objeto de control previo a su denuncia, hace referencia al fomento, tratamiento, protección de las inversiones, libres transferencias y solución de controversias entre las partes; es decir, temáticas asociadas al comercio internacional. En aquel sentido este instrumento internacional compromete al país en un acuerdo de comercio, justificándose la necesidad de requerir la aprobación legislativa previa a la denuncia.

#### **Control material**

Una vez que se ha determinado que la denuncia del *“Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones”*, objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, se encuentra dentro de los casos que requieren aprobación previa de la Asamblea Nacional, es menester realizar un análisis material del contenido del instrumento internacional.

El artículo 1 del instrumento internacional, objeto de control, establece las diferentes definiciones de los términos utilizados en el presente convenio.

Dentro de la descripción de cada uno de estos conceptos no se evidencia contradicción alguna con el texto constitucional; más bien se denota que los mismos se encuentran acorde a la normativa constitucional contenida en el artículo 339 de la Constitución de la República, que determina que el Estado ecuatoriano promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, siendo importante para el correcto desarrollo y cumplimiento de los fines de este instrumento internacional determinar el alcance de los diversos conceptos que integran el tratado en análisis; Por ende, el artículo 1 del Tratado en análisis, al ser un artículo descriptivo, no contraviene el texto constitucional.

El artículo 2 trata de la promoción y protección de inversiones, permitiendo dentro del territorio de una de las Partes Contratantes, las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, promoviéndolas en lo posible; tratando justa y equitativamente a estas inversiones de capital.

Adicionalmente, este artículo determina que no se perjudicará en su territorio la utilización, el uso, o el

aprovechamiento de las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.

Del análisis de este artículo se puede evidenciar que las disposiciones contenidas se enmarcan dentro de los preceptos establecidos en el artículo 284, numeral 8 de la Constitución de la República, que consagra como objetivos de la política económica propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes; el artículo 339 de la Constitución que promueve las inversiones nacionales y extranjeras, y artículo 416, numeral 12 ibídem que determina entre las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional, el fomentar un nuevo Sistema de Comercio e Inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Por lo tanto, este artículo 2 del *“Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones”* guarda armonía con la Constitución de la República.

El artículo 3 abarca el tratamiento de las inversiones, no evidencia una contradicción con normas contenidas en el texto constitucional ecuatoriano, ya que consagra el principio de igualdad de tratamiento a las inversiones y admite que no se concederá un trato menos favorable.

Este artículo guarda concordancia con el artículo 276, numeral 5, que determina que el régimen de desarrollo tendrá entre sus objetivos: *“impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional”*.

El artículo 4 del Convenio en cuestión, mismo que trata acerca de las excepciones, no contraviene el texto constitucional, al contrario, se encuentra acorde a lo que establece el artículo 329 de la Constitución.

El artículo 5 deja entrever una clara protección de inversiones e indemnizaciones en caso de expropiación, lo cual guarda armonía con los artículos 321, 323 y 339 del texto constitucional.

El artículo 6 que trata acerca de la compensación por pérdidas y que establece una restitución o compensación rápida, adecuada y efectiva a las partes contratantes, no quebranta norma constitucional alguna, en razón de que brinda a las partes la seguridad necesaria para el desarrollo de sus inversiones en caso de que éstas sufran pérdidas por motivos ajenos a su voluntad, tales como guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, entre otros.

El artículo 7 del instrumento en análisis establece la libre transferencia de las inversiones entre los territorios de las partes contratantes; por tanto, se evidencia un apego al artículo 339 de la Constitución de la República.

El artículo 8 del tratado hace referencia al proceso de subrogación, el cual contempla la posibilidad de subrogar el traspaso de derechos y el reconocimiento de aquello entre las partes contratantes, lo cual viabiliza el instrumento internacional, sin que esto comporte una contradicción con el texto constitucional.

Por su parte, el artículo 9 del convenio que trata sobre las consultas, establece que las partes contratantes podrán consultar rápidamente sobre cualquier tema relacionado con la interpretación o aplicación del convenio.

El artículo 10 del instrumento, materia del presente estudio, denota una clara vulneración y contraposición al texto constitucional, lo cual analizaremos más adelante.

Finalmente, dentro del análisis material que nos hemos permitido realizar, precisaremos que los artículos 11, 12, 13 y 14 del Convenio se encuentran en completo apego a la norma constitucional.

Ahora bien, de la lectura minuciosa del Tratado Internacional sujeto a análisis, se colige que el artículo 10 antes mencionado, determina los mecanismos de solución de divergencias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión.

El artículo 10 del tratado en consideración se refiere a la inclusión de un organismo independiente como mediador de conflictos si las partes no llegasen a solucionar amigablemente las controversias; para ello consideran necesario someter el caso en disputa al Centro Internacional para el Arreglo de Disputas por Inversiones (CIADI) o a un tribunal de arbitraje ad-hoc que a menos que las partes de la controversia lo acuerden de otro modo, será establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional. (UNCITRAL).

En este sentido y de conformidad con lo expuesto en el análisis del artículo en cuestión, se evidencia que por expresa prohibición constitucional esta divergencia no puede ser sometida a un Tribunal Arbitral, puesto que aquello implicaría ceder la jurisdicción soberana del Estado ecuatoriano a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Ecuador y personas naturales o jurídicas privadas, como es el caso del presente artículo del tratado internacional.

Por lo expuesto, la solución de controversias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, que constituye un Estado en los asuntos que regula este tratado por mandato constitucional, no podría someterse a un tribunal de arbitraje ya que se estaría vulnerando el principio constitucional contenido en el artículo 422 de la Carta Fundamental, que dice: *“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas...”*.

Adicionalmente, aquellas resoluciones provenientes de estos Tribunales Ad hoc podrían generar serios perjuicios al Estado ecuatoriano, el mismo que como parte del presente tratado representa a los intereses de todos los habitantes de nuestro país. En aquel sentido, se atentaría al artículo 416 de la Constitución de la República, que determina: *“Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: (...) 12.- Fomenta un nuevo Sistema de Comercio e Inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la*

*creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados”*.

### **Conclusión sobre la constitucionalidad de la denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones**

Mediante Oficio N.º T.4766-SNJ-10-21 de fecha 6 de enero del 2010, la Presidencia de la República solicita a la Corte Constitucional que emita dictamen de constitucionalidad previo a la denuncia de varios acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, suscrito por el Ecuador con varios países; debido a que el contenido de esos instrumentos internacionales tiende a variar en cada uno de ellos, el pronunciamiento que la Corte realiza es respecto al tratado celebrado con la República de Finlandia, sin que el mismo constituya un pronunciamiento respecto a todos los tratados que describe el oficio antes enunciado.

De la lectura minuciosa del Tratado Internacional sujeto a análisis, se colige que a la fecha en la que se lo celebró, es decir, el 18 de abril del 2001, las disposiciones contenidas en los artículos del convenio eran concordantes con lo que establecía el Capítulo VI “De Los Tratados Internacionales” de la Constitución Política de 1998 (artículos 161, 162 y 163) vigente a esa fecha, por lo que hay que resaltar que el presente Tratado fue constitucional a la fecha de su celebración, más aún si lo que se buscó lograr es la asistencia recíproca en materia de inversiones; ahora bien, dado el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que se instauró en el Ecuador mediante la publicación de la nueva Constitución en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008, el control constitucional de los tratados internacionales se lleva a cabo de una manera más concreta, debiendo responder las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional a los verdaderos intereses del pueblo, incluso se establecen prohibiciones para la celebración de nuevos tratados y convenios internacionales.

Dentro del articulado del instrumento internacional que se analiza, los artículos 10 y 11 tratan de la solución de divergencias entre las partes contratantes y la solución de divergencias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, y que los mismos tienden a comprometer al Estado ecuatoriano en obligaciones que someten jurisdiccionalmente al país ante Tribunales Arbitrales, para que solucionen controversias generadas dentro del marco del presente instrumento internacional.

En cuanto a la competencia de la Corte Constitucional para realizar control de constitucionalidad de las denuncias de tratados internacionales se debe manifestar que conforme lo determina el artículo 438 de la Constitución de la República, se dispone que la Corte Constitucional emitirá informe previo y vinculante de constitucionalidad, entre otros casos, de los tratados internacionales; sin embargo, este mismo artículo dispone: *“además de los que determine la ley”*; es decir, permite que se realice aquel control respecto a casos contemplados en normas de carácter legal, y en aquel sentido debemos remitirnos a lo que dispone el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa,

en donde se determina que también la denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirán la aprobación previa de la Asamblea Nacional, en los casos expresamente señalados en esta disposición normativa.

Adicionalmente, se debe señalar que conforme lo determinan los artículos 110, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y el artículo 71, numeral 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, en caso de requerir la aprobación legislativa, la Corte Constitucional deberá realizar el control automático de constitucionalidad, el mismo que ha realizado, en ejercicio de su competencia constitucionalmente establecida.

Dado que no todos los artículos del instrumento internacional están en contradicción con el texto constitucional, esta Corte considera que no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente aquel artículo que no guarda armonía con el texto constitucional, previniendo al órgano legislativo que dentro de aquel instrumento internacional es importantísimo determinar los mecanismos de solución de las diferencias, los mismos que deben establecerse de común acuerdo de las partes contratantes, pero respetando los preceptos constitucionales.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, emite el siguiente:

### DICTAMEN

1. El "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones", requiere aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional, por encontrarse dentro de los casos que establece el artículo 419, numeral 6 de la Constitución de la República.
2. Dictamina la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en el artículo 10 del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones" previo a la aprobación legislativa, para que proceda la denuncia del instrumento internacional analizado.
3. Remítase el expediente a la Presidencia de la República para que haga conocer el presente dictamen a la Asamblea Nacional.
4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (e).

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

**Razón:** Siento por tal, que el Dictamen que antecede fue aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con seis votos de los doctores:

Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinueza, Fabián Sancho Lobato, Ruth Seni Pinoargote y Edgar Zárate Zárate, sin contar con la presencia de los doctores: Alfonso Luz Yunes, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día jueves veintinueve de julio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por .....- f.) Ilegible.- Quito, 9 de agosto del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 29 de julio del 2010

### DICTAMEN N.º 027-10-DTI-CC

### CASO N.º 0004-10-TI

### **LA CORTE CONSTITUCIONAL, para el período de transición**

**Juez Constitucional Ponente:** Dr. Hernando Morales Vinueza

### **I. ANTECEDENTES:**

El Economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, mediante Oficio N.º T. 4766-SNJ-10-21 de fecha 06 de enero del 2010, dirigido al Presidente de la Corte Constitucional, mediante el cual adjunta el "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones", solicita que la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 438, numeral 1 de la Constitución de la República, emita dictamen de constitucionalidad para la denuncia del referido instrumento internacional.

Efectuado el sorteo respectivo, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió el presente caso al Dr. Hernando Morales Vinueza, a quien le correspondió actuar como Juez Sustanciador.

Con fecha 18 de febrero del 2010, el Dr. Hernando Morales Vinueza, Juez Constitucional Sustanciador, mediante Oficio N.º 008-10-HM, remite a la Secretaría General de la Corte Constitucional el respectivo informe, mediante el cual declaró que el presente instrumento internacional requiere aprobación legislativa previo a su denuncia, a fin de que sea conocido por el Pleno del organismo. El Pleno de la Corte Constitucional aprobó el informe presentado por el Juez Constitucional Sustanciador. Mediante Oficio N.º 564-CC-SG-2010 de fecha 30 de marzo del 2010, la Secretaría

General, por disposición del Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria del 25 de marzo del 2010, solicita que se remita a la Secretaría General el texto del presente instrumento internacional para su publicación en el Registro Oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111, numeral 2, literal **b** de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

## II. TEXTO DEL CONVENIO OBJETO DE ANÁLISIS

### CONVENIO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA PARA EL FOMENTO Y PROTECCIÓN RECÍPROCOS DE INVERSIONES

El Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China (denominados en lo sucesivo las Partes Contratantes):

En su afán de crear condiciones favorables para las inversiones efectuadas por inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante;

Reconociendo que el fomento, la promoción y la protección recíprocos de tales inversiones conducirán a estimular la iniciativa de negocios de los inversionistas e incrementarán la prosperidad en ambos Estados;

Deseando intensificar la cooperación económica de ambos Estados sobre una base de equidad y beneficios mutuos;

Han convenido lo siguiente:

#### Artículo 1

Para los propósitos de este Convenio,

1.- El término "inversión" significa todo tipo de activo invertido por inversionistas de una de las Partes Contratantes de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última, e incluye concretamente, pero sin limitarse a:

- a) Bienes muebles e inmuebles, y otros derechos reales tales como prendas e hipotecas;
- b) Acciones, capital y cualquier otra clase de participación en compañías;
- c) Derechos monetarios o cualquier otra clase de obligaciones que tenga valor económico;
- d) Derechos de autor, propiedad industrial, conocimientos técnicos y procesos tecnológicos;
- e) Concesiones legales, incluyendo aquellas para la búsqueda o explotación de recursos naturales;

2.- El término "inversionista" significa:

Con respecto a la República Popular de China:

- a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular de China;
- b) Entidades económicas creadas de conformidad con las leyes de la República Popular de China y domiciliadas en la República Popular de China.

Con respecto a la República del Ecuador:

- a) Las personas naturales que tengan la nacionalidad de la República del Ecuador;
- b) Las personas jurídicas, sociedades comerciales y demás sociedades y asociaciones que tengan su Sede en el territorio de la República del Ecuador, y que tengan personería jurídica, independientemente de la clase de responsabilidad en sus socios o de la actividad que realicen;

3.- El término "ganancias" significa los montos generados por las inversiones, tales como utilidades, dividendos, intereses, regalías u otros ingresos legítimos.

#### Artículo 2

1.- Cada Parte Contratante impulsará a los inversionistas de la otra Parte Contratante a hacer inversiones en su territorio y admitirá tales inversiones de conformidad con sus leyes y reglamentos.

2.- Cada Parte Contratante concederá asistencia y proveerá facilidades a ciudadanos de la otra Parte Contratante para obtener visas y permisos de trabajo en o para su territorio, en relación con actividades asociadas a dichas inversiones, de conformidad con su legislación interna.

#### Artículo 3

1.- Las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes y las actividades relacionadas con las mismas gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.

2.- El tratamiento y protección mencionados en el Numeral 1 de este Artículo no será menos favorable que los acordados a inversiones de inversionistas de terceros países y a actividades relacionadas con las mismas.

3.- El tratamiento y protección mencionados en los Numerales 1 y 2 de este Artículo no incluyen ningún tratamiento preferencial acordado por la otra Parte Contratante a inversionistas de un tercer Estado en base a uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a la supresión de la doble tributación o para facilitar el comercio en la frontera.

#### Artículo 4

Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, nacionalizará o tomará medidas similares (en lo sucesivo denominadas "expropiación") en contra de inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se reúnan las siguientes condiciones:

- a) Declaratoria de utilidad pública;
- b) En virtud de un trámite legal interno;

- c) Sin discriminación;
- d) A cambio de una justa compensación.

La compensación mencionada en el Numeral 1, literal d) de este Artículo deberá ser equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en que se declara la expropiación, ser convertible y libremente transferible. La compensación deberá ser pagada sin demoras injustificadas.

#### **Artículo 5**

Los inversionistas de una de las Partes Contratantes que han sufrido pérdidas de sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, por causa de guerra, estado de emergencia nacional, insurrección, amotinamiento u otro suceso similar, recibirán de la segunda Parte Contratante, un tratamiento no menos favorable que el acordado por ésta a inversionistas de un tercer Estado.

#### **Artículo 6**

1.- Cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, con sujeción a sus leyes y reglamentos, la transferencia de sus inversiones y de las utilidades obtenidas, incluyendo:

- a) Utilidades, dividendos, intereses y otros ingresos legítimos;
- b) Montos resultantes de liquidaciones totales o parciales de sus inversiones;
- c) Pagos efectuados de conformidad con un convenio de préstamo en relación con una inversión;
- d) Regalías según el Numeral 1 literal d) del Artículo 1;
- e) Pagos por asistencia técnica, tarifas por servicios técnicos, honorarios de gestión;
- f) Pagos relacionados con Proyectos bajo contrato.

2.- La transferencia antes mencionada se hará al tipo de cambio prevaeciente de la Parte Contratante que ha aceptado la inversión, a la fecha de la transferencia.

#### **Artículo 7**

Si una de las Partes Contratantes o una de sus Entidades competentes realiza un pago a un inversionista bajo una garantía que ha acordado a una inversión de dicho inversionista en el territorio de la otra Parte Contratante, dicha Parte Contratante deberá reconocer la cesión de cualquier derecho o reclamo de dicho inversionista a la primera Parte Contratante o a su Entidad competente, y reconocerá la subrogación de dicha Parte o de su Entidad sobre tales derechos o reclamo. El derecho o reclamo subrogado no podrá ser mayor que el derecho o reclamo original de dicho inversionista.

#### **Artículo 8**

1.- Cualquier conflicto entre las Partes Contratantes relacionado con la interpretación o aplicación de este

Convenio será, en la medida de lo posible, resuelto por consultas a través del canal diplomático.

2.- Si un conflicto no puede ser resuelto de esta manera en un plazo de seis meses, contado a partir de la presentación formal del reclamo por una de las Partes Contratantes, dicho conflicto será sometido a un tribunal de arbitraje ad-hoc.

3.- Dicho tribunal estará conformado por tres árbitros. En un plazo de dos meses desde la fecha en que una de las Partes Contratantes reciba de la otra Parte comunicación escrita solicitando el arbitraje, cada una de las Partes deberá nombrar a un árbitro. Dichos dos árbitros deberán nombrar de mutuo acuerdo a un tercer árbitro, el cual deberá ser ciudadano de un tercer Estado que mantenga relaciones diplomáticas con ambas Partes Contratantes. El tercer árbitro será designado por las dos Partes Contratantes como Presidente del tribunal de arbitraje.

4.- Si el tribunal de arbitraje no ha sido constituido en un plazo de cuatro meses desde la fecha de recepción de la comunicación escrita solicitando el arbitraje, cualquiera de las Partes Contratantes puede, ante la ausencia de cualquier otra disposición al respecto, invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a que nombre al (a los) árbitro (s) que todavía no haya (n) sido designado (s). Si el Presidente es ciudadano de cualquiera de las Partes Contratantes o por cualquier otra causa no puede cumplir dicha función, se invitará al siguiente miembro de mayor antigüedad de la Corte Internacional de Justicia que no sea ciudadano de ninguna de las Partes Contratantes a hacer el (los) nombramiento (s) necesario (s).

5.- El tribunal de arbitraje deberá fijar su propio procedimiento. El tribunal deberá entregar su laudo de conformidad con lo dispuesto en este Convenio y con los principios de derecho internacional.

6.- El tribunal deberá decidir el laudo por mayoría de votos. Dicho laudo será definitivo y vinculante para ambas Partes Contratantes. El tribunal de arbitraje ad-hoc deberá, previa solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes, aclarar o ampliar dicho laudo.

7.- Cada una de las Partes Contratantes deberá sufragar el costo de sus respectivos árbitros y de su representación en el proceso de arbitraje. Los costos pertinentes del Presidente y del tribunal serán sufragados equitativamente por ambas Partes Contratantes.

#### **Artículo 9**

1.- Cualquier conflicto entre un inversionista de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante en relación con una inversión en el territorio de dicha Parte deberá, en la medida de lo posible, ser resuelto amigablemente por medio de negociaciones entre las partes en conflicto.

2.- Si el conflicto no puede ser resuelto por medio de negociaciones en un plazo de seis meses, cualquier parte del conflicto tendrá derecho a presentar al mismo tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.

3.- Si un conflicto relacionado con el monto de compensación por expropiación no puede ser resuelto en un plazo de seis meses después de recurrir a las negociaciones

tal como se especifica en el Numeral 1 de este Artículo, dicho conflicto podrá ser presentado por petición de cualquiera de las partes a un tribunal de arbitraje ad-hoc. Lo dispuesto en este numeral no se aplicará si el inversionista interesado ha recurrido al procedimiento especificado en el Numeral 2 de este Artículo.

4.- Dicho tribunal de arbitraje será constituido para cada individual de la siguiente manera: cada parte del conflicto deberá nombrar a un árbitro, y ambos deberán seleccionar como Presidente a un ciudadano de un tercer Estado que tenga relaciones diplomáticas con las dos Partes Contratantes. Los dos primeros árbitros serán nombrados en un plazo de dos meses después de que una de las partes del conflicto reciba de la otra parte notificación escrita de la solicitud de arbitraje, y el Presidente deberá ser seleccionado en un plazo de cuatro meses. Si dentro del periodo antes especificado el tribunal no ha sido constituido, cualquiera de las partes del conflicto puede invitar al Secretario General del Centro Internacional para la Resolución de Conflictos de Inversiones a que haga los nombramientos respectivos.

5.- El tribunal deberá fijar su propio procedimiento. Sin embargo, el tribunal puede, en el curso de la determinación de su procedimiento, usar como guía las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Conflictos de Inversiones.

6.- El tribunal deberá llegar a una decisión por mayoría de votos. Dicha decisión será definitiva y vinculante para ambas partes del conflicto. Ambas Partes Contratantes se comprometerán a aplicar la decisión de conformidad con la respectiva legislación tributaria.

7.- El tribunal fallará de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en el conflicto que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones de este Convenio, y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes.

8.- Cada una de las partes del conflicto deberá sufragar los costos de sus respectivos miembros designados al tribunal y de su representación y actuaciones. El Costo del Presidente designado y los costos restantes serán sufragados equitativamente por las partes del conflicto.

#### **Artículo 10**

Si el tratamiento que, de conformidad con sus leyes y reglamentos, una de las Partes Contratantes va a acordar a inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte Contratante o a actividades relacionadas con dichas inversiones es más favorable que el tratamiento previsto en este Convenio, se deberá aplicar el tratamiento más favorable.

#### **Artículo 11**

Este Convenio se aplicará a inversiones efectuadas por inversionistas de cualquiera de las partes Contratantes antes o después de su entrada en vigor, de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última.

#### **Artículo 12**

1.- Los representantes de las dos Partes Contratantes deberán realizar reuniones oportunamente con el fin de:

- a) Revisar la aplicación de este Convenio;
- b) Intercambiar información legal y sobre oportunidades de inversión;
- c) Resolver conflictos originados por inversiones;
- d) Transmitir propuestas para la promoción de inversiones;
- e) Estudiar otros asuntos relacionados con inversiones.

2.- Si cualquiera de las Partes Contratantes solicita una consulta por cualquier asunto indicado en el Numeral 1 de este Artículo, la otra Parte Contratante deberá dar pronta respuesta a la misma, y las consultas se realizarán alternativamente en Beijing y en Quito.

#### **Artículo 13**

1.- Este Convenio entrará en vigor en el primer día del mes siguiente a la fecha en que cada una de las Partes Contratantes notifique a la otra por escrito de que sus respectivos trámites legales internos han sido cumplidos, y permanecerá vigente por un periodo de cinco años.

2.- Este Convenio seguirá vigente si alguna de las Partes Contratantes no envía una notificación por escrito a la otra Parte Contratante para denunciar el mismo un año antes de la expiración especificada en el Numeral 1 de este Artículo.

3.- Después de expirado el periodo inicial de cinco años, cualquiera de las Partes Contratantes puede en cualquier momento posterior a esa denunciar este Convenio, enviando una notificación por escrito con por lo menos un año de anticipación a la otra Parte Contratante.

4.- Con respecto a inversiones efectuadas antes de la fecha de denuncia del presente convenio, las disposiciones del Artículo 1 al 12 seguirán vigentes por un periodo adicional de diez años desde dicha fecha de denuncia.

En fe de lo cual, los representantes debidamente autorizados de sus respectivos Gobiernos han firmado este Convenio.

Efectuado en Beijing el 21 de marzo de 1994, en doble ejemplar en los idiomas chino, español e inglés, siendo todos los textos igualmente válidos. En caso de divergencia de interpretación, prevalecerá el texto en inglés.

Por el Gobierno de la República del Ecuador

DIEGO PAREDES PEÑA Ministro de Relaciones Exteriores

Por el Gobierno de la República Popular de China

SHI GUANG SHENG  
Viceministro del MOFTEC

### III. PRONUNCIAMIENTO DE PERSONA INTERESADA DEFENDIENDO O IMPUGNANDO LA CONSTITUCIONALIDAD DEL INSTRUMENTO INTERNACIONAL

#### **Ec. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República**

El Presidente Constitucional de la República, al solicitar pronunciamiento de la Corte Constitucional para efectuar la denuncia del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones", en lo principal, expuso: Que varios acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones suscritos por el Ecuador con distintos países, contienen cláusulas contrarias a la Constitución de la República y lesivas a los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana.

Que los tribunales arbitrales, a los que dichos tratados obligan a someterse jurisdiccionalmente al Ecuador, al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no toman en cuenta el Derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de "inversión", llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por el Ecuador han sido "arbitrarias" o "discriminatorias". Que a pesar de que la mayoría de esos tratados han respetado la soberanía tributaria de los países receptores de inversiones, los tribunales arbitrales la han desconocido en ocasiones, al considerar que una medida tributaria es confiscatoria.

Por esta razón solicita que la Corte Constitucional emita dictamen de constitucionalidad favorable y vinculante para denunciar el "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones"

#### **Blasco Peñaherrera Solah, representante de la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador**

Publicado el texto del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones" en el Registro Oficial N.º 169 (Suplemento) del lunes 12 de abril del 2010, para que alguna persona pueda defender o impugnar el referido instrumento jurídico internacional, en el término de diez días previsto en el artículo 111, numeral 2, literal **b** de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha comparecido el ciudadano Blasco Peñaherrera Solah, invocando la calidad de representante legal de la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, mediante escrito de fecha 22 de abril del 2010, quien en lo principal, manifiesta: Que no existe en la Constitución ecuatoriana un procedimiento para declarar inconstitucional un tratado internacional, ni existe pronunciamiento de la Corte Constitucional en ese sentido; que a pesar de la falta de motivación, entiende que la petición del Presidente de la República –para denunciar el tratado suscrito con la República Popular de China– se fundamenta en el artículo 422 de la Constitución, que dispone: "*No se podrá celebrar*

*tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*", norma que para el abogado defensor del Estado –afirma– es ineficaz.

Que la citada norma constitucional pierde de vista la tensión entre soberanía y arbitraje, que no radica en el procedimiento (jurisdicción y tipos de controversias), sino en el derecho sustancial aplicable a las disputas que son las que imponen ciertos límites a los Estados. Que este aspecto no se halla contemplado ni prohibido en la Constitución.

Añade que el artículo 422 del texto constitucional no resuelve el problema de la limitación de la soberanía y tampoco prohíbe la celebración de tratados internacionales de protección de inversiones, a pesar –afirma– de lo que comúnmente se cree; que del artículo 422 de la Constitución se desprenden tres elementos a considerar: a) prohibición de celebrar tratados en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional; b) en controversias contractuales o de índole comercial; y c) entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Señala que respecto al segundo elemento, el negocio jurídico va a estar delimitado en un contrato comercial entre el Estado y un inversionista extranjero, y no se refiere a controversias derivadas de un tratado internacional. Que las controversias derivadas de violación de un tratado usualmente nacen de decisiones soberanas de un Estado, no contenidas en contratos, sino en leyes o actos administrativos, por lo que serían actos extracontractuales, en tanto que las controversias comerciales son disputas que nacen de acciones u omisiones contractuales.

Que a las disputas contractuales o de índole comercial se les aplica usualmente normas de derecho interno, mientras que a las disputas por violación de un tratado se aplican normas del Derecho internacional; por tanto, sostiene, el artículo 422 de la Constitución de la República se refiere a disputas contractuales o de índole comercial derivadas de un contrato.

Que los tratados de protección de inversiones no protegen ni regulan controversias contractuales, sino controversias por actos ilícitos internacionales estatales extracontractuales que vulneran normas internacionales –constantes en tratados– y no contractuales –que se encuentran en un contrato–.

Indica que según información contenida en la página web del Estudio "Wray-Cabezas" se confirma que las decisiones del CIADI, en materia de inversión, han sido bastante equilibradas; que el historial ecuatoriano es bastante ejemplificativo, ya que –sostiene– ha ganado la mayoría de las causas que se le han iniciado o ha llegado a importantes acuerdos.

Que resulta poco claro que se quiera dejar sin efecto los tratados de protección de inversiones porque los tribunales arbitrales, supuestamente, han desconocido la soberanía tributaria del Ecuador; de hecho estos tratados excluyen expresamente el tema tributario de su jurisdicción.

Que el Ecuador tiene pleno derecho para denunciar los tratados de protección de inversión, pues así se estipula en

los mismos; sin embargo –añade– caben dos puntualizaciones: a) El Ecuador deberá notificar con un año de anticipación su voluntad de terminar definitivamente los tratados de protección de inversiones, y una vez notificada esa decisión de denunciarlos, los inversionistas tendrán diez años más de protección; y, b) ¿por qué no se denuncian todos los tratados de protección de inversiones?, ya que –afirma– según la nota del Presidente Correa, el proceso de denuncia no afectará a los tratados suscritos con Paraguay, El Salvador, Rumania, España, Bolivia, Cuba y Perú, y pregunta si existe alguna razón al respecto.

Que si la preocupación es que el Ecuador sea juzgado por tribunales internacionales y las decisiones de aquellos comprometan el derecho interno o acusen a nuestro país de discriminación o arbitrariedad, ¿qué opinión le merece al Presidente de la República el hecho de que el Ecuador sea reiteradamente condenado por la Corte de Derechos Humanos de San José? Y se pregunta si ¿por este hecho vamos a denunciar el Pacto de San José de Costa Rica?

Finalmente, solicita que la Corte Constitucional se abstenga de emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto a los acuerdos bilaterales de protección recíprocos de inversiones suscritos por el Ecuador con varios Estados, y se instruya al Gobierno Nacional para que proceda a la renegociación de los tratados referidos, para lo cual se deberán iniciar las negociaciones diplomáticas pertinentes, y en caso de no ocurrir así, se presenten los arbitrajes necesarios para solucionar las diferencias en cuanto al contenido y alcance de las disciplinas jurídicas contenidas en los tratados de protección de inversiones.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Para resolver la presente causa, se formulan siguientes:

##### **CONSIDERACIONES:**

##### **Competencia de la Corte Constitucional**

El Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo previsto en los artículos 429 y 438 numeral 1 de la Constitución de la República, artículos 75, numeral 3, literal *d*, 107 y siguientes y Tercera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en concordancia con los artículos 69 y siguientes del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso, por lo que se declara su validez.

##### **Naturaleza jurídica, alcances y efectos del control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales**

La Constitución de la República, respecto al control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, dispone que todo convenio, pacto, acuerdo, tratado, etc.,

deben mantener compatibilidad con sus normas. Partiendo de esta premisa constitucional, el artículo 417 determina que: "Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución...".

El examen de constitucionalidad de los tratados internacionales implica analizar si el contenido de dichos instrumentos jurídicos guarda conformidad con las normas de la Constitución de la República, así como el cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación y suscripción, conforme lo previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Al respecto debe pronunciarse la Corte Constitucional.

##### **La Denuncia de los Tratados Internacionales**

En el Derecho Internacional Público, la denuncia es la declaración unilateral a través de la cual un Estado decide retirar su consentimiento de un tratado internacional, rompiendo la relación obligatoria que le vinculaba a través del mismo. Esta facultad se basa en el principio de soberanía de los Estados; así como éstos pueden vincularse a otros Estados, contrayendo obligaciones mediante los tratados, también pueden desvincularse por su mera voluntad mediante la denuncia<sup>1</sup>.

Habrá que tener presente que la denuncia es uno de los modos de terminación de los tratados, y la naturaleza jurídica que garantiza la extinción de éstos, al contrario de los casos de nulidad, no se encuentra condicionada por ningún vicio del consentimiento o por resultar incompatible con las normas esenciales del Derecho Internacional, sino por el efecto de situaciones sobrevenidas en el marco de un tratado que hasta ese momento ha mantenido su validez, o por decisión de las partes, posterior a su entrada en vigor. Claro está que el propio Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados reconoce a la denuncia (artículo 56) entre las circunstancias contempladas como causas de terminación, siempre que conste la intención de las partes en autorizarla o se deduzca de la naturaleza del tratado<sup>2</sup>.

##### **El rol de la Asamblea Nacional en la ratificación o denuncia de los tratados y convenios internacionales**

Bajo un sistema de democracia representativa, el rol que asume el órgano legislativo es primordial, pues encarna la voluntad popular expresada mediante sus representantes en la Asamblea Nacional. En tal virtud, actuando a nombre y en representación de sus mandantes, los legisladores deben aprobar de manera previa la ratificación o denuncia de los tratados internacionales, ya que de ese pronunciamiento depende que el Ecuador incursione o se desligue de un compromiso internacional.

<sup>1</sup> Ver en [http://es.wikipedia.org/wiki/Denuncia\\_\(derecho\\_internacional\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Denuncia_(derecho_internacional))

<sup>2</sup> DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel, Catedrático de la Universidad de Jaén, comentando la obra "La Denuncia de los Tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y Práctica Estatal" de CONDE PÉREZ E. – Ed. Congreso de Diputados Colección Monografías – año 2007

Para expresar su aprobación, la Asamblea Nacional debe observar lo previsto en el artículo 419 de la Constitución de la República, que señala los casos en los cuales es necesaria esa aprobación legislativa previa para la ratificación o denuncia de los tratados internacionales.

Al presentar el respectivo Informe, el Dr. Hernando Morales Vinuesa, Juez sustanciador, señaló que el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” requiere aprobación legislativa previa para su denuncia, ya que dicho convenio es de los previstos en el numeral 7 que se refiere a los tratados que “atribuyan competencia propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”, criterio que es acogido por el Pleno de la Corte Constitucional.

### **Control de Constitucionalidad del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones**

#### **Control Formal de la suscripción del Convenio**

Al respecto, cabe señalar que el Ecuador, en ejercicio de su soberanía, suscribió el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones”, en Beijing el 21 de marzo de 1994, siendo representado por el Ministro de Relaciones Exteriores, de conformidad con el artículo 7, numeral 2, literal **a** de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Una vez suscrito por el Ecuador el Convenio objeto de análisis, fue ratificado mediante Decreto Ejecutivo N.º 352-B del 2 de junio de 1997<sup>3</sup>, conforme el procedimiento previsto en las normas constitucionales vigentes a esa época, obligándose desde entonces el Ecuador al cumplimiento de los compromisos adquiridos en el Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones.

#### **Control material de constitucionalidad del Convenio**

El Presidente de la República sostiene que el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones”, así como otros de la misma naturaleza, suscritos por el Ecuador con otros países, “contienen cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana”; por tanto, corresponde a esta Corte examinar su contenido, a fin de establecer si dicho instrumento jurídico internacional guarda o no conformidad con el texto constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional efectúa el siguiente análisis:

**El artículo 1** define los términos a ser empleados en el Convenio, tales como: 1) “inversión”, entendiéndose como tales los bienes muebles e inmuebles, derechos reales como

prenda e hipoteca; acciones, capital y otras formas de participación en compañías; derechos monetarios; derechos de autor, propiedad industrial, conocimientos técnicos, procesos tecnológicos; concesiones legales; 2) “inversionista”, entendiéndose como tales a las personas naturales que tengan la nacionalidad china o ecuatoriana, y/o jurídicas que hayan sido constituidas conforme a las leyes de cada uno de estos países; y 3) “ganancias”, entendiéndose como tales los montos generados por las inversiones (utilidades, dividendos, intereses, regalías u otros ingresos legítimos).

**El artículo 2** del Convenio establece el compromiso de ambas Partes para impulsar a los inversionistas de la otra Parte a efectuar inversiones en su territorio y conforme a sus leyes y reglamentos, facilitando la obtención de visas y permisos de trabajo a los inversionistas en las actividades asociadas a dichas inversiones y sujetándose a la legislación interna del Estado receptor de las inversiones.

**El artículo 3** garantiza a las inversiones de cada Parte Contratante y las actividades relacionadas con las mismas, un trato justo y equitativo, así como la protección en el territorio de la otra Parte, trato que no será menos favorable que los acordados a favor de inversionistas de terceros Estados, aclarándose que este tratamiento y protección no incluye los tratos preferenciales acordados por cada Parte a favor de inversionistas de un tercer país, respecto de uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a la supresión de la doble tributación o para facilitar el comercio de frontera.

**El artículo 4** del instrumento internacional objeto de análisis establece que ninguna de las Partes expropiará, nacionalizará o tomará medidas sucesivas en contra de las inversiones de inversionistas de la otra Parte en su territorio, salvo las siguientes condiciones: a) declaratoria de utilidad pública; b) en virtud de un trámite legal interno; c) sin discriminación; y, d) a cambio de justa compensación; para el efecto se entenderá como justa compensación la equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en que se efectúe la expropiación, y sin demoras injustificadas.

**El artículo 5** señala que los inversionistas de una Parte Contratante, que hayan sufrido pérdida de sus inversiones en el territorio de la otra Parte, a causa de guerra, estado de emergencia, insurrección, amotinamiento u otros similares, recibirán de la otra Parte un trato no menos favorable que el acordado por ésta a favor de inversionistas de un tercer país.

**El artículo 6** dispone que cada Parte garantiza a los inversionistas de la otra Parte, con sujeción a sus leyes y reglamentos (del Estado receptor), la transferencia de sus inversiones y utilidades, pago que se hará al tipo de cambio prevaleciente en la Parte Contratante receptora de la inversión.

**El artículo 7** del Convenio dispone que si una de las Partes Contratantes o una de sus entidades competentes realiza un pago a un inversionista bajo una garantía que ha acordado a

<sup>3</sup> Una vez ratificado por el Gobierno, el texto del Convenio fue publicado en el R. O. No. 104 del 9 de julio de 1997.

una inversión de dicho inversionista en el territorio de la otra Parte Contratante, ésta reconocerá la cesión de cualquier derecho o reclamo de dicho inversionista a la primera Parte Contratante o a su entidad competente y reconocerá la subrogación de dicha Parte o su entidad sobre tal derecho o reclamo; y que el derecho o reclamo subrogado no puede ser mayor que el derecho o reclamo original del inversionista.

**El artículo 8** estipula que cualquier conflicto entre las Partes Contratantes, relacionado con la interpretación o aplicación del convenio, debe ser resuelto a través del canal diplomático; si ello no es posible en el plazo de seis meses, el conflicto será sometido a un tribunal arbitral ad-hoc, que estará conformado por tres árbitros, los cuales serán designados uno por cada Parte y entre estos dos designarán un tercero que será ciudadano de un tercer Estado que mantenga relaciones con ambas Partes en conflicto y presidirá el tribunal arbitral; si el tribunal no fuere integrado en el plazo de cuatro meses de haberse solicitado el arbitraje, cualquiera de las Partes puede invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia para que nombre a los árbitros que aún no hayan sido designados; si el Presidente fuere ciudadano de las Partes en conflicto, se invitará al siguiente miembro de mayor antigüedad de la Corte Internacional de Justicia que no sea ciudadano de los Estados Partes del Convenio; el tribunal emitirá su laudo conforme lo previsto en el Convenio y los principios del Derecho Internacional; su decisión será tomada por mayoría de votos y es vinculante para las Partes Contratantes, pudiendo aclarar o ampliar el laudo; y cada Parte deberá sufragar los costos de sus respectivos árbitros; los costos del Presidente y del tribunal serán sufragados por las Partes equitativamente.

**El artículo 9** del Convenio establece que los conflictos entre un inversionista de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante, en relación con una inversión en el territorio de dicha Parte deberá, en la medida de lo posible, ser resuelto por medio de negociaciones entre las partes en conflicto; de no hallarse solución en el plazo de seis meses, cualquier parte del conflicto tendrá derecho a presentarlo ante el tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión; si un conflicto relacionado con el monto de indemnización no puede ser resuelto en el plazo de seis meses luego de recurrir a las negociaciones, podrá ser presentado por cualquiera de las Partes a un tribunal de arbitraje ad-hoc, procedimiento que no será aplicable si el inversionista ha comparecido ante el tribunal competente de la Parte que acepta la inversión; cada Parte designará un árbitro y entre estos dos designarán un tercero que presidirá el tribunal; si en el plazo de cuatro meses no está constituido el tribunal, cualquiera de las Partes podrá invitar al Secretario General del Centro Internacional para la Resolución de Conflictos de Inversiones para que haga los nombramientos necesarios; el tribunal fijará su propio procedimiento pero podrá utilizar como guía las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de los Conflictos de Inversiones; tomará su decisión por mayoría de votos y será vinculante para las Partes Contratantes; el tribunal emitirá el laudo de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en conflicto que acepte la inversión, además de sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones del Convenio y los principios reconocidos del Derecho Internacional aceptadas por ambas Partes Contratantes, las que deberán sufragar los costos de sus respectivos miembros designados al tribunal; el costo del

Presidente y los costos restantes serán sufragados por las Partes de manera equitativa.

**El artículo 10** establece que si el tratamiento que una de las Partes dé, conforme a su legislación interna, respecto de inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte Contratante, fuera más favorable que el tratamiento previsto en el Convenio, se aplicarán las normas más favorables.

**El artículo 11** señala que el Convenio se aplicará a inversiones efectuadas por inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes, antes o después de la entrada en vigor del convenio, de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante, en cuyo territorio se hagan tales inversiones.

**El artículo 12** del Convenio establece que las Partes mantendrán reuniones oportunamente para: a) revisar la aplicación del Convenio; b) intercambiar información legal y sobre oportunidades de inversión; c) resolver conflictos originados por inversiones; d) transmitir propuestas para la promoción de inversiones; y, e) estudiar otros asuntos relacionados con inversiones; si una de las Partes efectúa una consulta respecto de estos asuntos, la otra Parte deberá dar respuesta oportunamente; las consultas se efectuarán en Beijing y en Quito.

**El artículo 13** estipula acerca de la entrada en vigor del Convenio a partir del primer día del mes siguiente a la fecha en que cada Parte notifique a la otra acerca de que sus respectivos trámites internos han sido cumplidos y tendrá una vigencia de cinco años, continuando vigente si alguna de las partes no envía una notificación escrita a la otra para denunciar el Convenio un año antes de la expiración del plazo de vigencia; expirado el plazo de cinco años, cualquiera de las Partes Contratantes podrá denunciarlo, enviando una notificación escrita a la otra Parte con anticipación de al menos un año; respecto a las inversiones efectuadas antes de la fecha de denuncia del Convenio, las normas de los artículos 1 a 12 del mismo, seguirán en vigencia por el plazo de diez años desde la fecha de denuncia del Convenio.

#### **Análisis Constitucional del Convenio suscrito con la República Popular de China**

El convenio internacional, objeto del presente análisis, celebrado entre Ecuador y la República Popular de China, tiene como objetivo el fomento y protección recíprocos de inversiones, para lo cual ambas Partes han convenido en crear condiciones favorables para las inversiones efectuadas por inversionistas de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante; además, se indica que las Partes (Ecuador y China) desean "intensificar la cooperación económica de ambos Estados sobre la base de equidad y beneficio mutuos", como se indica en el Preámbulo del instrumento jurídico internacional que se analiza.

Es preciso señalar que el "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones" forma parte de los denominados "Tratados Bilaterales de Inversión" (TBI) que el Ecuador ha suscrito también con otros Estados, los cuales constituyen un tipo especial de contrato suscrito entre dos Estados para asegurar

una efectiva protección al inversionista extranjero por parte del Estado receptor y, de esta forma, promover las inversiones en dicho país dentro de un marco legal estable. Decio Machado sostiene que los TBI forman parte de un complejo sistema diseñado en varios niveles, que van desde lo nacional a lo multilateral, que constituye el marco jurídico para el reconocimiento de los intereses y prerrogativas de los inversionistas<sup>4</sup>.

En efecto, mediante el convenio se garantiza a los inversionistas de cada uno de los Estados Partes, la posibilidad de invertir en el otro Estado, sujetándose a la legislación interna del Estado receptor de inversiones (artículo 2), gozando de un trato justo y equitativo, así como de la protección por parte del Estado receptor, los cuales no serán menos favorables que los acordados respecto de inversiones de inversionistas de terceros países (artículo 3). Sumado a ello, el Estado receptor de inversiones no podrá expropiar tales inversiones de los inversionistas de la otra Parte, a menos que sea mediante declaratoria de utilidad pública, en virtud de un trámite legal interno, sin discriminación y a cambio de una justa compensación (artículo 4).

Afirma Decio Machado que el hecho más relevante, subyacente en los TBI, se refiere al procedimiento de solución de controversias Inversionista-Estado, en el cual se adopta la modalidad de "arbitraje" en Cortes extranjeras. Esta cláusula pone en el mismo nivel a estos dos actores y posibilita algo impensable en otros tiempos: que una "persona jurídica", en este caso las corporaciones transnacionales, puedan demandar a un Estado Nacional. Hay distintos tipos de Cortes de Arbitraje. Tal vez una de las más importantes es el CIADI, adscrito al Banco Mundial; UNCITRAL, adscrito a la ONU; y los mecanismos "ad-hoc" por acuerdo entre las partes. Estas Cortes son de carácter privado y por tanto no responden a un interés colectivo<sup>5</sup>.

Las relaciones internacionales entre los sujetos del Derecho Internacional Público son de índole económicas, políticas, sociales, culturales, religiosas. En muchas ocasiones estas relaciones presentan marcadas diferencias que hay que controlar y conciliar para que la comunidad internacional cumpla con sus fines comunes de garantizar la paz y seguridad internacional<sup>6</sup>. Es por ello que el Derecho Internacional Público prevé formas para solucionar las controversias internacionales a través de medios pacíficos diplomáticos (negociación, buenos oficios, mediación, investigación y conciliación); de los medios pacíficos jurídicos (arbitraje y arreglo judicial) y los medios violentos o coactivos (retorsión, ruptura de relaciones diplomáticas, represalia, bloqueo, ultimátum y la guerra) para la solución del conflicto que se presente<sup>7</sup>.

Estas formas de desacuerdos o divergencias sobre determinados temas son conocidos como "conflicto internacional". En la doctrina internacional existen numerosas concepciones sobre lo que se considera como un conflicto internacional. La Corte de la Haya, en el caso de las concesiones Mavrommatis en Palestina en el año 1924, señaló que un conflicto "es una controversia o un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos Estados"<sup>8</sup>. Asimismo, la doctrina distingue dos tipos de conflictos internacionales, siendo uno de ellos los conflictos de orden jurídico, que para Rousseau

"son aquellos en los cuales las partes están en desacuerdo sobre la aplicación o la interpretación del derecho existente"<sup>9</sup>.

Ahora bien, entre los medios jurídicos de solución pacífica de conflictos se encuentra el arbitraje. Una de las mejores definiciones de este medio de solución está señalada por el artículo 37 del Convenio de la Haya del 18 de octubre de 1907, referido a la solución pacífica de los conflictos internacionales, el cual expresa: "El arbitraje internacional tiene por objeto resolver los litigios entre los Estados, mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto del derecho..." (citado por Rousseau, 1966)<sup>10</sup>. Para que las partes puedan someter su controversia ante un arbitraje internacional es necesario que exista la voluntad de las mismas, manifestada y concretizada en el compromiso, "entendido como el acuerdo en el que se decide recurrir al arbitraje y que representa la voluntad común de las partes"<sup>11</sup>.

El "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones" fue suscrito el 21 de marzo de 1994 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo N.º 352-B del 2 de junio de 1997, es decir, cuando se encontraban vigentes las codificaciones de la Constitución de 1993 (Ley 25, Registro Oficial N.º 183 del 5 de mayo de 1993) y la de 1997 (Registro Oficial 2 del 13 de febrero de 1997), respectivamente, en las cuales no existía la prohibición de celebrar dicho tratado, por el cual el Ecuador se somete a la jurisdicción y competencia de tribunales arbitrales, tanto para el caso de controversias entre los Estados Partes (Ecuador y China) derivadas de la interpretación y aplicación del Convenio, como de las controversias surgidas, en relación con una inversión, entre un inversionista nacional de alguno de estos Estados y el Estado receptor de inversiones, por tanto, no se transgredía ninguna norma constitucional.

<sup>4</sup> MACHADO Decio; "Ecuador y la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión"; ver en [www.quiendebeaqui.org](http://www.quiendebeaqui.org)

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> HERNANDEZ VILLALOBOS, Larys y MANASÍA FERNÁNDEZ, Nelly; "Conflictos Internacionales; Medios de Solución y Derecho Internacional Humanitario"; Avance del proyecto de investigación "Los Conflictos Internacionales y sus Medios de Solución", registrado ante el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES), bajo el No. 0332-2004; Maracaibo-Venezuela.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> BROTONS REMIRO A. y otros "Derecho Internacional" - Editorial Mc Graw-Hill S.A. - Madrid, 1997.

<sup>9</sup> ROUSSEAU, Ch.; "Derecho Internacional Público Profundizado" - La Ley S.A. Editora e Impresora - Buenos Aires, 1966.

<sup>10</sup> Idem..

<sup>11</sup> Idem.

En cambio, al expedirse la actual Constitución a partir de octubre del 2008, se estableció un nuevo modelo de constitucionalidad en el Ecuador, al cual se debe sujetar todo el ordenamiento jurídico, así como el procedimiento y condiciones para la suscripción y ratificación de los convenios internacionales.

Los objetivos señalados en el "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones" guardan relación con la norma contenida en el artículo 416, numeral 1 de la actual Constitución de la República, esto es que el Ecuador, en sus relaciones internacionales, "*proclama (...) la cooperación, la integración y la solidaridad*". En este aspecto y en el marco de las normas contenidas en el referido Convenio, los ciudadanos ecuatorianos han podido efectuar inversiones de varios tipos en la República Popular de China, así como los nacionales de ese Estado lo han hecho en el Ecuador, para lo cual han debido sujetarse a las disposiciones del ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados receptores de inversiones.

Sin embargo, se advierten dos normas, que disponen el sometimiento del Ecuador a decisión de tribunales arbitrales ad-hoc, que presuntamente podrían considerarse lesivas a los intereses del Ecuador, aspecto que debe ser analizado por la Corte Constitucional. Las citadas normas se encuentran contenidas en los artículos 8 y 9 del referido instrumento internacional.

El artículo 8 del convenio establece la posibilidad de que, en el evento de suscitarse controversias entre los Estados Partes (Ecuador y China), respecto de la interpretación o aplicación del mismo, de no lograrse resolverlas por los canales diplomáticos, dicha controversia sea sometida a la decisión de un tribunal arbitral ad-hoc, para lo cual cada Estado Parte designará un árbitro y entre estos dos deben designar a un tercero, que no tenga la nacionalidad de ninguno de los Estados en conflicto, quien presidirá el tribunal.

Como ya se ha manifestado en las consideraciones precedentes, el arbitraje es una institución reconocida por el Derecho Internacional Público para la solución de controversias surgidas entre dos o más Estados. De ahí que, en caso de surgir controversias entre Ecuador y China respecto de la interpretación y/o aplicación del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones", y que estas no puedan ser resueltas por consultas a través del canal diplomático, es completamente válido recurrir al arbitraje, sin que ello implique afectar la soberanía nacional ni ceder jurisdicción alguna, ya que de conformidad con el artículo 416, numeral 9 de la Constitución de la República, el Ecuador reconoce el derecho internacional como norma de conducta.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio celebrado con la República Popular China, dicha norma establece, para el caso de controversias entre inversionistas nacionales de un Estado Parte y el otro Estado Parte, en relación con una inversión en el territorio de este último (receptor de inversiones), tres posibilidades de solución de dicha controversia.

En primer lugar, el numeral 1 de dicha norma establece la opción de solucionar la controversia en forma amistosa a través de negociaciones directas entre las partes en conflicto, forma de actuar que guarda concordancia con el artículo 416, numeral 2 de la Constitución de la República, en cuanto señala que el Ecuador propugna la solución pacífica de las controversias.

Como segunda opción, el numeral 2 del artículo 9 del Convenio señala que, de no lograrse un arreglo por medio de conversaciones entre las partes del conflicto, cualquiera de éstas podrá presentar su reclamo ante el tribunal competente del Estado receptor de inversiones, lo cual garantiza el pleno ejercicio de la jurisdicción y competencia que el ordenamiento jurídico interno atribuye a sus jueces locales, sin que se advierta transgresión de nuestra normativa constitucional.

En tercer lugar, el numeral 3 del artículo 9 del Convenio objeto de análisis, señala que si un conflicto relacionado con el monto de compensación por expropiación no puede ser resuelto en un plazo de seis meses después de recurrir a las negociaciones, "dicho conflicto podrá ser presentado por petición de cualquiera de las partes a un tribunal de arbitraje ad-hoc".

Sobre este aspecto es necesario puntualizar algunos elementos que clarifiquen el alcance y consecuencias de esta norma contenida en el Convenio, para lo cual se analiza lo siguiente: a) Los inversionistas de un Estado Parte (personas naturales o jurídicas), en base al Convenio suscrito entre Ecuador y la República Popular China, pueden efectuar inversiones en el otro Estado (receptor de inversiones), actividad que, lógicamente, puede ser puesta en práctica a través de la existencia de una relación contractual o de índole comercial con el Estado receptor de inversiones; b) La expropiación es una institución jurídica prevista y regulada en nuestro ordenamiento jurídico, que opera por razones de utilidad pública o interés social y nacional (artículo 323 de la Constitución de la República), previo el pago de la respectiva indemnización, conforme a la ley; c) En cuanto al monto de indemnización (justo precio), nuestro ordenamiento jurídico regula lo referente al valor y forma de pago, aspecto que debe ser sometido a decisión de los jueces competentes, que es la forma como el Estado ejerce soberanamente su jurisdicción.

El artículo 422 de nuestra Constitución dispone lo siguiente:

*"No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.*

*Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.*

*En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá*

*soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional*.

De la norma citada se infieren dos aspectos:

- 1) La ratificación de que el arbitraje es una institución reconocida por el Derecho Internacional Público, al cual el Ecuador reconoce como norma de conducta para desenvolverse en el concierto internacional de naciones en determinados asuntos; y,
- 2) La expresa prohibición de celebrar convenios o tratados internacionales en los que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias relativas a asuntos contractuales o comerciales con personas naturales o jurídicas privadas.

En el presente caso, el contenido del artículo 9, numeral 3 del convenio, puesto a conocimiento de esta Corte, somete al Ecuador a un tribunal arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad de la República Popular China, lo que implica renunciar a la "Jurisdicción del Estado", considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado<sup>12</sup> (Ecuador); por tanto, la citada norma del Convenio objeto de análisis contraviene lo preceptuado en el primer inciso del artículo 422 del texto constitucional, por lo que es procedente su denuncia.

La denuncia implica una serie de requisitos, siendo uno de ellos, que la posibilidad de denuncia unilateral esté reflejada en una cláusula específica y condicionada por el principio de buena fe, pero sobre todo, por el respeto al resto de las partes en el tratado<sup>13</sup>, ya que –como afirma la profesora Conde Pérez– la denuncia se trata de un acto "que se encuentra en la frontera entre dos principios básicos del ordenamiento internacional: la regla del *pacta sunt servanda* y el principio de la soberanía estatal<sup>14</sup>".

El numeral 1 del artículo 13 del presente Convenio dispone que el plazo de vigencia es de cinco años a partir de primer día del mes siguiente a la fecha en que cada Estado Parte haya notificado a la otra, por escrito, del cumplimiento de sus respectivos trámites legales internos; la misma norma establece, en el numeral 2, que el convenio seguirá vigente si alguna de las Partes no envía notificación por escrito a la otra para denunciarlo, un año antes de la expiración del plazo de vigencia pactado, hecho que no ha ocurrido, por lo que el referido instrumento internacional ha mantenido una vigencia de aproximadamente 13 años desde su ratificación mediante Decreto Ejecutivo N.º 352-B del 2 de junio de 1997, publicado en el Registro Oficial N.º 104 del 9 de julio de 1997.

Sin embargo, el numeral 3 del artículo 13 del instrumento internacional analizado dispone que: "*después de expirado el periodo inicial de cinco años, cualquiera de las Partes Contratantes puede, en cualquier momento posterior a esa fecha, denunciar este Convenio, enviando una notificación por escrito con, por lo menos un año de anticipación, a la otra Parte Contratante*"; de tal forma que no existe impedimento alguno para efectuar la denuncia del

"Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones".

Si bien del análisis efectuado al "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones" se advierte, de manera concreta, que es el numeral 3 del artículo 9 del citado instrumento internacional el que se halla en contradicción con el artículo 422 de la Constitución de la República, debe tomarse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 44 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, "**el derecho de una Parte, provisto en un tratado o emanado del artículo 56, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto**" (énfasis añadido); por tanto, la denuncia que se efectúe del tratado objeto de análisis, afecta a la totalidad del mismo, siendo la consecuencia de ello, que el Ecuador deje de ser parte en dicho instrumento internacional.

Sin embargo, el numeral 4 del artículo 13 del convenio examinado dispone: "*Con respecto a inversiones efectuadas antes de la fecha de denuncia del presente Convenio, las disposiciones del artículo 1 al 12 seguirán vigentes por un periodo adicional de diez años desde la fecha de denuncia*", aspecto que deberá ser tomado en cuenta por el Ecuador, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, referente al principio *pacta sunt servanda*.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en ejercicio de sus atribuciones, emite el siguiente:

### DICTAMEN:

1. Declarar que el artículo 9, numeral 3 del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones" contradice lo dispuesto en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República, en cuanto a la

<sup>12</sup> Ver "Diccionario de Derecho Internacional" del Embajador Miguel A. Vasco – Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, año 2005.

<sup>13</sup> DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel, Catedrático de la Universidad de Jaén, comentando la obra "La Denuncia de los Tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y Práctica Estatal" de CONDE PÉREZ E. – Ed. Congreso de Diputados Colección Monografías – año 2007.

<sup>14</sup> Idem.

prohibición de celebrar tratados o instrumentos internacionales en que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

2. Declarar que, al encontrarse el instrumento internacional analizado en contradicción con el texto constitucional, es procedente continuar el trámite correspondiente para su denuncia.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (e). f.) Dr.

Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

**Razón:** Siento por tal, que el Dictamen que antecede fue aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con seis votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinuesa, Fabián Sancho Lobato, Ruth Seni Pinoargote y Edgar Zárate Zárate, sin contar con la presencia de los doctores: Alfonso Luz Yunes, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día jueves veintinueve de julio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por .....- f.) Ilegible.- Quito, 9 de agosto del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 29 de julio de 2010

**Sentencia N.º 033-10-SEP-CC**

**CASO N.º 0167-10-EP**

**LA CORTE CONSTITUCIONAL, para el período de transición:**

**Juez Constitucional Ponente: Dr. Edgar Zárate Zárate**

**LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN**

**I. ANTECEDENTES**

**De la Solicitud y sus argumentos**

Ariosto Andrade Díaz, en su calidad de Gerente General y Representante Legal del Banco Comercial de Manabí,

amparado en lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador, presenta acción extraordinaria de protección en contra de las siguientes decisiones judiciales: a) sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2009, dentro del juicio ordinario N.º 656-09 que por nulidad de sentencia sigue en contra de Humberto Argemiro Azúa Guillén; b) auto que niega la petición de aclaración, dictado el 21 de enero del 2010 por la misma Sala de la Corte Nacional de Justicia; c) sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 7 de abril del 2009; y, d) auto que niega la petición de aclaración, dictado por la misma Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 11 de mayo del 2009.

El accionante manifiesta que el Banco Comercial de Manabí concedió un sobregiro por la suma de setenta y seis millones trescientos sesenta y siete mil quinientos veintinueve sucres con treinta y cinco centavos (76'367.521,35 sucres) al señor Humberto Argemiro Azúa Guillén, quien en aquella época era titular de una cuenta corriente en la institución financiera; sin embargo, el sobregiro nunca fue restituido, lo que motivó que se planteara una demanda por la vía ejecutiva a fin de que el demandado fuese condenado al pago del monto del sobregiro, más los respectivos intereses y las costas judiciales.

La demanda fue conocida por el Juez Cuarto de lo Civil de Manabí, quien dictó sentencia declarando con lugar la demanda propuesta y disponiendo que Humberto Argemiro Azúa Guillén pague el valor correspondiente al sobregiro concedido, más los intereses de ley, sentencia respecto de la cual, el demandado apeló y la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, revocó la sentencia venida en grado y aceptó la excepción de inejecutividad del título, pese a que el artículo 52 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero dispone que la liquidación de los sobregiros en cuenta corriente efectuada por el banco, junto con el estado de cuenta del deudor son títulos ejecutivos y por lo tanto, son exigibles por la vía ejecutiva.

Indica el accionante que es necesario aclarar que la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo no liberó ni desvaneció la deuda que Humberto Argemiro Azúa Guillén mantenía con el Banco Comercial de Manabí, sino que simplemente aceptó la excepción de que el título que se había adjuntado a la demanda no era ejecutivo y consecuentemente, la vía ejecutiva no era la idónea para reclamar sus derechos, razón por la cual se volvió a demandar al señor Humberto Argemiro Azúa Guillén el pago de los valores adeudados, pero esta vez por vía ordinaria; sin embargo, la jueza Primera de lo Civil de Manabí, de manera ilegal e inmoral, declaró sin lugar la demanda.

El Banco Comercial de Manabí apeló de la sentencia dictada, mas, sin respetar ningún principio jurídico, la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Manabí no solo que confirmó la sentencia en cuanto a rechazar la demanda, sino que la reformó para condenar al banco al pago de costas judiciales y de daños y perjuicios.

Posteriormente, el señor Humberto Argemiro Azúa Guillén presentó ante la misma Jueza Primera de lo Civil de Manabí

y con fundamento en el artículo 845 del Código de Procedimiento Civil, una demanda por daños y perjuicios en contra del Banco Comercial de Manabí, alegando que la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Manabí, al declarar sin lugar la demanda presentada en su contra, había dispuesto el pago de los daños y perjuicios, que de manera falsa aducía le habían producido. Asimismo, en la demanda plantea una reclamación por daño moral, a sabiendas de que la vía para iniciar dicha acción es la ordinaria. Además, la supuesta prueba actuada dentro de este proceso se centró en documentación del fideicomiso Azfer, específicamente en una dación en pago que realizó este fideicomiso, debidamente representado por Filanfondos a favor de la compañía Expulsa y en unas declaraciones juramentadas que, pese a carecer de toda fuerza probatoria, fueron valoradas por la Jueza. Según Humberto Argemiro Azúa Guillén, la dación en pago que realizó el fideicomiso Azfer fue consecuencia directa e inmediata de la demanda que el Banco Comercial de Manabí presentó en su contra para el pago del sobregiro, lo cual le ocasionó un grave perjuicio económico y adicionalmente un perjuicio moral.

El Banco Comercial de Manabí demandó la nulidad de la sentencia dictada por la jueza antes mencionada el 1 de diciembre del 2006, dentro del juicio verbal sumario por daños y perjuicios, propuesto en su contra. Dicha demanda fue aceptada en primera instancia; sin embargo, Humberto Argemiro Azúa Guillén, por no sentirse conforme con la decisión emitida, propuso recurso de apelación, el mismo que fue conocido por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Manabí, órgano que revocó el fallo que aceptaba la nulidad demandada. Ante estos hechos se interpuso el respectivo recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, ya que existía una seria vulneración al ordenamiento constitucional y legal de la República.

La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en lugar de proceder conforme a derecho y casar una sentencia que adolecía de serios vicios de constitucionalidad y legalidad, se limitó a no casar el fallo dictado por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Manabí.

Por otra parte, mediante escrito de fecha 17 de marzo del 2010, el accionante, en cumplimiento a lo dispuesto por la Sala de Admisión de esta Corte Constitucional, aclara y completa su demanda, identificando cuáles son las decisiones judiciales que impugna, así como identificando los derechos constitucionales presuntamente vulnerados con las indicadas decisiones judiciales, que los concreta en los derechos del debido proceso contenidos en el artículo 76, numerales 1, 4 y 6; derechos de defensa contenidos en el artículo 76, numeral 7, literales **c**, **h**, **j** y **l**; derecho de tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 75, y derecho de propiedad establecido en los artículos 66, numeral 26, y 321, todos de la Constitución de la República del Ecuador. Finalmente, el accionante presenta sus argumentos sobre los derechos presuntamente vulnerados y su relación directa e inmediata con la actuación u omisión de las autoridades judiciales, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 62, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

#### **Pretensión Concreta:**

El accionante expresamente solicita lo siguiente:

*“...disponga la reparación integral de los derechos constitucionales del Banco Comercial de Manabí, que han sido vulnerados por la sentencia de la Corte Nacional de Justicia dictada dentro del juicio 656-2009, sentencia que no corrigió las graves violaciones constitucionales que se han producido en la sentencia dictada en el juicio verbal sumario de daños y perjuicios seguido por Humberto Argemiro Azúa Guillén (...) solicito se deje sin efecto la sentencia dictada por la Jueza Primera de lo Civil de Manabí el 01 de diciembre del 2006, las 08h43, dentro del juicio verbal sumario de daños y perjuicios seguido por Humberto Argemiro Azúa Guillén en contra del Banco Comercial de Manabí y se dispondrá a órgano judicial competente que no se ejecute la sentencia condenatoria... Igualmente se deberá dejar sin efecto la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Manabí el 26 de de noviembre del 2004, las 10h30, dentro del juicio ordinario seguido por el Banco Nacional de Manabí en contra de Humberto Argemiro Azúa Guillén...”.*

#### **Sentencias y autos impugnados**

**Parte pertinente de la sentencia dictada el 22 de diciembre del 2009 por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia:**

**“CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA. (656-2009 GNC).** Quito, 22 de diciembre del 2009; las 09h20.- **VISTOS.** (...) Es evidente que el casacionista aspira que esta Corte de casación valore nuevamente la prueba documental que menciona en el recurso, para que acepte la reconvencción que ha sido rechazada por el Tribunal ad quem, pero, la causal tercera no tiene la finalidad de revisar prueba y fijar hechos porque esta es función exclusiva del tribunal de instancia. Lo que debió hacer el recurrente es explicar de que manera ha ocurrido la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba y cómo este primer vicio ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia. (...) la invocación de normas constitucionales tampoco tiene argumentación alguna, de tal manera que el recurrente no brinda los elementos necesarios para controlar la legalidad, como es su obligación en virtud del principio dispositivo.- **Motivos por los cuales no se acepta el cargo.-** Por las consideraciones que anteceden, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no casa el fallo dictado por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Manabí, el 7 de abril del 2009, las 17h30...”.**

**Parte pertinente del auto de aclaración dictado el 21 de enero del 2010 por la Sala de lo Civil Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia**

**“CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA. (656-2009 GNC).** Quito, 21 de enero del 2010; las 11h45.- **VISTOS.** (...) **SEGUNDO.** El representante del Banco actor, pide aclaración sobre si la Constitución prevalece sobre las demás normas del ordenamiento jurídico o si por el

*contrario el Código de Procedimiento Civil es la única norma que establece las causales de nulidad de una sentencia o si, por el contrario, se puede declarar la nulidad de una sentencia cuando violenta normas de la Constitución; que si las autoridades judiciales no están obligadas a garantizar los derechos de las partes; que si en el presente caso no era aplicable lo dispuesto por el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 140 inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial; que determinemos si los únicos casos en que un juez puede declarar la nulidad de una sentencia son lo determinados en el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil o si una sentencia es nula si ha violentado lo determinado por la Constitución. En el considerando "Tercero" de la sentencia se encuentra la motivación clara, detallada y exacta de todas las inquietudes teóricas que el peticionario de este recurso de aclaración presenta, argumentos que no son necesarios de repetirse, por lo que esta Sala, rechaza la petición de aclaración presentada..."*

**Parte pertinente de la sentencia dictada el 7 de abril del 2009 por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Manabí:**

*Portoviejo, abril 7 del 2009; las 17h30.- VISTOS: (...) Antecedentes que debieron acreditarse en forma plena y en torno a esto hechos nada suministran los autos, ya que esta acción como especial que es, debe reunir requisitos inexorables de procedencia; y, el juez A-quo no salirse de los hechos sometidos a la sentencia que le ordena el Art. 269 del Código de Procedimiento Civil y 274 ibidem, y decidir que por falta de citación a AZFER, diligencia que no se requería en el proceso, dictar la nulidad de la sentencia. Este sometimiento al operador de justicia de segunda instancia, tiene su apreciación en el actual Art. 1 de la Constitución del Ecuador vigente, relacionado con el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, valorando sobre sana crítica, en concordancia con lo expuesto, esta sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de apelación interpuesto por el demandado y revoca la sentencia venida en grado, como consecuencia admite las excepciones de improcedencia de la acción y lo hace por falta de justificación de la parte actora a sus pretensiones..."*

**Parte pertinente del auto de aclaración dictado el 11 de mayo del 2009; las 17h00 por Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Manabí:**

*Portoviejo, mayo 11 del 2009; las 17h00.- VISTOS: (...) La ejecución de la sentencia fue analizada ampliamente por la Sala, siendo las decisiones de los jueces en forma independiente por lo que corresponde con la revocatoria tácita de la medida analizarlo en el juicio principal de ejecución lo solicitado. Finalmente, ya está definido la situación de costas y honorarios en la sentencia..."*

**De la contestación y sus argumentos**

Los Doctores Manuel Sánchez Zuraty, Carlos Ramírez Romero y Galo Martínez Pinto, en sus calidades de Jueces

de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, con fecha 13 de mayo del 2010, dan cumplimiento a lo dispuesto mediante providencia de fecha 10 de mayo del 2010, dictada por el Dr. Edgar Zárate Zárate, Juez Constitucional Sustanciador de la Corte Constitucional para, el período de transición, en atención a la acción extraordinaria de protección propuesta por el Banco Comercial de Manabí, presentando el respectivo informe motivado.

En lo principal, los accionados manifiestan que para cumplir el mandato de la Corte Constitucional, envían compulsas debidamente certificadas de la sentencia dictada en el juicio ordinario N.º 656-2009-GNC por nulidad de sentencia seguido por el Banco Comercial de Manabí contra Humberto Argemiro Azúa Guillén, que ha motivado la presente acción extraordinaria de protección.

Indican que en la resolución consta su criterio en derecho y además que las actuaciones del juicio original han sido enviadas a la Corte Constitucional, por las judicaturas de las instancias correspondientes.

**De los argumentos del tercero interesado**

Comparece el señor Humberto Argemiro Azúa Guillén y manifiesta que la presente acción es inadmisibles en atención al mandato contenido en el artículo 437 de la Constitución de la República, puesto que el supuesto legitimado activo es una persona jurídica. Asimismo, señala que la acción extraordinaria de protección propuesta en su contra violenta lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

No existe un argumento claro en la demanda presentada, ya que el Banco Comercial de Manabí no justifica argumentadamente los derechos constitucionales supuestamente vulnerados, simplemente se limita a hacer declaraciones líricas sobre la seguridad jurídica y sobre el desarrollo de sus actividades económicas, los mismos que no pueden considerarse argumentos ni tienen sustentos técnicos ni científicos.

Toda la demanda no es más que una ininteligible diatriba del recurrente sobre lo injusto y lo equivocado de la sentencia recurrida y de otras tres sentencias a las que hace alusión, expedidas entre el año 2002 y el año 2010.

Finalmente, indica que durante diez prolongados años el Banco Comercial de Manabí ha violado reiteradamente sus derechos constitucionales, los cuales le fueron reconocidos en todas las sentencias de última instancia, especialmente la sentencia ejecutoriada dictada por la Tercera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Manabí el 26 de noviembre del 2004, dentro del juicio ordinario N.º 197-2004, mediante la cual se dispuso la reparación de sus derechos vulnerados.

**II. CONSIDERACIONES Y COMPETENCIA**

**Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente

para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. En la especie, se presenta acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2009, y el auto de aclaración emitido el 21 de enero del 2010 por la misma Sala, dentro del juicio ordinario N.º 656-09.

La Sala de Admisión, mediante auto de fecha 22 de abril del 2010 a las 11h16, en aplicación con lo establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el artículo 12 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, considera que la acción extraordinaria de protección reúne los requisitos de procedibilidad respectivos y, por lo tanto, admite a trámite la presente acción.

#### **Naturaleza de la acción extraordinaria de protección**

La Constitución es la norma fundamental de la cual se derivan todas las demás reglas que rigen y organizan la vida en sociedad; es entonces la fuente suprema del ordenamiento jurídico que ocupa el más alto rango dentro de la pirámide normativa y a ella debe estar subordinada toda la legislación.

En un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, conforme lo establece el artículo 1 de la Constitución de la República, el objetivo principal es proteger a la persona que lo conforma, aplicando la normativa necesaria para tal efecto, sin que esto signifique una vulneración a los principios enmarcados en la Constitución.

Con la vigencia de la actual Carta Fundamental, es entendible que la Corte Constitucional sea el organismo llamado a cumplir con objetivos de defensa y salvaguarda de principios y derechos; en este sentido, la acción extraordinaria de protección, establecida en el artículo 94 de la Norma Suprema, edifica una múltiple garantía de protección a favor de la víctima de violación de derechos constitucionales o del debido proceso, bien sea por la acción u omisión en sentencias o autos definitivos dictados por un órgano de la Función Judicial. Por ende, cuando se refiera a un derecho constitucional violado por acción u omisión, su reclamo de tutela debe plantearse ante una instancia diferente de la que expidió el fallo presuntamente infractor; en el caso de sentencias judiciales, la instancia distinta a la función Judicial competente es la Corte Constitucional.

Así, diremos que la acción extraordinaria de protección nace como una garantía jurisdiccional que busca proveer una manera segura de resguardar derechos que en un proceso pudiesen haber sido vulnerados; sin embargo, resulta preciso acotar que para la procedencia de esta acción es necesario que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal.

#### **Problema jurídico planteado**

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, en el presente caso deberá verificar si los actos impugnados

vulneraron el derecho a una tutela efectiva, imparcial y expedita, el derecho al debido proceso y por ende las garantías básicas que este asegura.

Para esto se hace necesario responder a la siguiente interrogante: ¿Han sido vulneradas las garantías básicas del debido proceso, la tutela efectiva y la seguridad jurídica con la expedición de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2009; el auto que niega la petición de aclaración, dictado el 21 de enero del 2010 por la misma Sala de la Corte Nacional de Justicia; la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí de fecha 7 de abril del 2009, y el auto que niega la petición de aclaración, dictado por la misma Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 11 de mayo del 2009?

Previo a analizar los problemas planteados, se hace necesario precisar que tanto la acción extraordinaria de protección como la Corte Constitucional, como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, no pueden ser confundidos ni catalogados como otra instancia jurisdiccional, puesto que la labor que desempeña este órgano está dirigida al respeto y tutela de los derechos constitucionales; mientras que la administración de justicia ordinaria es la encargada de la sustanciación de las causas en que se ven comprometidos los intereses de las partes, debiendo aquella pronunciarse en base a los méritos procesales que aporten quienes intervienen dentro de la litis; de esta forma se configura el derecho a la seguridad jurídica y la independencia de la Función Judicial.

¿Han sido vulneradas las garantías básicas del debido proceso, la tutela efectiva y la seguridad jurídica con la expedición de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2009; el auto que niega la petición de aclaración, dictado el 21 de enero del 2010 por la misma Sala de la Corte Nacional de Justicia; la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 7 de abril del 2009, y el auto que niega la petición de aclaración, dictado por la misma Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 11 de mayo del 2009?

Ramiro Ávila Santamaría, en la obra "Desafíos Constitucionales", define a las garantías constitucionales como "los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin las garantías, los derechos serían meros enunciados líricos, que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad<sup>1</sup>".

<sup>1</sup> Citado por Ávila Santamaría Ramiro en el libro "Desafíos Constitucionales", pag. 90". Ver doctrina sobre las garantías y su relación con el Estado y la teoría del derecho: Antonio Manuel Peña Freire, La garantía del Estado Social de Derecho, Madrid, Trotta, 199; Geraldo Pisarello, Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción, Madrid, Trotta, 2007; Carolina Silva Portero, "Las Garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?"

Así, diremos que las garantías adecuadas son aquellas que están diseñadas para todos los derechos reconocidos y que son eficaces porque producen el resultado previsto, que es reparar la violación de derechos<sup>2</sup>.

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no sólo es exigible a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial, sino que dichas garantías deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional.

El debido proceso, garantizado por el artículo 76 de la Constitución de la República, es un principio fundamental, siendo el conjunto de derechos propios de las personas y condiciones, de carácter sustantivo y procesal, que deben cumplirse en procura de que quienes sean sometidos a juicio, gocen de las garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso justo, pronto y transparente. Carrión Lugo lo define como el *"Derecho que todo justiciable tiene de iniciar o participar en un proceso teniendo, en todo su transcurso, el derecho de ser oído, de alegar, de probar, de impugnar sin restricción alguna"*<sup>3</sup>.

Al respecto, Arturo Hoyos manifiesta que el debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso, legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones justificadas, oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto a las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos<sup>4</sup>.

En el presente caso, el accionante manifiesta que se han vulnerado las garantías básicas del debido proceso, especialmente su derecho a la defensa; asimismo, indica que se ha violentado su derecho a una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses y su derecho a la seguridad jurídica. Para verificar si efectivamente existió una vulneración a los derechos aludidos por el accionante, esta Corte efectuará un breve análisis de los mismos, y dado el caso los cotejará con las situaciones procesales que dieron como resultado las sentencias impugnadas.

El numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República establece: *"7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: i) Nadie podrá ser juzgado mas de una vez por la misma causa y materia...; l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas..."*.

De esta forma se establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona, y en tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho producirá, en última instancia, indefensión. En otras palabras, esta garantía esencial es una manifestación del debido proceso. Como lo afirma la doctrina, la relación existente entre la tutela judicial efectiva y la prohibición de

la indefensión, se configuran en un único derecho: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En este orden, la indefensión es un concepto "mucho más amplio, quizá también más ambiguo o genérico, —que la tutela efectiva— pues puede originarse por múltiples causas. Sólo puede prosperar su alegación cuando de alguna forma, generalmente por violación de preceptos procedimentales, se impida al acusado ejercitar oportunamente su defensa, cuando se obstaculiza el derecho de defensa como posibilidad de refutar y rechazar el contenido de la acusación que en su contra se esgrime<sup>5</sup>".

En suma, "el pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así, el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: notificar al acusado y al abogado defensor, con la suficiente antelación, y no excluirlo indebidamente del proceso, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa<sup>6</sup>".

El derecho de tutela judicial efectiva es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos causes procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. Es una garantía fundamental recogida en el artículo 75 de la Constitución, que dice: *"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión"*. Este principio se establece como un derecho de protección para brindar a toda persona el cumplimiento de los principios de inmediación y celeridad.

Diremos entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva es la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

<sup>2</sup> Ver Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, IIHD, 3 Edición, Costa Rica, 2004, p. 303-316.

<sup>3</sup> Carrión Lugo, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Civil", p. 435.

<sup>4</sup> Citado Miguel Hernández Terán en "El Debido Proceso en el Marco de la Nueva Constitución, opúsculo, Debido Proceso y Razonamiento Judicial", p. 13.

<sup>5</sup> Iñaki Esparza Leibar, *El Principio del Proceso Debido*, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1995, p. 182.

<sup>6</sup> Omar Huertas Díaz, Francisco Javier Trujillo Londoño y otros, *El Derecho al Debido Proceso y a las Garantías Judiciales en la Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2007, p. 144-145.

Ahora bien, como antecedentes de la sentencia impugnada en la presente acción extraordinaria de protección, tenemos lo siguiente: con fecha 30 de junio del 2000, en el Juzgado Cuarto de lo Civil de Manabí, el Banco Comercial de Manabí pretendió cobrar un sobregiro otorgado al señor Humberto Argemiro Azúa Guillén. Sustanciado el proceso ejecutivo, el Juez Cuarto de lo Civil de Manabí, con fecha 7 de noviembre del 2001, dicta sentencia declarando con lugar la demanda. Por recurso de apelación la sentencia llega a conocimiento de la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, la misma que revoca la sentencia venida en grado y acepta la excepción de inejecutividad. El Banco Comercial de Manabí, al no poder cobrar los valores adeudados por la vía ejecutiva, demandó el pago de la obligación por medio de la vía ordinaria, acción que la propuso ante el Juez Primero de lo Civil de Manabí, el mismo que en su sentencia declaró sin lugar la demanda, motivo por el cual el juicio fue materia de apelación, llegando a conocimiento de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo el 26 de noviembre del 2004, la que ratificó la sentencia del Juzgado Primero de lo Civil de Manabí y la reformó, en el sentido de que se condenaba al actor al pago de costas, daños y perjuicios.

Posteriormente, el señor Humberto Argemiro Azúa Guillén sigue un juicio verbal sumario en contra del Banco Comercial de Manabí, en base a la copia certificada de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo el 26 de noviembre del 2004. Sorteada la causa, su conocimiento le correspondió al Juzgado Primero de lo Civil de Manabí, el cual declaró con lugar la demanda y dispuso que el accionado cancele al actor la suma de USD 300.768,64 dólares por concepto de daños y perjuicios, así como el valor por concepto de costas y honorarios profesionales. Sustanciado el juicio, el demandado propone una demanda de nulidad de sentencia, la cual fue aceptada por la Jueza Primera de lo Civil de Manabí, no obstante ante el recurso de apelación solicitado por la parte actora, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí revoca la sentencia mencionada, ante lo cual, el Banco Comercial de Manabí interpone el respectivo recurso de casación del fallo.

Como hemos anotado, en la tramitación del proceso existieron diferentes juicios, los cuales fueron planteados ante diferentes instancias jurisdiccionales. Dichos procesos fueron conocidos y estudiados por la justicia ordinaria, razón por la cual no le corresponde a esta Corte revisar y pronunciarse sobre temas que han sido debidamente analizados en otras instancias jurisdiccionales, ya que como mencionamos con antelación, este organismo constitucional está llamado exclusivamente a velar por el fiel cumplimiento de aquellos derechos o garantías constitucionales que, por acción u omisión del órgano judicial respectivo, han sido vulnerados al momento de emitir un fallo o auto definitivo; sin embargo, resulta preciso realizar ciertas apreciaciones en cuanto al juicio verbal sumario, que da origen a la acción de nulidad de sentencia, cuyas decisiones son objeto de impugnación en esta acción extraordinaria de protección.

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 845, establece que: *“en el juicio verbal sumario que se efectúe para liquidar intereses, frutos, daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, el fallo no será*

*susceptible de recurso alguno...”* (lo subrayado es nuestro). En este sentido, si bien es verdad que al demandado dentro de un juicio verbal sumario, tanto en el caso materia de nuestro estudio, así como en cualquier otro, no se le priva de su derecho a la defensa, no deja de ser cierto que le está vedado el uso del derecho a recurrir al fallo o resolución pertinente, principio consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

Para entender de mejor manera este principio, Monroy Gálvez señala que: *“los medios impugnatorios son el instrumento que la ley le concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque éste, total o parcialmente”*<sup>7</sup>.

Por su lado, Hinostroza señala que “la impugnación se sustenta en la necesidad de disminuir la posibilidad de injusticia basada, principalmente, en el error judicial, el mismo que si no es denunciado, origina una situación irregular e ilegal, que causa agravio al interesado. Precisa que, la revisión de los actos que se encuentran afectados de vicio o error aparece a consecuencia de un perjuicio inferido al impugnante surgido como consecuencia de la inobservancia de las reglas procesales o de una errónea apreciación al resolver, así como en el caso que exista una decisión arbitraria o una conducta dolosa. En tal sentido y con la finalidad de garantizar una resolución justa y la estricta aplicación de la ley resulta indiscutiblemente necesaria la impugnación de los actos procesales y la instancia plural. Lo que se buscaría a través de esta institución sería la perfección de las decisiones judiciales en atención que ante la advertencia de un error o vicio puesta en conocimiento por alguna de las partes en el proceso, sea el órgano de segundo grado o superior que logre corregir la resolución del Juez a quo y por ende lograr que los actos del Juez sean decisiones válidas”<sup>8</sup>.

El artículo 424 de la Constitución dice: *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”*. La supremacía constitucional, desde el punto de vista material, hace referencia al hecho de que la Constitución es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico de un Estado, legitimando la actividad de los órganos estatales y dotándolos de competencia. Por ello, necesariamente la Constitución es superior a los órganos creados y a las autoridades investidas por ella. Por otra parte, la supremacía formal se refiere a su forma de elaboración, entendida sobre todo como el establecimiento de procesos de revisión de la

<sup>7</sup> Monroy Gálvez, Juan, “Medios impugnatorios en el Código Procesal Civil”.

<sup>8</sup> Hinostroza, A. “Medios impugnatorios en el proceso civil”.

norma constitucional. Esto conlleva a la distinción entre norma fundamental y ley ordinaria, y por lo mismo, podríamos decir que la forma de la norma, es decir, su proceso de creación o modificación, determina su naturaleza constitucional. En la especie, la supremacía de la constitución prevalece sobre cualquier acto atentatorio contra los derechos subjetivos del accionante, al no observar el debido proceso, no reconocerle el legítimo derecho a la defensa y transgredir la seguridad jurídica.

Resulta sencillo colegir que el Banco Comercial de Manabí, luego de sustanciado el proceso verbal sumario incoado en su contra, amén de la existencia de la disposición contenida en el artículo 845 del Código de Procedimiento Civil, no pudo recurrir del fallo dictado, razón por la cual propuso un juicio por nulidad de sentencia, única vía de impugnación respecto a la sentencia dictada en el juicio verbal sumario.

Del estudio realizado al expediente se desprende también que en el juicio verbal sumario, la Jueza dictó sentencia tomando como real, documentación que nada tenía que ver con el proceso, tal como la que tiene que ver con el fideicomiso AZFER S. A., y un contrato de fiducia existente con Filanfondos S. A., adjudicado a Expalsa S. A., violando de esta manera el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución, que dice: **“las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”**. En síntesis, la sentencia emitida dentro del juicio verbal sumario dejaba entrever varias violaciones a los mandatos constitucionales, siendo estas las impugnaciones realizadas por el Banco Comercial de Manabí, que solo podían ser ventiladas mediante la acción de nulidad de sentencia.

Volviendo al punto central de nuestro estudio, es decir, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2009, por medio de la cual se resuelve no casar el fallo del juicio que por nulidad de sentencia propuso el Banco Comercial de Manabí, empezaremos haciendo las siguientes acotaciones: el recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una interpretación incorrecta, o indebida aplicación de la ley, o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales, es decir, por un *error in iudicando* o bien *error in procedendo* según el caso. Su fallo le corresponde a un tribunal superior de justicia y, habitualmente al de mayor jerarquía.

El juicio de nulidad de sentencia propuesto, que motivó este recurso de casación, al parecer de este Organismo Constitucional adoleció de ciertos errores y vicios, sean estos por acción u omisión, que no permitieron una correcta aplicación de la justicia por parte del juez de instancia; sin embargo, como lo mencionamos con anterioridad, no le corresponde a este Órgano intervenir o pronunciarse sobre temas que han sido tratados en otras instancias de la justicia ordinaria.

Ahora bien, las sentencias en cuestión hacen referencia a la existencia o no, de forma literal, de las causales formales de la nulidad de sentencia establecidas en la ley, sin considerar que el objeto de impugnación en el juicio de nulidad de sentencia se refirió a dos aspectos: por una parte, la introducción al proceso verbal sumario de daños y perjuicios, de pruebas inválidas o impertinentes, lo cual ya

no tiene que ver solo con aspectos de legalidad, sino con el derecho constitucional del debido proceso contenido en el artículo 76, numeral 4 de la Constitución, conocido como licitud de la prueba; alegación de relevancia constitucional, que no podía ser soslayada como lo fue, tanto en la sentencia de segunda instancia, como en el fallo de casación, en las cuales no existe un pronunciamiento expreso, explícito y motivado sobre la misma; sino que por el contrario, se limita a señalar que no corresponde en esta clase de procesos, pronunciarse sobre dicha alegación, sino solo sobre las causales de nulidad de sentencia expresamente prescritas en la ley, subordinando de esta forma, materialmente los contenidos de la Constitución, a las normas legales y vulnerando en consecuencia el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 424 de la Carta Fundamental.

El segundo objeto de impugnación se refiere a las causales de nulidad de sentencia previstas en el Código de Procedimiento Civil respecto de las cuales, las sentencias impugnadas, efectivamente se pronuncian; decisión autónoma respecto a la cual esta Corte no hace pronunciamiento alguno. Resulta claro que tanto la sentencia de segunda instancia como el fallo de casación, omitieron dos aspectos fundamentales con relevancia constitucional: a) Pronunciarse motivadamente sobre la impugnación referida a la ilicitud de la prueba formulada por el accionante; y, b) tomar en consideración que dada la particular naturaleza del juicio verbal sumario para liquidar daños y perjuicios, en base a sentencias ejecutoriadas (única instancia de acuerdo al artículo 845 del CPC), la única alternativa procesal para formular las impugnaciones, tanto sobre ilicitud de la prueba cuanto sobre las causales de nulidad de sentencia, era precisamente la acción ordinaria intentada por el accionante y por tal razón debía primar en el análisis de los jueces lo sustancial por sobre lo formal; lo constitucional por sobre lo legal; y al no hacerlo, esta Corte determina que efectivamente se han vulnerado los derechos de tutela judicial efectiva, garantía de aplicación y cumplimiento de las normas y derechos de las partes, y debida motivación de las decisiones judiciales, establecidos en los artículos 75 y 76, numerales 1 y 7 literal I de la Constitución de la República del Ecuador.

Del análisis realizado al acto impugnado, es decir, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2009, se evidencia una clara violación a lo preceptuado en el literal I numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establece. **“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos...”**.

La norma constitucional indica que en toda resolución deben enunciarse normas o principios jurídicos en que se fundamente y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; esta norma hace de la motivación un elemento integrante de toda resolución administrativa por la que todo acto de potestad debe cumplir esta condición que no se limita a la sola invocación abstracta de normas, sino a la lógica o coherente vinculación entre las normas y el hecho o los hechos que son pertinentes a tales normas. Por

tanto, la motivación no solo es elemento formal, sino elemento sustancial y de contenido expreso que da cuenta del mérito y la oportunidad de la resolución que se adopta, que por lo tanto, permite el conocimiento del administrado no sólo de las razones jurídicas atinentes a las competencias de la autoridad, sino también de aquellas que en orden al interés público, a su conveniencia, son propias de ser adoptadas. Con la motivación se garantiza el conocimiento del administrado, de la actuación de la administración, y por ella se faculta la tutela y control de las actuaciones administrativas.

Del acto impugnado se desprende que los Jueces de la Corte Nacional de Justicia simplemente realizaron una relación circunstancial de los hechos advertidos, mas no tomaron en cuenta las falencias existentes en el proceso, y que fueron advertidas oportunamente por el recurrente, desvirtuando de esta manera un recurso excepcionalísimo que entre otras cosas se encuentra plasmado en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de revisar o anular sentencias, que por una aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto, lo cual claramente se advierte en el proceso.

En el presente caso se evidencia vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, por falta de motivación de las resoluciones impugnadas, principios consagrados en el artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

#### SENTENCIA

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por el accionante, y en consecuencia, dejar sin efecto las siguientes resoluciones: a) Sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2009, dentro del juicio ordinario N.º 656-09, que por nulidad de sentencia sigue en contra de Humberto Argemiro Azúa Guillén; b) Auto que niega la petición de aclaración, dictado el 21 de enero del 2010, por la misma Sala de la Corte Nacional de Justicia; c) Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 7 de abril del 2009; y, d) Auto que niega la petición de aclaración, dictado por la misma Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 11 de mayo del 2009. Se declaran violados los derechos constitucionales del debido proceso y defensa (artículo 76 de la Constitución).
2. Ordenar que el presente trámite se retrotraiga hasta el momento en que se verifica la violación de los derechos constitucionales mencionados, es decir, al momento inmediatamente anterior al que la Sala de lo Civil y

Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí dicta sentencia con fecha 7 de abril del 2009 y por ende el auto que niega la aclaración solicitada de fecha 11 de mayo del 2009; en tal virtud, devuélvase el proceso a la Corte Provincial de Manabí para que luego del análisis procesal respectivo, sean nuevos jueces los que dicten la sentencia de segunda instancia.

#### 3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente. f.) Dr.

Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con seis votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Ruth Seni Pinoargote, Fabián Sancho Lobato, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire; sin contar con la presencia de los doctores: Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa y Manuel Viteri Olvera, en sesión ordinaria del día jueves veintinueve de julio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por ..... f.) Ilegible.- Quito, 9 de agosto del 2010.- f.) El Secretario General.

### EL CONCEJO CANTONAL DE SALITRE

#### Considerando:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 264 establece que los gobiernos municipales tendrán competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley, y establece en el numeral 12, regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playa de mar y canteras;

Que, es atribución del Concejo Cantonal, en virtud de lo dispuesto en el Art. 63 numeral 5 y Art. 264 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, controlar el uso de suelo en el territorio del cantón; así como permitir el uso de lo expreso consentimiento del Concejo, el uso de los ríos y sus playas, sus quebradas, sus lechos y taludes; y la explotación de piedras, arenas y otros materiales, por parte de los vecinos, de conformidad con la respectiva ordenanza o reglamentos que se dicten para el efecto;

Que, el Art. 614 del Código Civil determina que el uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus

playas, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este código, a las leyes especiales y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen;

Que, el Art. 22 de la Ley de Aguas prohíbe toda contaminación de las aguas que afecte a la salud humana o al desarrollo de la flora o de la fauna, como también concede acción popular para denunciar ante la Defensoría del Pueblo, los hechos que se relacionan con la contaminación del agua;

Que, el Art. 11 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece como uno de los fines esenciales del Municipio, "promover el desarrollo económico, social, medio ambiental y cultural dentro de su jurisdicción", criterio que debe primar en los concejos cantonales al momento de dictar las disposiciones relativas a la explotación, uso, y movimiento del material pétreo, arena, arcilla, etc., precautelando prioritariamente las necesidades actuales y futuras de la obra pública; y,

En uso de sus facultades legales y constitucionales,

**Expide:**

**La Ordenanza que regula la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras; y otros movimientos de tierras en sitios de la jurisdicción del cantón Salitre.**

**Art. 1.- AMBITO DE APLICACION.-** Las personas naturales o jurídicas que tuvieran interés en realizar movimientos de tierra o explotar materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras en sitios de la jurisdicción del cantón Salitre, solicitarán el consentimiento del Concejo para la autorización respectiva, y de conformidad a lo dispuesto con otras leyes de la materia.

**Art. 2.-** El o los interesados en el uso de sus facultades presentarán en la Secretaría General del Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Salitre los siguientes documentos para estudio del Concejo Cantonal:

- a) Solicitud de autorización para el uso del material, dirigida al Alcalde, con indicación de nombres y apellidos, edad, dirección domiciliaria, cédula de ciudadanía, los derechos por los que comparece; especificación del uso y destino que va dar al material por explotarse, indicación del tipo de maquinaria a utilizarse y su capacidad (adjuntando tasa administrativa);
- b) Permiso de operación vigente, cuando se trate de personas dedicadas a la explotación y comercialización de materiales de construcción;
- c) Planos del sector con las coordenadas respectivas motivo de la solicitud, que permita su localización. (Departamento de Planificación Urbana con solicitud);
- d) Detalles del volumen aproximado de materiales a explotarse durante el año que durará el permiso o autorización; y,

e) Certificado de no adeudar a la I. Municipalidad.

Con esta información la Dirección de Obras Públicas emitirá su informe técnico donde se establezca la reglamentación relativa al período de explotación de los materiales de construcción, las condiciones técnicas y sanitarias a tomarse en cuenta; y el Departamento Jurídico deberá pronunciarse sobre lo solicitado en el aspecto legal.

De acuerdo a los informes entregados por los departamentos correspondientes que deberán guardar concordancia con las leyes y políticas ambientales que emprende el actual Gobierno Nacional, será conocido por el Concejo, el que conferirá o negará el permiso o autorización.

**Art. 3.-** De ser favorable la resolución del Concejo, el Sr. Alcalde remitirá la solicitud a la Dirección Financiera para que emita los títulos de crédito correspondientes que serán enviados a la Tesorería para el debido cobro.

**Art. 4.- TASA A PAGAR.-** Para el pago de la tasa por el permiso de explotación de materiales de construcción, se aplicará la siguiente fórmula:

**Donde:**

- VF = Precio de venta promedio anual de materiales de construcción por m<sup>3</sup>.
- NV = Número de volquetes.
- = Suma total de la capacidad de los volquetes.

**Art. 5.-** Podrán los concesionarios celebrar convenios de cooperación con el Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Salitre, en beneficio de las comunidades del cantón.

- a) Los concesionarios deberán presentar los proyectos de cooperación para el estudio del Concejo;
- b) Deberá satisfacer necesidades comunes de los sectores a beneficiarse; y,
- c) Para la celebración del convenio de cooperación será exclusivamente con materiales no comunes dentro de nuestra jurisdicción.

**Art. 6.- EXENCION DE PERMISOS.-** Los materiales que son extraídos por el Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Salitre y el Consejo Provincial del Guayas, no estarán sujetos a la obtención del permiso ni a ningún pago adicional; sin embargo cumplirán con las demás normas ambientales, de seguridad, de transporte establecidas en las ordenanzas municipales.

**Art. 7.-** Los horarios para la explotación del material serán establecidos por el Departamento de Obras Públicas, pero no podrán excederse de las 06h00 pm.

**Art. 8.-** La Dirección de Obras Públicas Municipal fiscalizará el cumplimiento de los programas de explotación, entregadas por el Concejo Cantonal.

**Art. 9.- OBRAS DE PROTECCION.-** Previa la explotación, el concesionario realizará las obras de protección que sean necesarias en el sitio y en las áreas

vecinas, garantizando con ello que no existan obstrucciones, molestias, peligro o impacto ambiental negativo durante la explotación.

**Art. 10.-** No se concederá autorización para explotar en las zonas reservadas o partes que atenten contra la salud, seguridad y ornato del paisaje; y, se aplicarán sanciones contempladas en la presente ordenanza a quienes ejecuten labores en inobservancia a esta disposición.

Así mismo, no se permitirá la explotación de materiales de construcción de los lechos, los ríos, las playas, cuando tales explotaciones atenten contra las normas legales vigentes en lo referente al medio ambiente y de salud pública.

**Art. 11.-** El Concejo Cantonal se reserva el derecho para conceder, modificar o negar las autorizaciones o permisos de explotación, además se reserva el derecho de suspender provisional o definitivamente dicho permiso o autorización, en caso de violación a la presente ordenanza.

**Art. 12.-** Se concede acción popular para denunciar el malestar que ocasionaren a los vecinos las actividades que realicen los concesionarios. De igual manera del daño que ocasionaren a la propiedad privada.

**Art. 13.-** Todos los daños que ocasionaren por la explotación de materiales contenidos en la presente ordenanza a las personas naturales o jurídicas, serán indemnizados o reparados por los propios concesionarios.

**Art. 14.- DE LAS SANCIONES.-** Las infracciones a la presente ordenanza, serán sancionadas por la Municipalidad a través de la Comisaría Municipal, al titular del permiso, ya sea previa denuncia o de oficio, de la siguiente forma:

1. Con una multa de cien dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, cuando sea primera vez.
2. En caso de reincidencia con el cien por cien de recargo.
3. Cuando cometa por tercera vez, con trescientos dólares.
4. Por cuarta vez, se procederá a la suspensión del permiso de explotación por sesenta días.

**Art. 15.- SANCION POR DERRAME DE MATERIAL.-**

Serán sancionados con multa de cuarenta dólares y en caso de reincidencia con el doble, los transportistas de toda clase que lleven materiales de construcción, tierra en vehículos que no estén debidamente acondicionados para evitar el derrame de estos en la vía pública.

## DISPOSICIONES GENERALES

**Art. 16.-** La autorización de explotación de materiales descrito en la presente ordenanza durarán un año calendario, así como las sucesivas renovaciones.

**Art. 17.-** Las direcciones de obras públicas y el Departamento Legal emitirán informes para que el Sr. Alcalde envíe al Concejo en Pleno y resuelva se renové por un año más la autorización, una vez que se compruebe que la documentación esté completa.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

**PRIMERA.-** Derogar ordenanza, acuerdos, resoluciones vigentes hasta la presente fecha.

**SEGUNDA.-** Dejar sin efectos legales las autorizaciones de explotación dentro del territorio cantonal.

**TERCERA.-** Para el año dos mil diez se establece como precio de venta promedio anual de materiales de construcción por m<sup>3</sup> 1,00 USD.

**VIGENCIA.-** La presente ordenanza entrará en vigencia a partir de la fecha de su sanción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dada y firmada en la sala de sesiones del Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Salitre el 25 de marzo del 2010.

f.) Sr. Kington Díaz Díaz, Vicepresidente del Concejo.

f.) Lcdo. Juan M. Bermúdez Conde, Secretario General.

**CERTIFICO:** Que la presente Ordenanza que regula la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras; y otros movimientos de tierras en sitios de la jurisdicción del cantón Salitre, fue discutida y aprobada por el Concejo Cantonal de Salitre, en sesiones ordinarias de fechas diecinueve y veinticinco de marzo del dos mil diez en primera y segunda instancia respectivamente.

Salitre, marzo 31 del 2010.

f.) Lcdo. Juan M. Bermúdez Conde, Secretario General.

De conformidad con lo prescrito en los artículos 123, 129 y 130 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, sanciono, la presente Ordenanza que regula la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras; y otros movimientos de tierras en sitios de la jurisdicción del cantón Salitre, y ordeno su promulgación a través de su publicación por cualquier medio de difusión.

Salitre, abril 6 del 2010.

f.) Sr. Francisco León Flores, Alcalde del cantón Salitre.

Sancionó y ordenó la promulgación a través de su publicación por cualquier medio de difusión. Ordenanza que regula la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras; y otros movimientos de tierras en sitios de la jurisdicción del cantón Salitre, el señor Francisco León Flores, Alcalde del cantón Salitre, a los seis días del mes de abril del año dos mil diez. Lo certifico.

Salitre, abril 9 del 2010.

f.) Lcdo. Juan M. Bermúdez Conde, Secretario General.