

SEÑORES JUECES Y JUEZAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:

Abg. Hernán Rodrigo Batallas Gómez, ecuatoriano, mayor de edad, de profesión Abogado, dentro de la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Jorge Cristian Cevallos Palacios en calidad de Secretario General del Comité de Empresa de Petroecuador EP, en contra del Decreto Ejecutivo No. 1094 publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 244 de 13 de julio de 2020 (Causa No. 97-20-IN); comparezco por mis propios y personales derechos en calidad de **AMICUS CURIAE** a fin de exponer lo siguiente:

I
NATURALEZA DEL AMICUS CURIAE

De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de que se dicte sentencia. En tal sentido, el amicus curiae, conforme lo ha determinado la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia¹, tiene por objetivo ayudar a los jueces a formar un criterio sobre la materia en discusión, con lo cual, la figura del amicus curiae acumula numerosos beneficios, tanto para los jueces como receptores de nuevos criterios y alegatos jurídicos, así como para aquellos ciudadanos o grupos sociales que de alguna u otra manera guardan relación e interés con la causa en disputa y que cuentan con una invalorable posibilidad de emitir sus opiniones en torno a la defensa de sus intereses, la afectación de derechos constitucionales o en este caso puntual el control de constitucionalidad de un acto normativo.

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso Kimel vs. Argentina se ha referido a la institución del amicus curiae como aquella presentación de un tercero ajeno a la disputa, con el fin de aportar a la Corte argumentos que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma². En consecuencia, ésta debe

¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 177-15-SEP-CC de 13 de junio de 2015.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 2 de mayo del 2008, Caso Kimel Vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), p. 16.

ser entendida como el aporte libre que realiza el tercero ajeno al proceso respecto de los problemas jurídicos que se han planteado dentro de la causa, en los que a través de un profundo análisis, se confrontan controversias y se realizan interpretaciones que le ayuden al juez a resolver casos complejos en donde está de por medio la protección de derechos fundamentales o el interés público.

II

DESARROLLO DEL AMICUS CURIAE

2.1. El control abstracto de constitucionalidad:

El control abstracto de constitucionalidad es en la práctica un mecanismo por el cual se demanda ante la Corte Constitucional la presunta inconstitucionalidad de una norma cuando se considera que ésta es contraria a las disposiciones de la Constitución, así como a los principios y derechos en ella consagrados. Consecuentemente, dentro del Estado Constitucional en el que vivimos, es la ciudadanía una de las encargadas de vigilar y denunciar cualquier antinomia que pueda generarse entre la norma infraconstitucional y la Constitución, de ahí que la acción de inconstitucionalidad guarda una naturaleza pública y participativa en la medida que se le otorga a cualquier ciudadano la facultad de interponer esta acción o participar dentro de ella como *amicus curiae* en defensa de la Constitución y de la validez de la ley aun cuando el ciudadano o colectivo no tenga afectación o interés con el acto normativo denunciado y sus efectos, de ahí su denominación de control abstracto.

Por tal motivo, le corresponde a la Corte Constitucional ejercer dicho control conforme lo establece el artículo 436, numeral 2 de la Constitución de la República, que consagra entre las competencias de este máximo órgano de interpretación constitucional: "Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado".

Asimismo, debe considerarse que el control abstracto de constitucionalidad se rige bajo principios generales estrictos que dan cuenta de la importancia de plantear esta acción bajo fundamentos claros y contundentes respecto de la inobservancia de las normas constitucionales, así como del riguroso control y análisis pormenorizado que la Corte debe efectuar sobre el acto normativo. En tal sentido, los principios en mención, son los previstos en el artículo 76 de la

LOGJCC, son los siguientes:

- a) **Control integral.**- en donde se deberá confrontar el acto normativo denunciado con todas las normas constitucionales, aun cuando no hayan sido invocadas por el legitimado activo.
- b) **Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas.**- Conforme lo prevé la ley, toda disposición jurídica se presume constitucional, lo cual implica que la declaratoria de inconstitucionalidad se deberá hacer luego de un profundo análisis de la norma impugnada y su incidencia en el texto constitucional.
- c) **Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico.**- Este principio implica que el examen de constitucionalidad que hace la Corte debe estar orientado en la medida de lo posible a permitir la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico.
- d) **Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso.**- Finalmente este principio establece la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas cuando exista una contradicción normativa y no sea posible adecuarla al ordenamiento constitucional a través de su interpretación o modificación parcial.

2.2. Alegaciones del legitimado activo:

Conforme se desprende de la demanda de inconstitucionalidad de acto normativo interpuesta por Jorge Cristian Cevallos Palacios en calidad de Secretario General del Comité de Empresa de Petroecuador EP, el Decreto Ejecutivo No. 1094 y la regulación en él establecida estaría inobservando en primer orden el “principio de reserva de ley” aparentemente consagrado en la Constitución, toda vez que el Presidente de la República no tendría competencia constitucional para que, vía Decreto Ejecutivo, autorice con carácter excepcional la delegación a la iniciativa privada sobre la gestión de la Refinería Esmeraldas conjuntamente con la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador -EP Petroecuador.

Asimismo, a criterio del legitimado activo, esta inobservancia al principio de reserva de ley, a su vez acarrea dos quebrantamientos a la Carta Suprema. El primero de ellos al “principio de división de las funciones del Estado”, dado que el Estado central habría tomado una competencia exclusiva del legislador como es la de normar ciertas materias a través de una ley. Mientras que el segundo

quebrantamiento se daría sobre el “derecho de participación ciudadana” el cual se manifiesta a través de la democracia representativa que ejerce la Asamblea Nacional dentro del proceso de formación de ley, participación que según el accionante no se podría dar ya que se emitió un Decreto Ejecutivo en lugar de una ley.

En tal sentido, el legitimado activo, en su afán de identificar las normas constitucionales que estarían siendo infringidas o estarían en contradicción con el acto normativo denunciado, tal como lo exige la LOGJCC a la hora de sustentar esta acción dentro de la demanda, hace alusión a 5 normas constitucionales que son: artículos 85; 95; 120, numeral 6; 147, numeral 13 y 226. Ahora bien estas normas por su contenido e interpretación se las puede clasificar en “normas-principio” (3) y en “normas-regla” (2). Las normas-principio, son aquellas disposiciones abiertas que contienen una proposición o mandato general carente de hipótesis y obligación concreta. Tal es el caso del artículo 85 que establece los parámetros que deben seguir las políticas públicas y servicios públicos a fin de garantizar los derechos reconocidos en la propia Constitución de la República; asimismo está el artículo 95 que establece en términos muy generales los principios de participación con los que todo ciudadano podrá intervenir dentro de la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos. Finalmente como tercer y última norma-principio está el artículo 226 en donde se consagra la obligación de las instituciones del Estado, servidoras y servidores a actuar en base a las competencias y atribuciones otorgadas por la Constitución y la ley.

En lo que respecta a las normas-regla, éstas tienen la particularidad de ser un mandato definitivo y claramente identificable de su simple interpretación literal, por lo tanto no existe mayor campo de subjetividad o de interpretación con respecto a su alcance y cumplimiento. Este es el caso de los artículos 120, numeral 6 y 147, numeral 13 en donde se establece, respectivamente, la competencia de la Asamblea Nacional para expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, así como la competencia del Presidente de la República para expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

En definitiva, sin perjuicio del análisis pormenorizado que realizaré a continuación respecto a los alegatos planteados por el accionante, de la simple lectura de la demanda y de su ampliación, resulta notorio la falta de claridad con la que se han expuestos los argumentos, pues por un lado existe una grave

contradicción al establecerse por un lado una supuesta inobservancia del texto constitucional (sin especificarse cual es esta norma) y por otro argumenta la existencia de una laguna normativa como elemento principal del conflicto, pretendiendo que la Corte Constitucional la subsane a través de un análisis de mera legalidad, lo cual es improcedente dentro de una acción pública de inconstitucionalidad. Asimismo llama nuestra atención el hecho que ninguno de los artículos constitucionales enunciados en la demanda guarda relación directa con el argumento principal expuesto por el legitimado activo como es la presunta inobservancia al principio de reserva de ley en la delegación de la gestión de los sectores estratégicos a la iniciativa privada. Circunstancias que nos conducen a la duda de si el conflicto en análisis reviste un carácter constitucional o meramente legal, es decir, si el conflicto expuesto por el Comité de Empresa de Petroecuador EP nos conduce en realidad a un análisis de rango legal, en cuyo caso son otras las vías a las que debería acudir el legitimado activo.

2.3. Análisis del problema jurídico:

Una vez expuestos los principales argumentos señalados en la demanda, así como las inconsistencias que se advierten a simple vista, podemos determinar que el problema jurídico al cual se enfrenta la Corte Constitucional es el de dilucidar si la delegación a la iniciativa privada que ha decretado el Presidente de la República sobre la gestión de sectores estratégicos, puntualmente la gestión de la Refinería Esmeraldas conjuntamente con la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, contradice o no la Constitución de la República y los mandatos en ella establecidos. Para lo cual el propio accionante ha establecido una supuesta “falta de competencia constitucional” por parte del primer mandatario en razón a que según su criterio debe ser la Asamblea Nacional quien disponga tal delegación a través de una ley.

En tal sentido, un primer factor que debemos tomar en cuenta dentro del presente caso es que entre las competencias y atribuciones que la Constitución otorga tanto al Presidente de la República como a la Asamblea Nacional, no existe ninguna en la que se haga alusión expresa a la delegación del sector privado para la gestión de sectores estratégicos o servicios públicos, así como tampoco existe una norma constitucional en la que se establezca que la delegación que se efectúe sobre un agente privado deba estar prevista exclusivamente en una norma legal, en cuyo caso se podría deducir que es la Asamblea el órgano competente para efectuar tal delegación.

Ahora bien, frente a esta primera observación, debemos tener claro que si esta competencia que se ha atribuido el Presidente de la República no está prevista en la Constitución de la República, ello no significa que el acto normativo (Decreto Ejecutivo) sea inconstitucional, pues en primer lugar esta competencia no está reconocida expresamente a ningún otro poder del Estado, y en segundo lugar, conforme lo establece el artículo 226 de la Carta Suprema, las competencias de las instituciones del Estado, organismos y servidores públicos están previstas tanto en la Constitución como en la ley, con lo cual se debe examinar no únicamente las competencias previstas en el texto constitucional sino también en las leyes que integran nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, tomando en consideración la falta de norma constitucional expresa que permita resolver el problema jurídico respecto a la competencia, es de vital importancia analizar el inciso segundo del artículo 316 de la Constitución de la República y en virtud de aquello advertir si la competencia de delegación debe recaer en el Presidente de la República o en la Asamblea Nacional a través del principio de reserva de ley. En tal sentido la norma en mención señala expresamente lo siguiente:

“Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley. (El énfasis me pertenece)

Asimismo, cabe indicar que este artículo fue objeto de una acción de interpretación constitucional en donde la Corte Constitucional, a través de sentencia No. 001-12-SIC-CC de 05 de enero de 2012, puntualizó:

“5. Asimismo, se interpretará en lo atinente a casos de excepción indicados en el punto 3 de esta sentencia esto es, para que la iniciativa privada y la economía popular y solidaria puedan gestionar sectores estratégicos y/o prestar servicios públicos en el ámbito de las disposiciones constitucionales consultadas, deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las

autoridades competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal.” (El énfasis me pertenece)

En virtud a lo expuesto, podemos advertir que la delegación que pueda darse a la iniciativa privada respecto a la gestión de sectores estratégicos es una disposición de rango constitucional y como tal deberá ser regulada a través de normas legales sin alterar su naturaleza ni alcance. En tal sentido, de la lectura que podemos hacer tanto de la norma citada como de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, está claro que las circunstancias y parámetros por las cuales se lleva a cabo tal delegación deberán estar enmarcadas en la ley, siendo este el medio adecuado por el cual se podrá normar ampliamente el mandato constitucional previsto en el artículo 316. Es así que el Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones y el Código Orgánico Administrativo COA trasladan este mandato constitucional al campo legal regulando en forma detallada la posibilidad de que el Estado y sus instituciones, puedan delegar excepcionalmente a la iniciativa privada o la economía popular o solidaria la gestión de sectores estratégicos, reconociendo en primer orden la **competencia legal** del Presidente de la República para efectuar tal delegación, conforme lo establecen los artículos 100 y 74, respectivamente:

Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones:

“Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelaré que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.

La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de

propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.”
(El énfasis me pertenece)

Código Orgánico Administrativo:

“**Art. 74.- Excepcionalidad.** Cuando sea necesario, en forma excepcional y motivada, para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas con mayoría pública, **el Estado o sus instituciones podrán delegar a sujetos de derecho privado**, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos, sin perjuicio de las normas previstas en la ley respectiva del sector.

La delegación de actividades económicas que no correspondan a servicios públicos o sectores estratégicos, esto es, aquellas que no se encuentren reservadas constitucional o legalmente al Estado, no está sujeta al criterio de excepcionalidad previsto en el inciso precedente, sino a los criterios de eficiencia y eficacia administrativas.

La gestión delegada por autorización administrativa es siempre precaria y en ningún caso generará derechos exclusivos para el gestor.” (El énfasis me pertenece)

Adicionalmente, cabe indicar que detrás de las normas legales citadas existe una razón lógica y apegada al propio mandato constitucional por la cual la competencia de delegación excepcional recae sobre el Primer Mandatario y es que el manejo de los sectores estratégicos es competencia exclusiva del Estado central conforme lo establece la Constitución de la República (Art. 261), de tal modo que existe una coherencia de que los mandatos constitucionales y legales expuestos líneas atrás sean finalmente ejecutados por el Presidente de la República a través de un Decreto Ejecutivo, tal como acontece en el caso *sub examine* a través del acto normativo denunciado.

2.4. Conclusiones:

En virtud de las consideraciones expuestas dentro del presente análisis jurídico, podemos establecer las siguientes conclusiones:

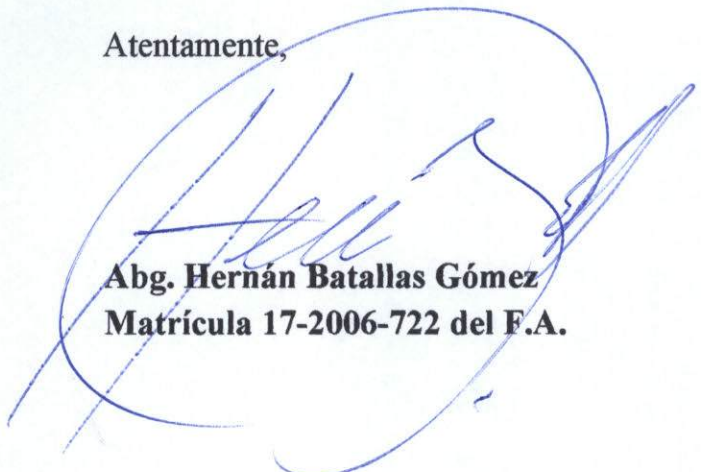
1. Tanto los argumentos jurídicos como las supuestas normas constitucionales infringidas a las que se ha referido el legitimado activo dentro de su demanda, dan cuenta de una acción de inconstitucionalidad ambigua, carente de fundamentos constitucionales claros por los cuales el Decreto Ejecutivo No. 1094 estaría inobservando el texto constitucional. Imprecisiones que se han podido advertir dentro del presente análisis y que dan cuenta de la improcedencia de la presente acción, así como del fundamento de legalidad que existe en fondo del conflicto, circunstancias que la Corte Constitucional deberá tenerlas muy en cuenta a la hora de adoptar una decisión.
2. Con respecto a la supuesta “falta de competencia constitucional” por parte del Presidente de la República para disponer una delegación excepcional en la gestión de sectores estratégicos, se ha podido determinar dentro del presente amicus curiae que la Carta Suprema no contempla dentro de su normativa este tipo de competencia ni para el Presidente de la República, ni para la Asamblea Nacional, por lo tanto resulta incoherente manifestar por parte del legitimado activo que el Decreto Ejecutivo denunciado es inconstitucional cuando dicha competencia no está previstas en la Carta Suprema sino en la norma legal. Consecuentemente, mal puedo alegar la inobservancia de una supuesta disposición constitucional que en la práctica no está prevista en el texto constitucional, razón por la cual este argumento establecido en la demanda carece de fundamento y por lo tanto es improcedente.
3. Conforme se desprende del artículo 316 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 226 de la norma ibídem, tanto la competencia como la regulación respecto de la delegación excepcional deben estar previstas en la ley, siendo este el sistema natural por el cual se regulan los preceptos consagrados en la Constitución. En tal sentido, una vez revisadas las normas infraconstitucionales podemos advertir que es el Primer Mandatario quien ostenta la competencia legal para disponer tal delegación, circunstancia que confirma una vez más la improcedencia de la presente acción de inconstitucionalidad por falta de fundamentos y principalmente por no contradecir las normas constitucionales previamente descritas.

Fundamentos que pongo a consideración de la Corte Constitucional a fin de que sean analizados previo a la resolución de la causa.

III
NOTIFICACIONES

Para futuras notificaciones señalo mi casillero electrónico No. 1708899891
hbatallas@consultoresidea.com

Atentamente,



Abg. Hernán Batallas Gómez
Matrícula 17-2006-722 del F.A.

SECRETARÍA GENERAL
DOCUMENTOLOGÍA
17 FEB 2021

Recibido el día de hoy a las 8:53.

Por JAE

Anexos JAE

.....
FIRMA RESPONSABLE