



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Ab. Fabián Pozo Neira, conforme lo dispuesto mediante Decreto Ejecutivo No. 2 del 24 de mayo de 2021, dentro del **Caso No. 24-18-IN**, intervinimos con respecto de la Acción Pública de Inconstitucionalidad (“la API”) presentada por Juan Pablo Egas Sosa, donde solicita se declare la inconstitucionalidad por el fondo y por la forma, de la Disposición Reformativa Segunda, numeral 12 de la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, por medio de la cual se añaden las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta del Código Orgánico Monetario Financiero, publicada en el Registro Oficial No. 986, el 8 de abril de 2017; así como de los artículos 1, 2 y 4, numerales 3, 4 y 6 de la Resolución No. SB-2017-296, Norma para la Aplicación de las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Cuarta y Cuadragésima Quinta del Código Orgánico Monetario Financiero, agregadas por la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, publicada en el Registro Oficial No. 1001, del 10 de mayo de 2017 (en adelante, “las disposiciones impugnadas”).

1 ANTECEDENTES

1.1 La Presidencia de la República fue notificada con la presente causa el 28 de marzo de 2019 y presentó su argumentación por escrito el 18 de abril de 2019.

1.2 La Presidencia de la República intervino en la audiencia pública del 16 de julio de 2021, respetuosamente disintiendo con la posición de la administración anterior.

1.3 La Presidencia de la República enfocó su argumentación con relación al problema jurídico que resulta la limitación excesiva de la autonomía de la voluntad y el derecho a la propiedad. Es decir, argumentamos que las disposiciones impugnadas adolecen de vicios de inconstitucionalidad por el fondo.

2 RATIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN

2.1 Con el motivo de legitimar nuestra intervención, conforme lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo No. 2, apruebo y ratifico la intervención de los abogados Joaquín Ponce Díaz e Iván Izquierdo.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

3 EL PROBLEMA PRESENTADO POR EL ACCIONANTE

3.1 En esta API, el accionante no alega la inconstitucionalidad de las disposiciones que obligan a la desinversión según lo dispuesto por las disposiciones transitorias vigésima quinta y vigésima sexta del Código Orgánico Monetario y Financiero (“COMF”).¹ El accionante enfoca el asunto de inconstitucionalidad en las disposiciones que se publicaron a partir de abril de 2017; es decir, las disposiciones que profundizaron en la restricción al derecho de propiedad en entidades financieras originalmente determinadas por el COMF. En consecuencia, la discusión gira en torno a la razón de ser de las disposiciones impugnadas, si estas, al limitar el derecho a la propiedad, persiguen un fin social, y si el Estado puede (o debe) inmiscuirse en contratos lícitos entre privados.

3.2 Consideramos prudente apartarnos de la posición presentada por la anterior administración porque a nuestro criterio, el análisis parte de una premisa falaz. Se parte de la premisa que la razón de ser de las disposiciones impugnadas es corregir un incumplimiento a las disposiciones vigésima quinta y vigésima sexta del COMF por parte de los sujetos regulados. En otras palabras, la anterior administración justifica la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas al alegar que su razón de ser contiene un “cierto criterio sancionatorio, ante el flagrante y continuado incumplimiento legal por parte de los sujetos regulados”². Se dice en suma, que al constituir fideicomisos mercantiles, los sujetos regulados abusaron del derecho y no acataron el COMF. Esto resulta falaz porque vale hacernos la siguiente pregunta: ¿Realmente resulta contrario al derecho el haber constituido un fideicomiso mercantil para dar cumplimiento a las disposiciones transitorias vigésima quinta y vigésima sexta del COMF?

3.3 Siendo que en esta API el accionante alega la inconstitucionalidad de obligaciones de hacer, ordenadas por las disposiciones impugnadas publicadas con posterioridad a la publicación del COMF, nuestra intervención se limitará a analizar la naturaleza y efecto de dichas disposiciones, abstrayendo el asunto para analizar la constitucionalidad o no de las reglas. El accionante señala que a pesar de haber dado cumplimiento a las disposiciones de desinversión del 2014, en 2017 se aprueban las disposiciones impugnadas y por lo tanto, a su criterio, se restringen de manera excesiva sus derechos constitucionales a la libertad de contratación y a la propiedad.

3.4 En consecuencia, para avanzar con este análisis, debemos asumir como cierta, la premisa de que quien se haya visto afectado por las disposiciones impugnadas, cumplió en su momento y

¹ Ver Causa No. 28-17-IN.

² Página 6 de la primera intervención escrita de la Presidencia de la República.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

de una manera muy particular,³ con las disposiciones de desinversión del 2014. Caso contrario, las disposiciones impugnadas son inertes para quienes no constituyeron fideicomisos con motivo de desinvertir en entidades financieras según lo dispuesto por el COMF. Frente a esto, vale plantear otra pregunta: ¿Es posible contratar lícitamente para cumplir con la ley? La respuesta es obvia porque sucede todos los días, los ciudadanos accedemos a las herramientas legales que ofrece nuestro ordenamiento para cumplir con nuestras obligaciones legales.

3.5 Frente a esto, planteamos una cuestión más que nos aleja de la posición originalmente planteada por la administración anterior: ¿Son las disposiciones impugnadas normas jurídicas de carácter general que persiguen el interés común? Parecería que si las disposiciones impugnadas están dirigidas a imponer ciertas condiciones adicionales sobre quienes procedieron de una manera particular y lícita para dar cumplimiento al COMF, entonces podría configurarse un vicio de inconstitucionalidad por el fondo. Nótese que las disposiciones impugnadas reconocen la legalidad de lo procedido por quienes constituyeron fideicomisos y sin embargo, imponen obligaciones de hacer que resultan confiscatorias. Es decir, se restringe excesivamente el derecho a la libertad de contratación y a la propiedad.⁴

3.6 Así como respetuosamente disidimos en ciertos puntos con la administración anterior, consideramos que ciertos puntos presentados por el accionante deben ser precisados. Si bien coincidimos con el hecho de que las disposiciones impugnadas vulneran derechos constitucionales tales como la libertad de contratación y el derecho a la propiedad, ahondaremos en los argumentos presentados para intentar ofrecer una visión más completa. Vemos necesario aclarar el régimen del fideicomiso mercantil, las competencias de las entidades de control y, en consecuencia: la relación del orden público con la autonomía de la voluntad.

3.7 En efecto, los derechos constitucionales sí pueden ser restringidos siempre que dicha restricción sea justificable. El accionante bien señala que no es posible *vaciar* un derecho constitucional; una restricción no puede ser tal que el efecto de la declaración de un derecho se limite a una mera forma sin fondo alguno. No obstante, a nuestro criterio, el accionante no aborda el asunto central de esta problemática: la autonomía de la voluntad como fundamento del pacto social. Las disposiciones impugnadas vulneran el derecho a la libertad de contratación porque al obligar que se reforme un contrato lícito y en plena ejecución, se vulnera el derecho a la propiedad de quien ostentaba derechos sobre ese contrato lícito.

³ Las disposiciones impugnadas están dirigidas a aquellas personas que en su momento, constituyeron fideicomisos mercantiles para enajenar sus acciones en entidades sujetas a las disposiciones de desinversión del 2014.

⁴ Constitución de la República, numerales 16 y 26 del artículo 66.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4 LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN (AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD)

4.1 Ciertamente, la libertad de contratación está limitada por el orden público. Tal es así que todo contrato cuyo objeto sea ilícito, es nulo. Asimismo, todo contrato está supeditado a lo dispuesto por la ley. Quienes dieron cumplimiento a las disposiciones transitorias vigésima quinta y vigésima sexta del COMF a través de una cesión de acciones a un fideicomiso mercantil, de hecho, cumplieron plenamente con la ley porque enajenaron (y por ende desinvertieron) las acciones que les impedían dar cumplimiento a esas disposiciones transitorias. Haber constituido un fideicomiso mercantil para cumplir con esas disposiciones legales de ninguna manera deriva en una simulación que podría acarrear una nulidad. La existencia misma de las disposiciones impugnadas denota lo lejos que tuvo que ir el legislador y el ejecutivo de ese entonces, para conseguir sus objetivos de limitar libertades a los ciudadanos.

4.2 Las disposiciones impugnadas obligan a quienes constituyeron fideicomisos mercantiles, para que incluyan disposiciones que permitan a una entidad pública—la Superintendencia de Bancos—determinar las condiciones y plazo para la enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones que forman parte del activo de un fideicomiso. Mediante las disposiciones impugnadas, el legislador, y el entonces Presidente de la República a través de su objeción, admiten tácitamente que la desinversión mediante la enajenación a un fideicomiso mercantil era perfectamente legal, pero no conveniente y por ende consideraron necesario imponer las disposiciones impugnadas. El hecho de que se exija realizar modificaciones al contrato de fideicomiso, resulta simple y llanamente confiscatorio.

4.3 De acuerdo con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 109 del COMF, Libro II:

*Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes **transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo**, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. (lo destacado es nuestro)*

De la lectura de esta norma se desprende claramente que al momento de constituir un fideicomiso mercantil, el constituyente transfiere bienes a favor de este. La configuración del patrimonio autónomo es el efecto jurídico que se desprende de la celebración de un contrato de fideicomiso



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

mercantil que, conforme la normativa vigente, es un conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad estipulada en el contrato constitutivo. Tanto es así que el fideicomiso mercantil se encuentra dotado de personalidad jurídica por lo que se consideraría que es ajeno a la persona que lo constituye. Además, se debe considerar que el representante legal o administrador de este patrimonio autónomo (fideicomiso) es, en sí, su fiduciaria.

4.4 Es decir, al momento en el que se transfieren los bienes del fideicomitente a favor del fideicomiso se está realizando un traspaso de dominio. El patrimonio propiedad del fideicomiso constituido es distinto e independiente de los patrimonios de sus constituyentes, de la fiduciaria e incluso de sus beneficiarios. Por lo tanto, los fideicomitentes que constituyeron (contrataron) un fideicomiso para cumplir con las disposiciones vigésima quinta y vigésima sexta del COMF, de hecho enajenaron esas acciones. No está en duda que proceder de esta manera está dentro del campo de acción que permite la autonomía de la voluntad; más bien, si el fin de las disposiciones impugnadas era enervar este proceder, entonces el fondo de las disposiciones impugnadas es inconstitucional porque atenta contra la libertad de contratación.

4.5 Decir que las disposiciones impugnadas no son inconstitucionales, es abrir la puerta para que el Estado pueda intervenir en la vida privada de los ciudadanos sin límite alguno. El Estado existe para mejorar la vida de la gente mediante acuerdos mínimos que propendan la unidad y la estabilidad de una nación. Al permitir que una norma legal *intervenga* en un contrato como el de fideicomiso y que dicha intervención sea la vía para que, por resignación del fideicomitente o directamente desde la Superintendencia de Bancos, se venda un activo contenido en el patrimonio autónomo o se termine el contrato de fideicomiso, deriva en que las disposiciones impugnadas vulneren el derecho a la libertad de contratación, derecho que según la Corte Constitucional:

implica un inmenso ámbito para que las personas puedan celebrar contratos y determinar su contenido, condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades conforme a la autonomía de la voluntad de los contratantes y dentro del marco constitucional y legal vigente. En esta línea, se ha entendido que de forma general el contrato “(...) tiene como fundamento básico recoger la voluntad de los contratantes de convenirlo y celebrarlo libremente. Este requisito se encuentra dentro del ámbito establecido en la ley, para que de esa manifestación se generen obligaciones”. De esta manera, se identifican dos elementos que configuran este derecho: **a) la libertad de conclusión, relacionada con la posibilidad de decidir sobre contratar o no, cuándo hacerlo y con quién contratar; y, b) la libertad de configuración interna, correspondiente a la posibilidad que**



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

las partes configuren libremente el contenido y alcance del contrato dentro de los límites que la Constitución y la ley les imponen.⁵ (lo destacado es nuestro)

4.6 Asimismo, los párrafos 28 y 29 de la sentencia antes citada determinan que se debe encontrar un justificativo para limitar un derecho, sin llegar al extremo de desnaturalizarlo. Nótese que defendemos el derecho a la libertad de contratación, porque si una persona dio cumplimiento a las disposiciones vigésima quinta y vigésima sexta del COMF, actuó dentro de lo permitido por la autonomía de la voluntad y la legalidad, y si a posterior las disposiciones impugnadas intentan desnaturalizar el contrato de fideicomiso, entonces se configura una inconstitucionalidad de fondo.

4.7 Una cosa es regular la tipificación de contratos vía legislación dado que no está dirigido directamente a ciertas personas y además que de manera general, se persigue el interés común; en estos casos la autonomía de la voluntad se limita dejando un campo muy amplio para que cualquier persona actúe dentro de ese marco de legalidad. Otra cosa es lo que intentan lograr las disposiciones impugnadas porque al interferir con la autonomía de la voluntad, vulneran el derecho a la propiedad, en este caso, tanto del patrimonio autónomo, como de quienes contrataron para constituir un fideicomiso.

5 EL DERECHO A LA PROPIEDAD

5.1 A criterio del accionante el reconocimiento del derecho a la propiedad, a través del texto constitucional, impone un deber al Estado ecuatoriano a garantizar al individuo una protección frente a cualquier injerencia estatal o privada en el disfrute de sus bienes, estando prohibido cualquier tipo de confiscación. No obstante, reconoce que el derecho a la propiedad se encuentra limitado en razón de su función y responsabilidad social y ambiental.

5.2 Sobre la base de la argumentación hecha por el accionante, resulta pertinente realizar determinadas precisiones en cuanto al derecho a la propiedad, su contenido, su aplicación específica en el presente caso, así como su forma legítima de limitarlo.

5.3 El accionante establece que los fideicomitentes aportaron sus acciones a fideicomisos para así dar cumplimiento a las obligaciones de desinversión contempladas en las disposiciones transitorias vigésima quinta y vigésima sexta del COMF. En ese sentido, es posible concluir que la enajenación de las acciones dio paso al derecho a la propiedad de otro bien intangible: los derechos que se generan por el contrato de fideicomiso mercantil.

⁵ Párrafo 26 de la Sentencia No. 7-15-IN/21 de la Corte Constitucional



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

5.4 Así las cosas, y una vez ilustrada la naturaleza y particularidades del contrato de fideicomiso mercantil, es importante distinguir las particularidades del derecho a la propiedad del que son titulares los constituyentes o beneficiarios de un fideicomiso.

5.5 Partamos de una descripción del contenido esencial del derecho a la propiedad de acuerdo con la Constitución de la República y la interpretación que de ella ha hecho la Corte Constitucional. Conforme el numeral 26 del artículo 66 de la Constitución, como parte de los derechos de libertad, se ha reconocido y garantizado a las personas “**el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental**. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas” (lo destacado es nuestro).

5.6 Conforme el artículo 323 de la Constitución, el Estado con el objeto de llevar a cabo planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar común, y siempre que medien razones de utilidad pública o interés social y nacional, puede expropiar bienes. Dicha expropiación requerirá siempre de una previa y justa valorización, indemnización y pago. **La Constitución es enfática al señalar que está prohibida toda forma de confiscación.**

5.7 En similar sentido se expresa la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 21, que además de reconocer el derecho a la propiedad privada, establece que **toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social** y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

5.8 La Corte Constitucional, a través de su Sentencia No. 146-14-SEP-CC del 1 de octubre de 2014, señaló que, *en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, una de las dimensiones del derecho a la propiedad se refiere a su reconocimiento como derecho constitucional. Aquello implica para el Estado, una obligación de promover el acceso a la propiedad privada y una limitación para que no se lo menoscabe ni vulnere. Es decir, una obligación de abstención que permita el desarrollo libre del privado. Lamentablemente en el presente caso, las disposiciones impugnadas apuntan privar a los titulares de los derechos fiduciarios de su derecho a la propiedad, sin justificación alguna.*⁶

5.9 Dentro del marco del bloque de constitucionalidad analizado, es posible determinar que la razón de ser del derecho a la propiedad consagrado en nuestra Constitución, es el ejercicio y goce

⁶ Sentencia No. 146-14-SEP-CC y Sentencia No. 176-14-EP/19 de la Corte Constitucional.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

de una expresión de libertad que no puede ser limitada fácilmente. Mientras el individuo actúe dentro del marco de la ley, el Estado debe hacer todo a su alcance para garantizar un derecho como el derecho a la propiedad, dado que el individuo está plenamente facultado para determinar el destino, uso y función de sus bienes.

5.10 Coincidimos plenamente con el entendido de que ningún derecho es absoluto. Así lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional y el mismo texto constitucional al reconocer la posibilidad de expropiar bienes de propiedad privada. Dicho proceder, que de una manera u otra se traduce en una limitación del derecho a la propiedad, no puede tener como origen una decisión infundada, arbitraria y carente de razón social; se requiere necesariamente de una declaratoria de utilidad pública o de interés nacional. Sin embargo, estamos frente al hecho de que las disposiciones impugnadas buscan enervar el derecho a la propiedad sin justificación alguna y eso, es inconstitucional.

5.11 La Corte Constitucional ha señalado que la justificación para la ejecución de planes de desarrollo social, de manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo para el que serán destinados los bienes sujetos a limitación, constituye un **requisito sine qua non** para que se limite el derecho a la propiedad.⁷ Es así que vale preguntarse: ¿si la limitación propuesta por las disposiciones impugnadas buscaba alcanzar un fin social, por qué no se procedió con una declaratoria de utilidad pública? Las disposiciones impugnadas están diseñadas de tal manera que incurren manifiestamente en una confiscación. Toda vez que la Constitución y la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen a la propiedad en función de un fin social y ambiental, aquello no se puede traducir en una autopista libre para que se anule la propiedad privada, en este caso a través de las disposiciones impugnadas, alterando el contenido de contratos plenamente lícitos.

5.12 La constitución de fideicomisos ocasionó la enajenación de acciones y en consecuencia se dio cumplimiento a la ley. Las disposiciones impugnadas resultan ser un acto antojadizo que apunta a dejar sin sentido a contratos válidamente celebrados y a los derechos que de ellos se desprenden. ¿Acaso las disposiciones impugnadas respetan el contenido esencial del derecho a la propiedad? ¿Qué función social persiguen las disposiciones impugnadas?

5.13 Hemos enfatizado que la vulneración al derecho a la propiedad está íntimamente relacionado con la vulneración a la libertad de contratación. Si se da cumplimiento a la ley celebrando un contrato lícito y las disposiciones impugnadas buscan alterar contratos lícitos de tal

⁷ Ibídem 6.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

manera que se pierda la propiedad sobre bienes, entonces estamos frente a una clara inconstitucionalidad de fondo. Al aplicar las disposiciones impugnadas, los efectos confiscatorios son múltiples: el fideicomiso pierde sus activos por disposición, decisión e intervención de la Superintendencia de Bancos, y los fideicomitentes son despojados de sus derechos fiduciarios.

5.14 Con las disposiciones impugnadas, la Superintendencia de Bancos se convierte en una entidad pública que interfiere arbitrariamente y a su gusto, en los términos contractuales pactados lícitamente entre privados. Con ello, no solo está en riesgo el patrimonio mismo de los fideicomisos, sino que respecto de los-constituyentes y beneficiarios- existe la plena posibilidad de que sus intereses, válidamente acordados y celebrados, sean despojados de toda sustancia y contenido. Por eso, coincidimos con la administración anterior en el entendido del contenido esencial del derecho de propiedad, que se traduce “en la facultad de usar, disfrutar, consumir y disponer de la cosa o derecho sin más limitaciones que aquellas que se impongan mediante Ley o no vayan más allá de lo que en cada momento se considere razonable por la sociedad.”⁸

5.15 Al entender de la administración actual, la posibilidad de que el Estado intervenga en relaciones contractuales privadas y válidamente constituidas, solo es posible en la medida en que se desprenda de un razonamiento claro y preciso, justificado y válidamente motivado en pro del interés social; cuestión que no ha ocurrido en el presente caso. La posibilidad de despojar de contenido a los contratos de fideicomiso y a los derechos que de ellos se derivan no es razonable ni proporcional.

6 CONCLUSIONES

6.1 Las disposiciones impugnadas adolecen de una inconstitucionalidad de fondo porque vulneran el derecho constitucional a la libertad de contratación y el derecho a la propiedad. De lo expuesto, es posible concluir que la desnaturalización de derechos de libertad resulta inconstitucional. Las limitaciones a los derechos constitucionales son plenamente válidas siempre que su fin sea justificable, este no parece ser el caso.

6.2 El derecho a la libertad de contratación se ve vulnerado por las disposiciones impugnadas porque estas atentan contra la autonomía de la voluntad con la finalidad de enervar los derechos que se generan a partir del contrato como fuente de derecho. El Estado no se debe entrometer en actuaciones lícitas de los privados.

⁸ Sentencia 37/1987, Tribunal Constitucional de España.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

6.3 El derecho a la propiedad es vulnerado por las disposiciones impugnadas en la medida que la intromisión del Estado en un contrato lícito, resulta confiscatorio. La vulneración al derecho a la propiedad que identificamos es sobre los derechos que ostentan los fideicomitentes sobre el fideicomiso y a su vez, el fideicomiso sobre sus activos. El Estado puede expropiar bienes sí, pero siempre para perseguir un fin social a través de la utilidad pública. Dentro del presente caso, esto no se verifica y por lo tanto, nos enfrentamos a una situación confiscatoria.

7 NOTIFICACIONES

7.1 Notificaciones que nos correspondan, las recibiremos en el Casillero Constitucional No. 001, así como en los correos electrónicos sgj@presidencia.gob.ec y nsj@presidencia.gob.ec.

Ab. Fabián Pozo Neira
Secretario General Jurídico
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA