

CASO DE FENACUCOM CONTRA BPA FRUIT CORPORATION

CONTEXTO DE LOS HECHOS

1. La República de Los Palmares es un Estado soberano, ubicado en América del Sur, con una extensión de 2.565.600 kilómetros cuadrados, salida al océano Atlántico y al océano Pacífico, y con una gran riqueza de fauna y flora, siendo uno de los países con mayor riqueza en biodiversidad así como hídrica del mundo. Geográficamente limita con los Estados de Beramandia y Portelandia.

2. Palmares es un Estado independiente desde 1816, cuando se unió a los movimientos independentistas de la región y logró su independencia del Imperio Iberogodo. Pese a esto, se estableció en su territorio un imperio por parte del hijo del emperador Iberogodo Manrico, que se autodenominó “Manriquito el Preciso”. Este imperio, que mantuvo en su generalidad las mismas normas de la época colonial, tuvo duración hasta la primera década del siglo XX cuando por cuenta de un movimiento social, se convirtió en una República.

3. Este movimiento social, tenía un fuerte componente indígena y especialmente campesino, pues por la gran variedad de recursos naturales, la vocación económica de la época en el país era la agricultura.

4. Al triunfar este movimiento social, en el año de 1910, la población de Los Palmares se dio su primera Constitución Republicana, una de las modernas de la época, pues recogía los avances de la teoría constitucional europea y norteamericana, incluyendo la posibilidad de un control de constitucionalidad difuso, en cabeza de todos los jueces, pero con un tribunal final, denominado SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN. Así mismo, se incluía un catálogo amplio de derechos humanos, que, para la época, resultaba novedoso por el reconocimiento de ciertos derechos de comunidades y derechos de los recursos naturales.

5. Dentro de este catálogo de derechos se incluía el artículo 25 que manifestaba:

Artículo 25: Nuestros pueblos, que constituyen la base de la grandeza inmarcesible de esta nación, tienen el derecho divino e inalienable a ser felices.

6. Pese a esto, la Constitución no definía cuales eran las características de los pueblos a los que hacía referencia ni mucho menos a que se refería con el derecho divino e inalienable a ser feliz.

7. De igual forma, la organización territorial respondía a un modelo federal, basado en una cláusula residual, en la que se manifestaba *“Todo lo que no esté atribuido específicamente a los estados, estará atribuido a la federación”*¹.

8. Durante la primera mitad del siglo XX, Los Palmares recibió una gran cantidad de migrantes de origen beramandés y portelandés, así como de origen europeo, dado la Constitución en su artículo 16 establecía que *“uno de los fines del Estado es promover la integración latinoamericana y la integración con nuestros pueblos hermanos europeos”*. De esta manera, los requisitos y controles migratorios de Los Palmares eran mínimos, lo que motivo el flujo migratorio por las guerras mundiales en Europa y los conflictos armados internos en Latinoamérica.

2

SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 1950

9. Ante los amplios flujos migratorios, los nacionales de Portales empezaron a sentir cierta vulneración a sus derechos, sobre todo, a sus derechos sobre la tierra y la propiedad rural, pues muchos de los migrantes compraron terrenos y empezaron a producir en igualdad de condiciones con ellos, así como, muchos simplemente se asentaron en terrenos baldíos, que fueron finalmente adjudicados por el Estado a estos migrantes.

10. Ante esta situación, Paquito Sayapuez, un campesino del Estado de Sorvino, interpuso una acción de protección a su propiedad en contra de la Secretaría de Recursos Naturales de Sorvino, por lo que él llamó una expropiación abusiva de parte de sus tierras en favor de migrantes ingleses.

¹ El modelo federal adoptado es el estilo Alemán, adoptado por Brasil y Argentina en Suramérica. La organización judicial se divide en las cámaras provinciales de primera instancia, y las cámaras de apelaciones.

11. La acción, que fue interpuesta ante el Juez de la Cámara Provincial en primera instancia, fue fallada a favor de la Secretaría basándose en el artículo 16 de la Constitución Republicana, atendiendo a la promoción de las migraciones.

12. Ante la Cámara de apelaciones de Sorvino, se hizo uso de la cuestión de protección constitucional o cuestión de inconstitucionalidad², ante la petición del demandante, y la causa se llevó ante la Suprema Corte, argumentando su cuestión en la violación del artículo 25 constitucional.

13. En una sentencia hito, por ser la primera vez que se interpretaba el artículo 25, falló en favor de la Secretaría, toda vez que encontró que, realizando una interpretación sistemática entre el artículo 25 y el artículo 16; tomando en cuenta que el artículo 16 además de derechos, incluye uno de los fines del Estado. Conjuntamente, señala la Corte que la noción de “pueblos” del artículo 25, hace alusión a los pueblos latinoamericanos y europeos y no, a los pueblos campesinos, por lo que les asiste un derecho fundamental a los migrantes a obtener estas tierras.

14. De aquí, durante las siguientes dos (02) décadas, todos los tribunales aplicaron este fallo para avalar procesos de adjudicación y expropiación en favor de migrantes y en contra de comunidades campesinas.

3

LA ERA DE LOS TBI Y LOS TLC

15. Desde el año 1970, Los Palmares, empezó a alinearse con las políticas de las grandes potencias capitalistas de occidente y de los organismos internacionales en materia financiera y económica. Es así como, la economía de Los Palmares emprendió un proceso de industrialización acelerado, motivado principalmente por los migrantes europeos, y se avocó internacionalmente a la firma de Tratados en pro de la integración económica y comercial, comenzando por Tratados Bilaterales de Inversión, y la firma del Convenio de Washington de 1965 y la Convención de Nueva York de 1958.

² Para los efectos del caso se empleará las normas o disposiciones de la regulación del Reino de España, siempre que no sean contrarias a los elementos redactados y expuestos en el caso.

16. Desde la década de los 70 hasta 1997, Los Palmares firmo 105 Tratados Bilaterales de Inversión – TBI –, 25 de los cuales avanzaron al modelo de Tratado de Libre Comercio – TLC –, motivado desde la creación de la Organización Mundial del Comercio – en adelante OMC –, en 1993³.

17. Ante esta proliferación de Tratados Bilaterales de Inversión, la sociedad raizal se organizó en Organizaciones No Gubernamentales – en adelante ONGs – generando un movimiento social gigantesco, que desencadenó la ratificación por parte de Los Palmares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el año 1990, así como todos los pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – en adelante OIT –.

18. Asimismo, el 5 de mayo de 1998, con base a una acción promovida por una ONG en la Provincia de Montesinos, la Suprema Corte, haciendo uso del precedente del caso “Sayapuez vs Sorvino” interpretó que, los TBIs y TLCs son el cumplimiento fiel del mandato del artículo 16 constitucional, y la extensión necesaria de los fines del Estado en materia social y económica, razón por la cual no se encontraban en contravención con ningún precepto constitucional.

4

19. Este pronunciamiento, conocido como Asociación de Campesinos de Montesinos contra TGI Corporation S.A, exacerbó la situación en esta provincia, de mayoría campesina, y generó enfrentamientos con la fuerza pública, así como la realización de una multitudinaria marcha desde la capital de Montesinos, Ayanopy, hasta la Capital Federal de Los Palmares, la ciudad de Macoco, D.F., ubicada a más de 3000 kilómetros.

20. A lo largo del recorrido de esta marcha, y por paso por diferentes provincias se fueron uniendo nuevos manifestantes, reuniendo a su llegada a la capital a más de 230.000 ciudadanos, cuya protesta estaba basada en la desprotección de las comunidades raizales, sean indígenas originarias o campesinas, pero al fin y al cabo raizales de Los Palmares.

21. Como era de esperarse, ante una marcha tan multitudinaria la fuerza pública respondió indebidamente lo que generó disturbios internos, con una gran cantidad de heridos y personas privadas de la libertad.

³ Entre los más importantes se cuenta los TLC con Estados Unidos, China, Corea del Sur, Países Bajos, Francia, Australia.

22. Ante esta situación, ONGs internacionales se unieron en torno a esta población raizal y denunciaron los graves abusos de la fuerza pública contra ellos, lo que generó una presión grandísima al gobierno federal de Los Palmares.

23. Adicional a esto y ante la falta de respuesta por parte del gobierno federal, en la provincia de Montesinos se gestó un movimiento Guerrillero Campesino, llamado “Campevida” de estirpe maoísta y cuya consigna era la secesión de la Provincia de Montesinos. Durante el año 1999, realizó fuertes golpes a la infraestructura vial de la provincia así como a la infraestructura petrolera.

24. Ante esta situación el gobierno del Presidente Salvador Martínez, con el apoyo del Congreso en pleno, decidió convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el fin de reformar la Constitución Republicana de 1910.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2000

5

25. Tras la convocatoria a la Asamblea Nacional, las mayorías de la misma se compusieron por una coalición de los movimientos sociales más representativos, incluyendo los movimientos campesinos, indígenas y, en general, comunidades raizales.

26. El resultado fue una asamblea plurinacional, que discutió los más diversos temas de la problemática nacional, tales como distribución de la tierra, participación política de las minorías, política económica y sobretodo, derechos de las comunidades campesinas y raizales.

27. De esta discusión, surgió una reforma de 95 artículos, en especial lo referente al catálogo de derechos y libertades y a las acciones de protección de estos derechos fundamentales, así como al valor del derecho internacional en el orden interno.

28. Lo más significativo de este nuevo catálogo es el desarrollo de los llamados, derechos del buen vivir y los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades⁴.

⁴ Para todos los efectos, los derechos aquí reconocidos son exactamente los mismos que los reconocidos en el Título II capítulo segundo y cuarto de la Constitución de la República del Ecuador.

29. Entre los derechos más importantes consagrados se encontraba el reconocimiento al derecho al agua, a la alimentación y al medio ambiente sano como derechos fundamentales de las comunidades. También, se constitucionalizó la consulta previa, para todo tipo de comunidad raizal.

30. En lo referente a las acciones de protección constitucional, la Constitución, en su capítulo sexto del título segundo, consignó las llamadas acciones colectivas para la defensa especial de los derechos del buen vivir y de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades⁵.

31. De igual forma, se incluyó el artículo 82 Bis que establece:

Los tratados internacionales prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Predominando, en cualquier caso, la interpretación más favorable en pro de las personas y grupos protegidos, en uso de las herramientas de interpretación normativa.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que no figuren expresamente en ellos. La falta de reglamentación de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

6

32. Al ser sancionada la reforma constitucional, en un emotivo acto pluricultural, representantes de los indígenas, campesinos y demás raizales realizaron un acto cívico en la plaza de armas frente a la casa de gobierno, con lo que ellos mismos declararon el inicio de la nueva República.

EL CASO DE LA BPA FRUIT CORPORATION

33. BPA FRUIT CORPORATION, es una sociedad, constituida en los Países Bajos, cuyo objeto social principal es el desarrollo de productos agrícolas de todo tipo. Ha desarrollado un “método limpio” bajo el cual, por un procedimiento químico, moviliza aguas subterráneas que permiten un crecimiento más rápido de las frutas y hortalizas. Incluso, ha desarrollado la mayor tecnología mundial en transgénicos.

⁵ Para todos los efectos, la reglamentación de estas acciones es exactamente igual a la incluida en la Ley 472 de 1998 en lo referente a los presupuestos procesales. Sin embargo, debido a la organización de la rama judicial en Palmares las mismas se presentan ante cualquier juez por no existir diferenciación entre jurisdicciones.

34. Tras haberse convertido en un líder mundial en su ramo, la compañía puso sus ojos en Latinoamérica por las increíbles condiciones para el cultivo de multiplicidad de productos, y por las excelentes condiciones hídricas de muchos de los Estados del continente.

35. Debido a estas características, y a que sus consultores les hablaron de las excelentes condiciones que Los Palmares brindaba a las inversiones internacionales (por cuenta del TLC firmado entre los dos Estados⁶) decidieron invertir en el desarrollo de un macro proyecto productivo en la provincia de Montesinos, con una inversión que ascendía a los 5.000 millones de dólares.

36. El proyecto incluía la contratación de 5.000 habitantes de Montesinos, así como el desarrollo de proyectos comunitarios como escuelas, universidades agrícolas, vías públicas, centros de salud, polideportivos, entre otros.

37. Conjunto a lo anterior, se creaba una red de cooperativas agrícolas bajo las cuales, los campesinos que trabajaban en cooperativas, vendían sus productos a BPA, bajo un modelo de Cuentas en Participación.

38. El primer problema que se le presentó a la compañía fue la consecución de las tierras cercanas a las fuentes hídricas. Para ello, y gracias a una ardua negociación, el Gobierno Federal, en colaboración con el Gobierno Provincial, realizaron una Reforma Agraria en la provincia de Montesinos, en la cual se incluyó la llamada “*Formalización de la tierra*”. En dicha formalización, se declararon baldíos una gran cantidad de predios, pese a los reclamos de la comunidad (en este caso mayoritariamente migrante portelandesa). Ésta reforma se promulga por parte de la Asamblea Provincial el 20 de mayo de 2001.

39. Estos predios, en su mayoría, se encontraban cercanos a las principales fuentes hídricas de la provincia, que a su vez constituyen las principales fuentes hídricas de Los Palmares. Esto se debió, fundamentalmente, al especial método de producción que BPA había creado y que, por supuesto, era la fuente de su éxito empresarial.

⁶ El texto del TLC entre Los Palmares y Países Bajos es idéntico al texto del TLC Colombia Estados Unidos.

40. En principio, esta situación no generó mayor controversia entre las comunidades raizales, por cuanto se habían enfrentado históricamente con los migrantes, y, de igual manera, por las excelentes condiciones que brindaba en su proyecto para los Raizales BPA. No obstante, empezaron a entregarse panfletos en la capital de Montesinos, en los cuales se informaba sobre los efectos que la llegada de la BPA había producido en otros países con condiciones geográficas similares, tales como Vietnam, donde se habían secado y contaminado por completo las fuentes hídricas.

41. Una vez la población, decidió por fin investigar, se conocieron terribles casos de enfermedades en las zonas donde BPA establecía sus cultivos. Los resultados de la investigación generaron miedos entre la población, aunque no hubo demasiados pronunciamientos, por cuanto los líderes se encontraban aún, muy convencidos con las propuestas para la comunidad.

EL CASO DE LOS ACUEDUCTOS COMUNITARIOS

42. A pesar de la gran cantidad de fuentes hídricas con las que contaba Montesinos, la cobertura de agua potable históricamente no había sido superior al 50% de la población, toda vez que la provincia es montañosa, con muchos corregimientos y poblaciones a los cuales es difícil llevar el agua de las ciudades principales.

43. Siendo así, las comunidades raizales campesinas, en la década de los 80, se agruparon y comenzaron, por su cuenta y con el apoyo de la Federación Nacional Agrícola, a formar acueductos comunitarios, obteniendo licencias de uso de las fuentes hídricas para pequeñas comunidades, cada una de no más de 80 familias.

44. Esta forma tradicional de distribución del agua, se hizo cada vez más popular, existiendo para el año 2000 más de 1500 acueductos comunitarios en la Provincia.

45. El funcionamiento de estos acueductos es sencillo: Cuentan con una bocatoma en la fuente hídrica, de allí el agua va a un tanque y de allí por tubería se reparte a los usuarios. Normalmente, los usuarios pagan una tarifa fija, mínima, por un consumo general, pues estos acueductos no persiguen un fin lucrativo.

46. Las obras y mantenimientos necesarios para estos acueductos se realizan con dos (02) tipos de recursos: a) Directos de la comunidad y/o b) Transferencias de los Municipios provenientes del Sistema General de Participaciones.

47. Por lo general, los estándares de potabilización del agua no se ajustan a los mínimos que se cumplen en los grandes acueductos urbanos por varias razones: a) falta de recursos, b) desconocimiento y c) la pureza de ciertas fuentes hídricas.

48. Estos 450 acueductos comunitarios, el 15 de agosto de 2004, decidieron agremiarse con el objetivo de realizar de una manera más organizada sus reclamos, para lo cual constituyeron la Federación Nacional de Acueductos Comunitarios – en adelante FENACUCOM - .

49. Una vez constituida la Federación, en el año 2005 se inició una serie de reclamos, mediante peticiones a las autoridades provinciales frente al irrespeto, por parte de la BPA y muchos otros individuos que trabajaban en el proyecto de dicha empresa, de las concesiones hídricas. Igualmente, se denunció que frecuentemente existía contaminación de las fuentes hídricas como causa de las actividades de la BPA, lo cual ocasionaba graves enfermedades en las zonas de Saladito y Carmelo a comunidades indígenas.

50. Estas peticiones fueron contestados por parte de las autoridades, haciendo alusión a la existencia del TLC con Países Bajos y a la reforma agraria realizada por el legislador provincial.

51. Asesorada por una ONG, la Federación promovió un movimiento social para la presentación de una iniciativa legislativa, la cual modificara la reforma agraria existente. Esta iniciativa, que fue presentada a la Asamblea Provincial en octubre de 2007, fue derrotada en el debate legislativo en sesión de noviembre del 2008.

52. Esto generó grandes movilizaciones, marchas, piquetes, y en algunos casos, intervención excesiva de la fuerza pública, suscitando un clima tenso en la provincia. La situación anterior desembocó, finalmente, en la expedición de un acto legislativo en beneficio de la regulación de los acueductos comunitarios, denominado “*La Ley de regularización Hídrica*”.

53. Entre los requisitos de la ley, se encontraba que dichos fueran formalizados⁷ y cumplieran con obligaciones específicas para recibir apoyo del gobierno; los requerimientos demandaban la constitución de una persona jurídica, la cual tuviera un representante legal, contador público certificado, instalación de microcontadores para la medición del agua.

54. Adicionalmente, debían cumplir con las declaraciones tributarias correspondientes por la actividad, y presentar los informes de gestión que la entidad encargada de su inspección y vigilancia requiriera.

55. Frente a este escenario, algunos acueductos accedieron a los requerimientos, debido a la organización que se manejaba en su localidad. Sin embargo, los acueductos que cumplieron con los requisitos establecidos, con posterioridad, no siguieron entregando las declaraciones tributarias correspondientes. En razón a lo anterior, se impusieron sanciones a los acueductos, en cabeza de los representantes legales. En algunos casos, las declaraciones tributarias no se entregaron debido a la falta de conocimiento por parte de las comunidades raizales de la legislación, y, en otros, a la falta de presupuesto para pagar debidamente un asesor contable.

56. Dichas sanciones consistían en multas que ascendían a altas sumas de dinero, las cuales no podían ser costeadas por dichos acueductos; el no pago de estos montos tenían como consecuencia la suspensión de la licencia para la administración de los acueductos comunitarios.

57. Finalmente ante la falta de cumplimiento y la suspensión de la licencia, debía ser finalizada la concesión, con el fin de que la misma se encargara a una entidad que cumpliera con los requisitos formales establecidos.

58. Ésta ley de la Asamblea Provincial de Montesinos, expedido en noviembre del 2009, fue reglamentado por Decreto Ejecutivo 1802 del Gobernador de Montesinos, en enero del 2010, facultando a la Superintendencia Provincial de recursos hídricos para aplicar el control a los acueductos comunitarios.

⁷ La formalización se traducía en la obligación de constituirse en sociedades comerciales o en Entidades sin ánimo de lucro. La normativa societaria y de ESAL es exactamente idéntica a la colombiana.

59. A partir de esta fecha, la Superintendencia inició sus labores de control, cancelando licencias y concesiones a más de 300 acueductos comunitarios.

60. Ante esta situación, el 10 de diciembre de 2011, FENACUCOM, en nombre de los acueductos comunitarios de Montesinos, interpone una acción colectiva en contra de la BPA Fruit Corporation, la Superintendencia Provincial de Recursos Hídricos y la gobernación de Montesinos, por la contaminación ambiental, el irrespeto del derecho de propiedad y por la expedición y aplicación del Decreto 1802 de 2010.

61. En esta acción, los argumentos principales se encontraban dirigidos a la inaplicación por inconstitucionalidad de la *Ley de Regularización Hídrica* y de la *Reforma Agraria*, por ir en contra de los derechos al buen vivir, el derecho de los pueblos a ser felices y los derechos de las comunidades consagrados en la Constitución, y, también, los derechos propios de la naturaleza⁸ - todos interpretados bajo las normas internacionales ratificadas por el Estado - . Del mismo modo, se manifestó que no existió una debida consulta previa que permitiera un consentimiento libre e informado sobre los riesgos de la actividad, en materia de contaminación. Es así como a manera de reparación solicita la inaplicación de la ley, del decreto, el restablecimiento de las concesiones y licencias y la orden a la Asamblea de reglamentar, con apego a la Constitución toda la Política, de los recursos hídricos.

62. Ésta acción, fue resuelta por la Cámara Provincial en forma positiva a los intereses de FENACUCOM, el 13 de octubre de 2012, argumentando que existía una inconstitucionalidad evidente en estas normas, y que las mismas no se encontraban adecuadas a los preceptos constitucionales. Determinó además que los precedentes de Sayapués vs Sorvino y de Asociación de Campesinos de Montesinos no eran aplicables pues se habían producido bajo el imperio de otro texto constitucional. En consecuencia, ordenó la suspensión inmediata del proyecto de la BPA y ordenó al ejecutivo y al legislativo provincial adecuar las normas a los preceptos constitucionales. Asimismo, ordenó el pago de indemnizaciones a BPA por la contaminación de las fuentes hídricas y impulsa copias al Ministerio Público para que iniciara la respectiva investigación penal.

⁸ Consagrados en la Constitución Ecuatoriana, en su Título II capítulo séptimo, pero no establecidos en el texto constitucional de Los Palmares.

63. Ante esta situación, además de apelar la decisión, BPA decide iniciar, tal y como lo permite el capítulo de solución de diferencias sobre inversiones del TLC, un proceso arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – en adelante CIADI –. Dicho tribunal, que tiene su domicilio en Washington, D.C., admite la reclamación para iniciar el proceso arbitral.

64. En segunda instancia, frente a la Cámara de Apelaciones, el BPA profundizó sus argumentos frente a la potestad reglamentaria del Ejecutivo Provincial, en el marco de un Estado Federal, y señalando que la Constitución le otorga, a dicho poder, la discrecionalidad para el desarrollo de éste tipo de políticas, las cuales están plenamente acompañadas con los preceptos constitucionales, así como con las normas de carácter internacional.

65. Adicionalmente, el BPA determina que, procesalmente, el competente para decidir esta controversia es el tribunal arbitral internacional constituido en el CIADI, y no permitirlo sería una grave vulneración a las obligaciones internacionales contraídas por la República de Los Palmares.

66. FENACUCOM solicita la cuestión de protección constitucional ante la SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, respecto a la *Ley de Regularización Hídrica* y sus normas reglamentarias, especialmente. La solicitud elevada, es aceptada la Cámara de Apelaciones.

67. La SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN, en audiencia pública, escuchará a las partes (FENACUCOM y BPA) y, en calidad de *amicus curiae*, al presidente del Tribunal Arbitral constituido por el CIADI, teniendo énfasis su intervención en materia de la jurisdicción.