

Caso No. 74-21-IN Y ACUMULADOS

Jueza sustanciadora: Dra. Karla Andrade Quevedo

HONORABLE JUEZA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Mildred Molineros, Subdirectora y en representación del **CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN de la Cámara de Industrias y Producción y de la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica** (en adelante, "**CIAM**"), dentro del proceso constitucional No. 74-21-IN Y ACUMULADOS, ante Usted muy respetuosamente comparece y manifiesta lo siguiente:

I. COMPARECENCIA DE TERCEROS:

1. El Artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, "**LOGJCC**"), reconoce a toda persona que tenga interés dentro de una causa constitucional, la posibilidad de presentar un escrito de *amicus curiae*, y de ser el caso, de ser escuchada en la audiencia pública de la causa.
2. Por su parte, el Artículo 86 de la LOGJCC prevé que, de considerarlo necesario, la jueza o juez sustanciador de una causa puede invitar a terceros para que presenten informes que contribuyan al análisis y mejor resolución de la causa.
3. En ese sentido, ante el gentil requerimiento de la Corte Constitucional contenido en su auto de 6 de octubre de 2023, el CIAM presenta ante su Autoridad una serie de argumentos relacionados con las demandas de inconstitucionalidad objeto de esta causa (en adelante, "**Demandas**"), respecto del Decreto Ejecutivo No. 165 (en adelante, "**Decreto 165**"), que contiene el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, "**RLAM**");

II. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS Y COMO GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

4. A fin de brindar un contexto integral sobre la importancia constitucional de la problemática planteada en este caso, es fundamental demostrar el reconocimiento constitucional de la eficacia del arbitraje como un método alternativo para la resolución de conflictos y garantía de tutela judicial efectiva; la validez de la celebración de un convenio arbitral con entidades públicas.
 - i. El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos reconocido en la Constitución
5. El artículo 190 de la Constitución prescribe:

(...) se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

6. Esta disposición devela que (i) el arbitraje se encuentra reconocido –a nivel constitucional– como un método eficaz para resolver los conflictos, y (ii) que en materia de contratación con el Estado es procedente pactar la resolución de conflictos por vía del arbitraje. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que: *“se reconoce constitucionalmente la facultad de los medios alternativos de solución de conflictos, entre los cuales se encuentra el arbitraje, como mecanismos paralelos para administrar justicia”*.¹

7. Este reconocimiento trajo como consecuencia que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano *“el arbitraje [sea] un cauce para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva consagrado constitucionalmente”*.² Esto porque el titular del derecho a la tutela judicial efectiva *“es toda persona que tiene una pretensión que busca una respuesta de carácter jurisdiccional; [y] el obligado es cualquier órgano que ejerza facultades jurisdiccionales”*.³

8. Así, como bien lo ha expuesto la profesora María Elena Jara, deviene en que:

*[e]l arbitraje [sea] un mecanismo apto para tutelar los derechos de los justiciables, que les permite ejercer su autodeterminación en la solución de conflictos de naturaleza transigible. En el arbitraje no están en juego exclusivamente los intereses privados de las partes que contractualmente acordaron someterse a este mecanismo de solución de conflictos, sino que también está envuelto el interés público de que los conflictos que emergen en la sociedad se resuelvan por una vía autorizada por el Estado.*⁴

9. Entonces, al ser el arbitraje un mecanismo para la resolución de conflictos permitido por nuestro ordenamiento jurídico conlleva que su respeto y adecuado cumplimiento se traduzca en el efectivo ejercicio del derecho a la tutela efectiva. Por lo tanto, el reconocimiento de este mecanismo de resolución de controversias en la ley y en normativa secundaria, como el RLAM, no es sino el cumplimiento y efectividad del derecho reconocido en el Artículo 190 de la Constitución.

10. En definitiva, el arbitraje es un método de resolución de controversias reconocido en el Artículo 190 de la Constitución. Una vez que este ha sido convenido por las

¹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0543-14-EP, Sentencia No. 113-15-SEP-CC, 08/04/2015.

² M.E. Jara, *El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.

³ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 889-20-JP, Sentencia No. 889-20-JP/21, 10/03/2021.

⁴ M.E. Jara, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, pp. 60-61.

partes -incluyendo a las entidades estatales-, este método debe ser respetado, pues garantiza el derecho a la tutela efectiva.

ii. El convenio arbitral celebrado con entidades públicas es válido y eficaz

11. Como se adelantó, la Constitución, además de reconocer el arbitraje *–in genere–*, reconoce específicamente (i) la posibilidad de acordar este mecanismo de resolución de disputas para dirimir controversias relacionadas con contratos celebrados entre privados y entidades públicas, (ii) de acuerdo con los lineamientos previstos en la legislación.

12. Veamos, nuevamente, el Artículo 190 de la Constitución.

(...) se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

13. A su vez, el Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante “LAM”) prevé que:

[p]odrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

14. Por si esto fuera poco, alrededor de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano. se recoge la posibilidad de que la administración pública se someta a convenios arbitrales.
15. Veamos algunos ejemplos:
- a. La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en su Artículo 11 prescribe que “[l]os organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio”.
 - b. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Artículo 104 establece que: “[d]e existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”.
 - c. Por su parte, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Artículo 161 determina que: “[e]n los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación”.
 - d. El Código Orgánico Administrativo en su Artículo 126 también es claro al prescribir que: “[d]e existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”.
 - e. Finalmente, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Artículo segundo innumerado después del 16 de igual forma establece que: “[p]ara contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América, el Estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho, de conformidad con la ley”.
16. Es evidente, entonces, que, a la luz de la Constitución y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el convenio arbitral celebrado con entidades públicas para dirimir controversias de naturaleza contractual es válido y eficaz. Consecuentemente, el RLAM al reconocer y regular la posibilidad de que entidades públicas se vinculen a un convenio arbitral no produce otro efecto que garantizar la eficacia del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias y otorgar plena vigencia al Artículo 190 de la Constitución y a la LAM.

17. Entonces, es crucial que al analizar las Demandas planteadas, la Corte refuerce el sistema arbitral, delimitando, que el reconocimiento constitucional, legal y reglamentario del arbitraje en materia de contratación con entidades públicas obliga a que este mecanismo sea respetado por ellas. De tal manera, es fundamental partir del análisis de que el someter disputas a arbitraje, (i) las entidades públicas no se encuentran cediendo soberanía alguna; y (ii) se aplica y efectiviza el reconocimiento constitucional del arbitraje. Por lo tanto, las entidades públicas no pueden desconocer, abstenerse o evitar sin motivación suficiente la posibilidad de someter controversias a arbitraje, pues este es un derecho constitucional garantizado a todos los ciudadanos para dirimir conflictos, incluyendo aquellos en los que intervienen entidades públicas. En síntesis, el RLAM no crea derechos u obligaciones. Por el contrario, reconoce, complementa y garantiza la eficacia e implementación de los derechos y obligaciones ya reconocidos en la Constitución, en la LAM y la demás la legislación conexas que regula el arbitraje.

iii. Principios constitucionales aplicables al tratamiento del arbitraje como derecho de tutela judicial efectiva

18. Se ha demostrado la relevancia constitucional que tiene el reconocimiento del arbitraje como método eficaz para resolver conflictos –incluso con entidades públicas–. Ahora, es esencial, a fin de resolver sobre las Demandas planteadas al RLAM, entender los principios aplicables a este derecho. Esto con el objeto de garantizar su adecuado ejercicio y protección constitucional.

- Principio de favorabilidad

19. La Constitución en su Artículo 11, numeral 5, es clara al prescribir que “[e]n materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. Así, el principio de favorabilidad es un principio transversal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y tiene que ser aplicado por todos los entes estatales.

20. Este principio ha sido definido como “*aquel que permite la obligatoriedad de elegir la fuente y la norma que suministre la mejor solución para la vigencia de los derechos de las personas*”⁵ y “*demanda que la autoridad administrativa aplique únicamente la norma más favorable para la vigencia de los derechos*”.⁶

21. Lo que se busca a través del principio de favorabilidad, entonces, es que “*la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos [sea] la regla, y su condicionamiento la excepción*”.⁷ De esta manera, al momento de interpretar y aplicar un derecho:

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0058-09-IN, Sentencia No. 014-16-SIN-CC.

⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1830-16-EP, Sentencia No. 223-18-SEP-CC, 20/06/2018.

⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0071-15-IN, Sentencia No. 017-17-SIN-CC, 07/06/2017.

“se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos.”⁸

22. Este principio debe ser aplicado sin excepciones, por lo que al analizar el RLAM deberá prevalecer el entendimiento que garantice y reconozca al arbitraje y su eficacia como mecanismo eficaz de solución de disputas y tutela judicial efectiva reconocido en la Constitución. En efecto, el reconocimiento del arbitraje como método de solución de controversias en la Constitución precisamente obliga al Estado a garantizar su efectiva vigencia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y a mantener una interpretación que resulte favorable a su reconocimiento, vigencia y mejor aplicación.

- Principio de progresividad

23. Además de la obligación de adoptar medidas tendientes a favorecer al arbitraje y su vigencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Estado ecuatoriano está obligado a promover un desarrollo progresivo de esta figura dentro de nuestra legislación. El Artículo 11, numeral 8 de la Constitución prescribe que:

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

24. El principio de progresividad, entonces, contiene una doble dimensión:

la primera relacionada con el avance gradual de la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados con la utilización de herramientas técnicas que generen las mejores condiciones para su ejercicio y goce, y la segunda que se cristaliza a través del principio de no regresividad –prohibición de regresividad–, que no permite la disminución de los derechos, es decir, impide que tenga lugar una reducción en lo que respecta a la protección ya obtenida o reconocida.⁹

25. De esta manera, este principio conlleva, por un lado, la responsabilidad del Estado de velar por el respeto y la garantía de los derechos constitucionales a través de acciones concretas que otorguen mayor vigencia y fortalezcan a los derechos, y sobre todo el crear un marco jurídico seguro que promueva su observancia y su

⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0071-15-IN, Sentencia No. 017-17-SIN-CC, 07/06/2017.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0071-15-IN, Sentencia No. 017-17-SIN-CC, 07/06/2017.

pleno ejercicio. En este sentido la promulgación del RLAM por parte del Presidente de la República no es más que la simple aplicación del principio de progresividad, develando así su validez y eficacia. En igual sentido, al analizarse el contenido del RLAM y las Demandas planteadas, la Corte Constitucional deberá revisar que las decisiones no impliquen una disminución, reducción o regresividad del reconocimiento del arbitraje como mecanismo efectivo de resolución de disputas.

26. Además, se debe considerar que,

*la progresividad de los derechos supone, en concreto, que el Estado no puede implementar medidas que tengan como finalidad o como efecto, la disminución del nivel de reconocimiento y cumplimiento de los derechos contenidos en la Constitución [...]. Así, según el principio de progresividad, los derechos constitucionales tienen tal importancia que una vez que han sido establecidos o consagrados en la Constitución, no podrán ser disminuidos, desmejorados ni eliminados.*¹⁰

27. Es evidente, entonces, que, por aplicación de este principio, El Estado -por ejemplo a través de la Función Ejecutiva- y la Corte Constitucional (i) deberá realizar acciones tendientes a garantizar el desarrollo del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos y como mecanismo para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva; (ii) implementar las políticas públicas y medidas en pro del reconocimiento y efectividad del arbitraje según el Artículo 190 de la Constitución; y, (iii) están prohibidos de realizar acciones que menoscaben y disminuyan el reconocimiento y el pleno ejercicio de este derecho. El RLAM precisamente cumple este objetivo: desarrollar y garantizar la eficacia del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos reconocido como un derecho constitucional. Vale repetir, mecanismo que ha sido reconocido como eficaz para dirimir disputas con entidades públicas.

III. SOBRE LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL RLAM POR CONTENER DISPOSICIONES QUE SÓLO PUEDEN ESTAR CONTENIDAS EN LA LEY

28. En las Demandas correspondientes a las causas 72-21-IN y 114-21-IN, los accionantes presentan las siguientes alegaciones, las cuales están sustentadas en una presunta inobservancia a la reserva de ley y en un ejercicio excesivo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República:

- i. El Presidente de la República se habría excedido en su potestad reglamentaria, modificando el sentido del Artículo 41 de la LAM;
- ii. El Presidente de la República estaría tipificando infracciones y estableciendo sanciones para funcionarios públicos que no suscriban acuerdos de mediación en controversias con contratistas;

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0029-11-IN, Sentencia No. 008-13-S1N-CC, 13/06/2013.

- iii. El Presidente de la República estaría modificando las competencias del Consejo de la Judicatura para regular a los centros de arbitraje y mediación; y,
- iv. El Presidente estaría imponiendo a los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante, "GADs") una obligación de someterse a arbitrajes relacionados con la contratación pública.

29. A continuación, respetuosamente se presentan los argumentos respecto de cada una de las alegaciones contenidas en las Demandas, señaladas en el párrafo anterior.

i. Primera alegación: El RLAM modifica el Artículo 41 de la LAM

30. El Artículo 41 de la LAM estipula lo siguiente:

"Art. 41.-Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes (...)"

31. Por su parte, el Artículo 2 del RLAM señala:

"Artículo 2.- Arbitraje internacional cuya sede sea el Ecuador. –

1. Los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación son exigibles únicamente cuando un arbitraje internacional tiene sede en el Ecuador.

2. Para dichos efectos se entenderá que un vehículo de inversión constituido en el territorio ecuatoriano tiene domicilio fuera del Ecuador cuando el inversionista que ejerza control efectivo sobre dicho vehículo tenga un domicilio en un Estado diferente."

32. Según las accionantes de la Demanda de la causa 72-21-IN, esta disposición reglamentaria supuestamente *"(...) modifica los criterios de identificación de arbitraje internacional, contenidos en la ley (caduca) y en la misma Constitución, pues establece como criterio para la determinación de un arbitraje internacional, el domicilio del inversionista que ejerce control efectivo sobre el acto o negocio jurídico sobre el que versa el convenio arbitral (leading chair); es decir, el Reglamento modifica el sentido de la ley y se yuxtapone a la Constitución...la regulación de las condiciones del arbitraje, en el caso del sector público, deben provenir de un acto legislativo, no de un acto reglamentario proveniente del ejecutivo."*

33. Para pronunciarse respecto de esta alegación, conviene en primer lugar definir y señalar el alcance que tiene la facultad reglamentaria del Presidente de la República, en concordancia con la reserva de ley, para luego demostrar que no se ha excedido en su ejercicio al momento de emitir la norma impugnada.

34. En primer lugar, la propia Constitución en su Artículo 147(13) señala que el Presidente de la República puede emitir reglamentos para la aplicación de las leyes “*sin contravenirlas ni alterarlas*”. Es decir, en el presente caso, el RLAM no puede ni contradecir lo dispuesto por la LAM, ni alterar lo dispuesto por ella mediante sustracciones, añadiduras o innovaciones.
35. Por su parte, como lo ha dicho la propia Corte Constitucional,¹¹ la reserva legal se materializa en el Artículo 132 de la Constitución, que establece los distintos casos que requieren de una ley para su regulación. En cuanto a la Demanda en cuestión, su argumento no se centra en la violación al principio de reserva legal, sino en el supuesto exceso de la potestad reglamentaria de la Función Ejecutiva.
36. Al respecto, debe mencionarse que el Artículo 41(a) de la LAM establece tres requisitos independientes que pueden determinar la naturaleza internacional de un arbitraje, uno de los cuales es el domicilio de una de las partes en un Estado distinto. En ese sentido, el Artículo 2(2) del RLAM no crea ningún otro requisito distinto de los tres requisitos ya dispuestos en el Artículo 41 de la LAM.
37. El RLAM no contradice a la LAM en su disposición de que el domicilio extranjero de una de las partes puede determinar la naturaleza internacional de un arbitraje. Lo único que hace el RLAM es ofrecer un criterio para especificar y aclarar el entendimiento de domicilio de una de las partes que interviene en el arbitraje. Esto atendiendo además a un reconocimiento de los principios de buena fe y realidad a través de la identificación del control efectivo que determinada persona mantiene sobre un vehículo de inversión. En este sentido, el RLAM simplemente complementa uno de los requisitos del Artículo 41 de la LAM y esto lo hace partiendo de la primacía del principio de buena y de la realidad económica que debe regir en toda relación negocial, como lo es la que se forma a través de la celebración de un convenio arbitral.
38. Cabe reiterar que el “*control sobre el vehículo de inversión*” al que se refiere el RLAM no es un requisito adicional a los ya previstos en el Artículo 41 de la LAM, sino un criterio de especificación de domicilio, por lo que continúa siendo uno de los requisitos previsto en la LAM. En ese sentido, el RLAM únicamente complementa a la LAM, específicamente en la aplicación de su requisito relativo al domicilio de las partes, lo cual está en completa armonía con la LAM. Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en tanto “*(...) los reglamentos pueden complementar, pero no reemplazar la labor que la Constitución ha reservado exclusivamente para el legislador.*”¹² Así, en la medida en que no se ha reemplazado lo dispuesto por el legislador creando nuevos requisitos para que un arbitraje sea internacional, no existe un exceso en la potestad del Presidente al momento de complementar el requisito de domicilio de las partes dispuesto en la LAM mediante un criterio de identificación de domicilio.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 77-16-IN/22, párr. 71-72.

¹² Corte Constitucional, Sentencia No. 7-23-UE/23, párr. 206.

39. En síntesis, el Artículo 2 del RLAM no crea derechos y obligaciones, tampoco deja sin efecto el Artículo 41 de la LAM como incorrectamente se alega en las Demandas. Por el contrario, el Artículo 2 del RLAM complementa y torna efectiva la aplicación del requisito de domicilio previsto en el Artículo 41 de la LAM garantizando la buena fe y realidad económica que debe primar en toda relación contractual, incluyendo las derivadas de un convenio arbitral.

ii. Segunda alegación: El Artículo 16 del RLAM tipifica infracciones y establece sanciones

40. El Artículo 132 de la Constitución estipula que la tipificación de infracciones y el establecimiento de sus respectivas sanciones deberán necesariamente estar contemplados en una ley, no en una norma reglamentaria.

41. Por otro lado, el Artículo 16 (5) del RLAM, observado en las Demandas estipula:

5. Incurrirá en responsabilidad civil o administrativa el funcionario público que, negándose a suscribir un acuerdo de mediación, hubiese provocado una condena a la entidad pública, cuando era razonablemente predecible que la posición de la entidad estatal no hubiese sido acogida en un litigio y con base en un análisis costo-beneficio, hubiese sido preferible para el erario público llegar a un acuerdo.

42. De acuerdo con la Demanda dentro de la causa 114-21-IN, esta norma “(...) implica estatuir una infracción administrativa o de carácter civil no tipificada en la ley con base en elucubraciones caprichosas.”

43. El problema con esta alegación es que parte desde el enfoque de que el Artículo 16 (5) del RLAM está tipificando una infracción y estableciendo una sanción correspondiente para quien incurra en dicha conducta; en cuyo caso naturalmente debería observarse la doble garantía de reserva de ley y mandato de tipicidad.¹³ Sin embargo, el señalamiento de que una determinada conducta incurrida por un funcionario público, que eventualmente le ocasiona un perjuicio al Estado, le acarrea una determinada responsabilidad administrativa o civil difícilmente puede ser considerado como la tipificación de una infracción. Esto sencillamente porque no establece de forma cierta la aplicación directa o alcance de la supuesta sanción. En efecto no prevé el monto; tipo de sanción; el grado de la sanción o la autoridad que impondrá la sanción. En consecuencia, la aplicación del artículo 16 (5) del RLAM únicamente puede entenderse como una expectativa o posibilidad que busca (i) proteger el erario nacional, y (ii) garantizar la efectividad de los mecanismos alternativos de resolución de disputas previstos en la Constitución. El artículo 16 (5) del RLAM aplicado por sí solo resulta ineficaz para atribuir sanción o responsabilidad alguna a una persona.

44. Por su parte, la previsibilidad de una condena y el análisis de costo-beneficio de acudir a una mediación no constituyen criterios para imponer una sanción, lo que

¹³ Corte Constitucional, Sentencia 34-17-IN/21, párr. 31.

los excluye del mandato de tipicidad. El Artículo 16 (5) del RLAM simplemente recoge criterios para la potencial determinación de la existencia de una responsabilidad por parte del funcionario que llegare a ocasionar perjuicios económicos al Estado por desconocer la vigencia y aplicación de mecanismos alternativos de resolución de disputas. Tal disposición guarda armonía con el Artículo 233 de la Constitución, que ordena “[n]inguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.” En ese sentido, reproducir una fórmula utilizada por la propia Constitución difícilmente puede ser calificado como inconstitucional.

45. En relación con lo anterior, es importante añadir que existe normativa de rango infra legal que utiliza la misma formulación que la disposición cuya supuesta inconstitucionalidad se alega, sin que se plantee que aquella pueda ser inconstitucional. Así por ejemplo, la Norma de Control Interno 403-10 de la Contraloría General del Estado, dispone que:

“[l]os gastos adicionales que se originen por concepto de intereses o multas por mora injustificada en el pago de las obligaciones con retraso, será de responsabilidad personal y pecuniaria de quien o quienes los hayan ocasionado, por acción u omisión”.

46. Entonces es evidente que una norma que señale la eventual responsabilidad en que un funcionario público puede incurrir, no equivale a la creación de una sanción administrativa. Por el contrario, tal disposición se encuentra amparada en la Constitución y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En síntesis, la reclamación planteada carece de todo mérito, pues el RLAM no impone sanción o responsabilidad alguna. Simplemente establece una potencial consecuencia que finalmente será determinada por la autoridad competente y de acuerdo con las sanciones previstas en la ley en los casos en que un funcionario público actúe de forma negligente y desconozca la vigencia y efectividad de los mecanismos alternativos de resolución de controversias reconocidos en el Artículo 190 de la Constitución.

iii. **Tercera alegación: El Artículo 19 del RLAM modifica la competencia del Consejo de la Judicatura contenida en el Artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, “COFJ”)**

47. El Artículo 19 del RLAM, en su parte pertinente, estipula:

*Art. 19.- Del Registro de los Centros de Arbitraje y Mediación. -
(...)*

3. Los centros de arbitraje y mediación tendrán plena autonomía para dictar sus normas reglamentarias, tarifas de servicios, honorarios, designar y conformar listas de árbitros y mediadores. Ninguno de estos actos o instrumentos requerirá aprobación o registro alguno. Se prohíbe expresamente cualquier actuación que pretenda menoscabar la alternabilidad que constitucionalmente se proclama para el sistema

arbitral ni la autonomía administrativa de los centros de arbitraje y mediación.

4. Los instructivos que llegase a dictar el Consejo de la Judicatura podrán sugerir únicamente la implementación de mejores prácticas a los centros de arbitraje y mediación, pero en ningún caso serán obligatorios ni podrán afectar la autonomía de los centros de arbitraje y mediación ni la alternabilidad del sistema de arbitraje y mediación.

48. Según el accionante de la Demanda en la causa No. 114-21-IN, esta norma del RLAM es contraria al Artículo 264 (17) del COFJ, que establece como función del Pleno del Consejo de la Judicatura la siguiente:

7. Expedir las directrices para el registro y funcionamiento de los centros de arbitraje y mediación de conformidad con la Ley de la materia y su Reglamento.

49. Es importante tener en consideración que el RLAM no está vaciando de contenido al COFJ ni privando de o modificando la atribución del Consejo de la Judicatura. El Consejo de la Judicatura continúa siendo el organismo facultado para registrar los centros de arbitraje y mediación y habilitarlos como tales. De hecho, el artículo 264 (17) del COFJ dispone que el Consejo de la Judicatura tiene la potestad de establecer “directrices”, lo cual se complementa con la posibilidad de recomendar o sugerir mejores prácticas a los centros de arbitraje.
50. El Artículo 19 del RLAM se limita a indicar el carácter que tienen los instructivos que el Consejo de la Judicatura puede emitir para las mejores prácticas de los centros de arbitraje y mediación. En ese sentido, no existe un exceso de la potestad reglamentaria del Presidente de la República que sería contrario a la regulación de sus atribuciones según el Artículo 147 (13) de la Constitución. Finalmente, el Artículo 19 del RLAM simplemente reconoce la autonomía de los centros e instituciones arbitrales para administrar su negocio -proveer servicios para la implementación de mecanismos alternativos de resolución de disputas-. Autonomía que se basa en los derechos constitucionales de los centros e instituciones arbitrales a (i) desarrollar actividades económicas; (ii) libre contratación; y, (iii) la propiedad privada. Es importante añadir que, en virtud del principio de alternatividad del arbitraje, si bien las instituciones que proveen servicios relacionados a los mecanismos de resolución de disputas deben mantener un registro y cumplir los requisitos esenciales ordenados por el Consejo de la Judicatura, estos no constituyen instituciones públicas o administradores de justicia ordinaria. Por lo tanto, mantienen independencia del control jurisdiccional, proveyendo servicios de naturaleza privada. Esto lo reconoce la Constitución, la ley y ahora, se complementa a través del RLAM. En consecuencia, la reclamación planteada sobre el Artículo 19 del RLAM simplemente carece de todo mérito, pues dicho artículo no afecta o restringe derecho constitucional alguno.

- iv. Cuarta alegación: La naturaleza general del RLAM y particularmente su Disposición General Segunda suponen una vulneración a la reserva legal prevista en Artículo 132(4) de la Constitución.**

51. La Disposición General Segunda del RLAM establece lo siguiente:

En los procesos de contratación administrativa que vinculan a las administraciones públicas, se preferirá y promoverá que las disputas contractuales sean resueltas mediante arbitraje.

52. De acuerdo con la Demanda identificada con el No. 114-21-IN, a través de esta disposición se le estarían atribuyendo deberes y responsabilidades a los GADs, lo cual puede hacerse exclusivamente a través de una ley, conforme lo establece el Artículo 132(4) de la Constitución.
53. Al respecto, es importante resaltar que precisamente por la calidad general del RLAM, este vincula a toda la administración pública. Junto a ello, en ninguna disposición del RLAM se rompe con la naturaleza voluntaria del arbitraje, imponiéndole a los GADs una obligación de suscribir convenios arbitrales. Lo único que se hace a través del Decreto 165 es expedir un reglamento que, a criterio de la Función Ejecutiva, “*conv[iene] a la buena marcha de la administración*”, tal como lo prevé el Artículo 147(13) de la Constitución. La disposición general segunda del RLAM simplemente establece una expectativa, una política pública en miras de reforzar y garantizar la efectividad del arbitraje. Esto en pleno cumplimiento del Artículo 190 de la Constitución y del Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, disposiciones que reconocen y garantizan el arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de controversias, incluyendo aquellas de naturaleza contractual que surjan con entidades públicas.
54. La disposición general segunda del RLAM de ninguna manera obliga o impone a los GADs a someter sus controversias a arbitraje, pues estos, a pensar de la mencionada disposición, mantienen la potestad de celebrar o no un convenio arbitral. En tal sentido, la reclamación de inconstitucionalidad carece de todo sustento y por ello, debe ser rechazada.
55. En definitiva, la emisión del Decreto 165 responde a un ejercicio en estricto apego a la potestad reglamentaria prevista por el texto constitucional para el Presidente de la República. Esto es impulsar políticas públicas amparadas en el ordenamiento jurídico. El RLAM no crea, ni obliga a los GADs u otras entidades públicas a someterse a arbitraje, simplemente refuerza el reconocimiento y efectividad de dicho mecanismo alternativo de resolución de disputa en plena armonía con la Constitución y la Ley de Arbitraje y Mediación.

IV. SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN AL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN

56. En las Demandas identificadas con los números 72-21-IN, 74-21-IN y 87-21-IN, los accionantes hacen distintas alegaciones referidas en último término a que los

Artículos 3 y 4 del RLAM, que hacen referencia al arbitraje internacional en el que el Estado participe, suponen una vulneración al Artículo 422 de la Constitución.

57. En primer lugar, debe tenerse en consideración qué regula específicamente el Artículo 422 de la Constitución, y luego determinar si esa regulación es aplicable al RLAM.
58. En su texto, el Artículo 422 de la Constitución es específico en señalar que no se pueden celebrar tratados o instrumentos internacionales que dispongan la cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional “*en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*”. Es decir, se dispone una prohibición de realizar una acción (celebración) respecto de un instrumento específico (tratado o instrumento internacional) plenamente definido por el derecho internacional público.
59. En ese sentido, los accionantes yerran en identificar los convenios arbitrales con los tratados que prevean cláusulas de arbitraje internacional para controversias entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Dado que no son instrumentos iguales o equiparables, no se puede extender la prohibición prevista por la Constitución para tratados internacionales, a convenios arbitrales, en tanto son dos instrumentos completamente diferentes. Los primeros responden al Derecho Internacional Público, mientras que los segundos se enmarcan en el derecho privado.
60. Al respecto, la Corte Constitucional ya ha señalado que “*es evidente*” que en lo relativo a la naturaleza del instrumento,¹⁴ si se trata de un tratado, le es aplicable el Artículo 422 de la Constitución, no por prever un arbitraje internacional, sino porque el instrumento que lo dispone es un tratado. En consecuencia, si un convenio arbitral se encuentra en instrumentos privados no le es aplicable el Artículo 422 de la Constitución.
61. En consecuencia, para que el RLAM entre en contradicción con la prohibición del Artículo 422 de la Constitución, tendría que disponer de alguna manera la posibilidad de que el Estado ecuatoriano celebre convenios arbitrales a través de tratados internacionales. Ninguna disposición en este sentido existe en el RLAM.
62. Así, se debe reiterar que la Constitución no contiene en su Artículo 422 una prohibición contra el arbitraje internacional, ni tampoco una prohibición que impida al Ecuador suscribir convenios de arbitraje internacional. La prohibición constitucional atañe específicamente a la inclusión de una oferta de arbitraje en tratados, que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define como:

“un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en

¹⁴ Corte Constitucional, Dictamen 2-23-TU/23, párr. 174.

dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

63. En la medida en que el RLAM, ni es un tratado, ni regula de forma alguna la suscripción de dichos instrumentos internacionales, no existe contradicción alguna o contravención del artículo 422 de la Constitución. En este sentido, las alegaciones de inconstitucionalidad al respecto deben ser rechazadas.

V. NOTIFICACIONES:

64. Las notificaciones que le correspondan a la CIAM las recibirá en los siguientes correos electrónicos:

mrfabra@bustamantefabara.com;

hgarcia@bustamantefabara.com;

ccepeda@bustamantefabara.com;

srivadeneira@bustamantefabara.com

Atentamente,



Mildred Molineros
Subdirectora

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN
(CIAM) DE LAS CÁMARAS DE INDUSTRIAS Y COMERCIO ECUATORIANO
BRITÁNICA Y DE INDUSTRIAS Y PRODUCCIÓN.**

	SECRETARÍA GENERAL DOCUMENTOLOGÍA
Recibido el día de hoy	- 7 NOV. 2023
	a las 10:40
Por	Adriana Rojas
Anexos	
FIRMA RESPONSABLE	



