

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Nº 74-2021-IN

AMICUS CURIAE

PRESENTADO POR:

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje



ECUVYAP

Ecuador Very Young Arbitration Practitioners



USFQ Law Review



TABLA DE CONTENIDOS

I. Antecedentes	3
II. Objeto del Amicus Curiae	3
III. El RLAM es constitucional por la forma	4
3.1. El Reglamento a la LAM cumplió los requisitos formales que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano para su validez	4
3.2. El RLAM fue expedido por la autoridad competente	5
IV. El RLAM es constitucional por el fondo	6
4.1. Los artículos 2, 3 y 4 del RLAM son conformes a lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución.....	6
4.2. El número 3 del artículo 4 del RLAM es concordante con el artículo 190 de la Constitución.....	8
4.3. El número 1 del artículo 16 del RLAM es concordante con la Constitución	11
4.4. La disposición general segunda y la disposición transitoria cuarta son concordantes con la Constitución	12
4.5. El artículo 5 del RLAM no contraviene ni altera normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano	13
4.5.1. El artículo 5 del RLAM no contraviene el principio <i>pacta sunt servanda</i>	13
4.5.2. El artículo 5 del RLAM no restringe la voluntariedad del arbitraje	14
4.6. El número 2 del artículo 9 del RLAM no altera el funcionamiento del sistema de justicia	15
4.7. El artículo 15 del RLAM es constitucional y conforme a normas supralegales...	17
V. Conclusiones	19
VI. Solicitud y Notificaciones	21

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Javier Jaramillo Troya, en calidad de Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje IEA; Lorena Barraqueta Bucaram, Carla Cepeda Altamirano, Daniela Endara Bastidas, y Juan David Vicuña como miembros de la organización de jóvenes ECUVYAP – *Ecuadorian Very Young Arbitration Practitioners*; y Felipe Castro Zurita, Juan José Cobo, Kevin Damian Ortiz Arias, y Paula Zambrano, como miembros del Comité Editorial de USFQ Law Review, comparecemos ante ustedes para presentar el siguiente *Amicus Curiae* dentro de la acción de inconstitucionalidad N° 74-21-IN que tiene por objeto determinar la constitucionalidad del “Decreto Ejecutivo 165 expedido el 18 de agosto de 2021” (“**RLAM** ” o “**Reglamento a la LAM**”). El presente *Amicus Curiae* se fundamenta en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹ (“**LOGJCC**”).

I. ANTECEDENTES

1. El 4 de septiembre de 1997 se publicó en el Registro Oficial No. 145 la Ley de Arbitraje y Mediación (“**LAM**”). La misma fue reformada a través de la Ley Reformativa a la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el año 2005 en el Registro Oficial No. 532. Finalmente, en el año 2006 la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional de conformidad con lo dispuesto en el Art. 160 de la Constitución de aquel entonces expidieron la Codificación a la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 417.
2. En el 2007, los ecuatorianos votaron en consulta popular a favor de que se conforme una Asamblea Constituyente encargada de redactar una nueva Constitución. Mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, la referida Constituyente aprobó la Constitución de la República del Ecuador (“**Constitución**” o “**CRE**”) vigente, que fue publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
3. El 18 de agosto de 2021 el Presidente de la República, Guillermo Lasso Mendoza, emitió el Decreto Ejecutivo No. 165 que contiene el Reglamento a la LAM que incorpora, en un solo cuerpo legal, los desarrollos que en esta materia han tenido lugar con el pasar de los años. Sin embargo, una vez fue publicado el Decreto Ejecutivo en el Registro Oficial se presentaron demandas de inconstitucionalidad por la forma y fondo en contra de dicho acto normativo.
4. Las demandas presentadas son las siguientes:
 - a. Demanda no. 72-21-IN presentada por las ex asambleístas Mónica Estefanía Palacios Zambrano y Pamela Alejandra Aguirre Zambonino.
 - b. Demanda no. 74-21-IN presentada por los ex asambleístas Esther Adelina Cuesta Santana, Verónica Elizabeth Arias Fernández, Gustavo Enrique Mateus Acosta, Eduardo Mauricio Zambrano Valle, José Luis Vallejo Ayala y Blasco Remigio Luna Arévalo.
 - c. Demanda no. 87-21-IN presentada por Wilson Noe Zambrano Alcívar y Wilmer Hernán Díaz Peña en representación de la asociación de defensa al consumidor “Acción por la vida”.
 - d. Demanda no. 114-21-IN presentada por Andrés Arauz Galarza.

II. OBJETO DEL AMICUS CURIAE

5. El presente *Amicus Curiae* tiene por finalidad presentar argumentos jurídicos y técnicos a esta Corte para que determine que el RLAM ha sido expedido en legal y debida forma, y su contenido es concordante con la Constitución y el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para tal efecto, este escrito analiza lo siguiente:

¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, del 22 de octubre de 2009, última modificación el 03 de febrero de 2020.

- a. Que el RLAM es constitucional por la forma debido a que: (i) cumplió los requisitos formales que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano para su validez, (ii) fue expedido por la autoridad competente, y (iii) el control abstracto de constitucionalidad no abarca la verificación de antinomias entre normas *infra* constitucionales.
- b. Que, el RLAM es constitucional por el fondo debido a que: (i) los artículos 2, 3 y 4 son concordantes con lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución, (ii) el numeral 3 del artículo 4 es concordante con el artículo 190 de la Constitución, (iii) el numeral 1 del artículo 16 es concordante con la Constitución, (iv) la disposición general segunda y la disposición transitoria cuarta también son concordantes con la Constitución, (v) el artículo 5 no contraviene ni altera normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, (vi) el numeral 2 del artículo 9 no altera el funcionamiento del sistema de justicia, y (vii) el artículo 15 es constitucional y conforme a normas supralegales.

III. EL RLAM ES CONSTITUCIONAL POR LA FORMA

6. Las demandas no. 72-21-IC, no. 87-21-IC y 114-21-IC argumentan que el Reglamento a la LAM es inconstitucional por la forma en la que ha sido expedido. El fundamento que utilizan los accionantes para sostenerlo es que el mismo contraviene varios artículos de la Constitución². Específicamente, se han referido a los artículos 76.1, 82, 147.13, 190, 422, 424 y 425.
7. En este sentido, en este *Amicus Curiae* se demostrará que los argumentos sobre la forma planteados en las demandas de inconstitucionalidad carecen de razonabilidad y mérito legal: primero, se mostrará que el RLAM cumplió con los requisitos formales que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano para su validez; segundo, se explicarán las razones por las cuales el Presidente es competente para emitir las regulaciones contenidas en el Decreto Ejecutivo 165; tercero, se demostrará que el control abstracto de constitucionalidad no abarca la verificación de antinomias entre normas *infra* constitucionales.

3.1. El Reglamento a la LAM cumplió los requisitos formales que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano para su validez

8. La demanda No. 72-21-IN se fundamenta en que el RLAM es inconstitucional en la forma debido a que el mismo contraviene la jerarquía normativa y la reserva de ley. La doctrina ha establecido a estos dos últimos y a la competencia como los límites que deben ser tomados en cuenta para la potestad reglamentaria³. El argumento bajo el cual se sostiene la vulneración a los principios mencionados es que las disposiciones contenidas en el Reglamento a la LAM pretenden sobrepasar aquellas expresadas en la Constitución y en la LAM.
9. El principio de jerarquía normativa se encuentra reconocido en el artículo 425 de la Constitución. Esta norma dispone que, en caso de conflicto entre leyes, la Corte Constitucional, los jueces y las autoridades en general, lo resuelvan en aplicación de la norma superior⁴. Por su parte, se ha establecido que el principio de reserva de ley pretende que ciertos ámbitos del derecho sean

² Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, del 20 de octubre 2008, última modificación el 12 de marzo de 2020.

³ Moises Vargas. “La potestad reglamentaria”. Doctrinas esenciales: Derecho Constitucional. pp. 89-116. Obtenido en: <http://vlex.com/vid/potestad-reglamentaria-233208789>

⁴ Artículo 425, Constitución

regulados únicamente mediante una disposición normativa de carácter legal para asegurar su legitimidad⁵.

10. Bajo este entendimiento, resulta erróneo el argumento sostenido en la demanda de inconstitucionalidad mencionada. Esto, pues, por un lado, el RLAM no vulnera el principio de jerarquía normativa debido a que las normas reguladas a través de este son concordantes con las contenidas en cuerpos legales de rango superior como los artículos 190 y 422 de la Constitución y los artículos 41 y 42 de la LAM, y, por otro, más bien se fundamenta en dichos cuerpos normativos para ejercer su función reglamentaria. Además, el Reglamento a la LAM guarda sujeción estricta al principio de reserva de ley debido a que las normas emitidas por en el RLAM cumplen, en todo sentido, las disposiciones normativas previstas en la Constitución, la LAM y demás legislación conexas. Más aun, la demanda de inconstitucionalidad no señala una sola disposición de la Constitución o la Ley que reserve, para rango de ley, las disposiciones reglamentarias contenidas en el RLAM.

3.2. El RLAM fue expedido por la autoridad competente

11. La demanda dentro del proceso no. 114-21IN argumenta que el Presidente de la República se extralimitó de sus facultades con una desviación de poder en la creación del RLAM. Este argumento carece de fundamento jurídico.
12. De acuerdo con el artículo 436 de la Constitución, la Corte Constitucional es el órgano competente para “[c]onocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado”. El control constitucional de forma, de acuerdo con la sentencia No. 052-16-SIN-CC, “comprende la verificación respecto del ejercicio de las competencias otorgadas constitucional y legalmente al órgano que expide una determinada norma, en función de la naturaleza de la norma impugnada”⁶. Este control de formalidad implica que las normas *infra* constitucionales sigan el procedimiento de creación establecido en la Constitución⁷. Es decir, que si el procedimiento de creación de una norma no se encuentra en la CRE —como es el caso de los reglamentos— la única revisión de forma que puede realizar la Corte Constitucional es sobre la competencia de la autoridad para la emisión de una norma.
13. El RLAM fue emitido por la autoridad competente. De acuerdo con el artículo 147.13 de la CRE, el presidente tiene la competencia para “[e]xpeditar 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”. El RLAM fue expedido por el Presidente de la República del Ecuador. Por lo tanto, es constitucional en su forma por haber sido expedido por la autoridad competente.

3.3. El control abstracto de constitucionalidad no abarca la verificación de antinomias entre normas *infra* constitucionales

14. El control de inconstitucionalidad de fondo que puede realizar la Corte Constitucional se limita a verificar la no contradicción con normas de jerarquía constitucional. La Corte está facultada para ejercer un control abstracto de constitucionalidad, esto es, el “ejercido para garantizar la adecuación de las normas que componen el ordenamiento jurídico al contenido de la

⁵ Echeverría. “Reserva de ley para regular el ejercicio de los derechos de la naturaleza”. Obtenido en: https://jur.usfq.edu.ec/2020/06/reserva-de-ley-para-regular-el_9.html#:~:text=%C2%A8El%20principio%20de%20reserva,la%20sujeci%C3%B3n%20al%20principio%20democr%C3%A1tico.

⁶ Sentencia No. 052-16-SIN-CC. Corte Constitucional del Ecuador, del 12 de octubre de 2016.

⁷ Juan Francisco Guerrero del Pozo, “Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad” en *Apuntes de derecho procesal constitucional* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 64.

Constitución”⁸. Por lo tanto, la Corte Constitucional no tiene competencia para resolver sobre la contradicción entre normas *infra* constitucionales, como la propia Corte lo ha sostenido en reiteradas ocasiones⁹.

15. En consecuencia, la Corte Constitucional no tiene competencia para revisar las supuestas antinomias alegadas en las demandas antes mencionadas que se refieren a una supuesta contradicción con normas *infra* constitucionales. Por ejemplo, en la demanda 87-21-IN se alega que el RLAM contraviene el principio *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 1561 del Código Civil. Este principio no se encuentra reconocido a nivel constitucional. Por tanto, la Corte no tiene competencia para resolver sobre esta supuesta contradicción ni ninguna de las otras alegadas en las demandas de inconstitucionalidad.

IV. EL RLAM ES CONSTITUCIONAL POR EL FONDO

4.1. Los artículos 2, 3 y 4 del RLAM son conformes a lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución

16. En la demanda no. 72-21-IN se argumenta que los artículos 2 y 3 del Reglamento LAM son inconstitucionales por el fondo en virtud de que los mismos contravienen lo prescrito en el artículo 422 de la CRE. En su entendimiento, el artículo mencionado establece una prohibición absoluta hacia el arbitraje internacional en el Ecuador. Es por ello que, las accionantes consideran que a través de los artículos 2 y 3 del RLAM se “*introdujo regulaciones al arbitraje internacional contra expresa disposición constitucional*”¹⁰. Además, señalan que los artículos mencionados del Decreto Ejecutivo 165 “*modifican criterios de identificación de arbitraje internacional contenidos en la Ley [Ley de Arbitraje y Mediación] y en la misma Constitución*”¹¹.
17. Por su parte, en la demanda no. 74-21-IN también se sostiene que el artículo 3 del RLAM es inconstitucional por el fondo. Las razones para fundamentar dicha alegación son que el artículo “*violenta el espíritu constitucional previsto en el primer inciso del artículo 422 [Constitución] que limita y prohíbe literalmente celebrar tratados en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional*”¹². Asimismo, alegan que el segundo inciso también es vulnerado en la medida de que, cuando existan tratados que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica, cuyos conflictos pueden ser conocidos ante instancias arbitrales regionales, los mismos deben pasar por la aprobación previa de la Asamblea Nacional y no pueden depender de la autorización del Procurador General del Estado como lo establece el artículo 3 del RLAM¹³.
18. A su vez, en la demanda 87-21-IN se argumenta que los artículos 3 y 4 del Decreto Ejecutivo 165 son inconstitucionales por ser contrarios a lo prescrito en el artículo 422 de la CRE. Específicamente, se centran en que en dichos artículos se autoriza el sometimiento al arbitraje internacional en general y en particular a las entidades del sector público, lo cual consideran prohibido¹⁴.

⁸ Juan Francisco Guerrero del Pozo, “Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad” en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, 69.

⁹ Para ejemplificar, vid.: Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 35-16-IN /23, 1 de febrero de 2023, p.23; Sentencia No. 94-15-IN/21, 7 de abril de 2021, p.21; Dictamen No. 3-22-OP/22, 3 de octubre de 2022, p. 139.

¹⁰ Demanda no. 72-21-IN, p. 6.

¹¹ Id.

¹² Demanda no. 74-21-IN, p. 7.

¹³ Id.

¹⁴ Demanda no. 87-21-IN, p. 5.

19. En ese sentido, de los argumentos mencionados se desprende que los accionantes de las tres demandas sostienen que las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 del RLAM son inconstitucionales pues regulan aspectos del arbitraje internacional que, según las demandas, contravienen el artículo 422 que prohíbe expresamente el arbitraje internacional en general. Bajo ese entendimiento, según los accionantes, el reconocimiento constitucional otorgado al arbitraje en el artículo 190 es solo para el arbitraje nacional. Con base en esto, a lo largo de la presente sección se demostrará por qué el fundamento de la alegada inconstitucionalidad de fondo de los artículos 2, 3 y 4 del RLAM en relación con la interpretación del artículo 422 carece de sustento.

20. El artículo 422 de la Constitución prescribe que:

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

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

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional¹⁵.

21. La Corte Constitucional mediante dictamen no. 2-23-TI/23 ya se pronunció respecto de la interpretación que corresponde al citado artículo. En el dictamen se ha reconocido que la prohibición es limitada para aquellos casos en donde se cumplan los supuestos de hecho establecidos. Estos son:

- (i) El Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana;
- (ii) en controversias contractuales o de índole comercial;
- (iii) entre el Estado y privados
- (iv) a través de un tratado internacional.

22. En ese sentido, no puede alegarse la inconstitucionalidad sobre el fondo de los artículos 2, 3 y 4 del RLAM respecto de lo prescrito en el artículo 422 de la CRE por las siguientes razones. *Primero*, pues, como se vio, no existe una prohibición general al arbitraje internacional como erróneamente alegan los accionantes en referencia al artículo 422 de la CRE por lo que, normas reglamentarias que regulen a esta institución no son, *per se*, inconstitucionales. *Segundo*, porque, a través de los artículos cuestionados del Reglamento a la LAM, no se modifican los supuestos de hecho establecidos para que se cumpla la prohibición del artículo de la Constitución. *Tercero*, tampoco se contravienen los principios que han inspirado la incorporación de dicha norma de la CRE. *Cuarto*, el hecho de que los artículos 2, 3 y 4 del RLAM se incluyan dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano no contraviene normas jerárquicamente superiores que se encuentran dentro del mismo.

23. Simplemente, lo que el ejecutivo hizo a través de la incorporación de los artículos cuestionados del RLAM es reglamentar los artículos 41 y 42 de la LAM que, de manera expresa, regulan al arbitraje internacional conforme al reconocimiento de esta institución que hace el artículo 190 de la Constitución sobre la base del que, además, sistemáticamente se ha desarrollado normativa que

¹⁵ Artículo 422, Constitución.

regula al arbitraje internacional como es el caso de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Código Orgánico de Producción Comercio e Inversiones y la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, entre otros.

24. De esta forma, no cabe argumento alguno para insinuar que los mismos son inconstitucionales.

4.2. El número 3 del artículo 4 del RLAM es concordante con el artículo 190 de la Constitución

25. La demanda 114-21-IN indica que el número 3 del artículo 4 del RLAM es contrario al artículo 190 de la Constitución por

ampliar las materias transigibles y las partes del convenio arbitral, rebasándose así, la relación jurídica de carácter contractual, e innovándose el recaudo constitucional y legal respecto de la arbitrabilidad de ‘todos los hechos, actos o actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica sometida a su conocimiento’¹⁶.

26. Lo que indica la demanda es que, a través del Reglamento, se estaría determinando cuáles son las materias transigibles en controversias contractuales con entidades públicas, lo que, según el accionante, sería violatorio al artículo 190 de la Constitución pues “rebasaría” e “innovaría” su contenido respecto a la transigibilidad como requisito de competencia en controversias contractuales entre privados y entidades públicas en las que se haya pactado arbitraje.

27. Este argumento es equivocado, pues, el artículo 190 de la Constitución no establece como requisito para el arbitraje con entidades públicas que la materia sea transigible. La transigibilidad es únicamente referida en el inciso primero de la antedicha norma, que, como se desprende de su literalidad, se refiere al arbitraje en general. El constituyente no incluyó, como erróneamente interpreta el accionante, a la transigibilidad como un requisito para el arbitraje con entidades públicas referido en el inciso segundo.

28. Esta exclusión no es coincidencia, pues, desde una perspectiva jurídica, la transigibilidad, entendida como la posibilidad de disponer libremente ciertos derechos, no es aplicable ya que en la esfera de la actuación de la Administración pública no existen “derechos” sino “potestades”. Sobre los primeros es posible hablar de transigibilidad, pero, sobre los segundos no, pues, a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado, en el Derecho público las potestades son brindadas por el ordenamiento jurídico en aplicación del principio de legalidad. En otras palabras, la arbitrabilidad en Derecho público depende de que, a través de una potestad incluida en una norma jurídica, se permita el sometimiento a arbitraje.

29. Lo anterior es confirmado por la doctrina ecuatoriana en el sentido de que la transigibilidad de la materia no es el criterio de arbitrabilidad adecuado cuando interviene la Administración pública. Así lo indica Juan Pablo Aguilar:

la noción de transigibilidad, en el sentido de límite a la libertad individual, como se la entiende en el Derecho Privado, no se aplica en el Derecho Administrativo, porque no cabe utilizar una institución que busca poner límites al ejercicio de derechos que, en el caso de los órganos administrativos, no existen [...] ¹⁷.

30. Entonces, si la noción de transigibilidad del Derecho privado es inaplicable al Derecho administrativo, el criterio de arbitrabilidad cuando se trata de controversias con la Administración no es la transigibilidad, sino la legalidad. Así lo expone Francisco Larrea:

Si la Administración no actúa en el plano de las libertades, sino en el plano de la legalidad, exclusivamente, donde los derechos no son libremente disponibles, el concepto de la transigibilidad como límite al ejercicio de la libertad, pierde todo sentido, por lo que, en el

¹⁶ Demanda 114-21-IN, párr. 9.

¹⁷ Juan Pablo Aguilar Andrade, *Derecho Administrativo y Transigibilidad*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 6, 2014, p. 261.

ámbito del Derecho Administrativo no sería aplicable el concepto de la transigibilidad como requisito para la arbitrabilidad, más bien, la posibilidad de arbitrar los actos administrativos se trataría del cumplimiento de potestades legalmente establecidas en la ley.

Entonces, en el arbitraje administrativo, el límite a su arbitrabilidad, incluida la arbitrabilidad de los actos administrativos, no estaría limitada por la transigibilidad como requisito *sine qua non* para su validez, sino que sería el principio de legalidad su requisito indispensable, siendo entendido esto, [...] que la ley le haya otorgado la potestad de acudir al arbitraje para revisar la legalidad de los actos administrativos, sin más límites que los propios establecidos en la misma ley¹⁸.

31. En la misma línea, Aguilar expresa que la arbitrabilidad

depende de que exista una norma que confiera la potestad de celebrar el correspondiente convenio arbitral. Cuando esa norma existe, el tema es arbitrable, sin más limitaciones que las que la misma norma establece.

[...]

En otras palabras, conferida una potestad no hay que buscar en ella límite alguno; es la ley que regula la potestad, la que debe expresamente excluir determinados asuntos de su ejercicio y, si no lo hace, no pueden considerarse excluidos.

[...]

la autorización para que las controversias contractuales se sometan a arbitraje incluye toda controversia, con independencia de que la misma se relacione con actos administrativos de ejecución contractual¹⁹.

32. Por lo tanto, a diferencia de lo que se indica en la demanda, el RLAM no pretende “ampliar las materias transigibles”, sino simplemente desarrolla lo que ya está permitido por la Constitución y la Ley. Los actos administrativos derivados de la ejecución contractual, que el Reglamento enlista a modo de ejemplo en el número 3 del artículo 4, son –y siempre lo han sido– arbitrables. Ello pues, el artículo 190 de la Constitución, de manera expresa otorga la potestad y la autorización normativa al señalar, sin exclusión alguna, que “en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho (...)” para que todas las controversias contractuales en contratos con entidades públicas sean sometidas a arbitraje. Lo anterior se confirma si se analiza que la actuación de la Administración pública se limita a la emisión de actos administrativos. Por ello, si se pensara que aquellos actos administrativos relacionados con la ejecución de un contrato público no son susceptibles de ser sometidos a arbitraje, se vaciaría de contenido el artículo 190 de la Constitución que admite someter a arbitraje controversias de naturaleza contractual con entidades públicas.

33. En la demanda también se expresa que, “[n]ormar cuáles materias son transigibles y por tanto susceptibles de arbitraje, tal determinación le correspondería a la ley y no al reglamento por el propio mandato del artículo 190 de la CRE.” Como se indicó, el Reglamento no hace nada más que desarrollar lo que ya se encuentra expresamente autorizado por el referido artículo 190 de la Constitución que, sin distinción, permite el arbitraje en contratación pública. Lo anterior también se encuentra expresamente permitido en el artículo 4 de la LAM que, de manera expresa y en concordancia con el artículo 190 de la Constitución, permite, sin exclusión respecto a materia alguna, el pacto de un convenio arbitral en controversias relacionadas con contrato entre la Administración y privados.

¹⁸ Francisco Larrea Naranjo, *Arbitrabilidad de Actos Administrativos Contractuales*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 7, 2015, p. 288.

¹⁹ Juan Pablo Aguilar Andrade, *Derecho Administrativo y Transigibilidad*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 6, 2014, pp. 261-262.

34. Como una muestra irrefutable de lo anterior y de que, de manera sistemática el ordenamiento jurídico ecuatoriano permite, sin exclusión, que todas las disputas relacionada con contratos celebrados con entidades públicas puedan ser sometidas a arbitraje, y, en especial aquellas en las que estén involucrados actos administrativos sancionadores, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública indica en su artículo 71: “[I]as **multas** impuestas al contratista pueden ser **impugnadas** en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o **arbitral**”²⁰.
35. En la misma línea, el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, en el segundo artículo innumerado posterior al artículo 16, prevé:
- En el caso en el que el Estado pacte **arbitraje** internacional en derecho, el contrato de inversión hará referencia a que toda controversia resultante de la inversión o del contrato, **su incumplimiento, resolución o nulidad, será resuelta, a elección del reclamante, mediante arbitraje**²¹.
36. De igual forma, la Codificación de Resoluciones del Servicio de Contratación Pública, en su artículo 48, número 2, determina:
- Art. 48.- La compañía o empresa de seguros, banco o institución financiera declarada como incumplida, podrá rehabilitarse y en esa medida ser excluida del Registro de Incumplimientos, en los siguientes casos:
- [...]
2. Que exista sentencia ejecutoriada, resolución de órgano judicial competente, acta de acuerdo de mediación o **laudo arbitral que deje sin efecto el acto administrativo** que originó la inclusión en el Registro de Incumplimientos; y, [...]”²².
37. Además, la jurisprudencia ecuatoriana ha ratificado la posibilidad de que los actos administrativos de ejecución contractual sean sometidos a arbitraje. Por citar algunos ejemplos, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la Ciudad de Cuenca ha expresado que:
- Surgida la controversia no existe a juicio del juzgador otra vía que el **someter el acto administrativo dictado por el Gerente General del FISE, terminación unilateral anticipada del contrato a la instancia pactada en el convenio, que no es otra que el sistema de arbitraje** y al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Quito²³.
38. Por otro lado, la Corte Nacional de Justicia ha indicado:
- En **contratación pública** existe un mayor número de restricciones que en la contratación privada, en vista de que cuando el Estado está involucrado en una relación jurídica como parte contratante, se limita la autonomía de la libertad en virtud de la primacía del interés común sobre el individual; **no obstante, existen derechos contractuales susceptibles de ser transigidos, y por ende idóneos para ser discutidos a la luz del arbitraje** [...]”²⁴.

²⁰ Artículo 71, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008.

²¹ Artículo innumerado segundo posterior al artículo 16, Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.

²² Artículo 48, Codificación de Resoluciones del Servicio de Contratación Pública, Registro Oficial Edición Especial 245 de 29 de enero de 2018.

²³ Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la Ciudad de Cuenca, Proceso 295-2007, 7 de julio de 2009.

²⁴ Corte Nacional de Justicia, recurso de casación, No. 493-2009.

39. Finalmente, en la demanda se invoca también la supuesta incompatibilidad del número 3 del artículo 4 del RLAM con el artículo 173 de la Constitución²⁵. Se menciona que “los actos de caducidad o sancionadores [...] constituyen propiamente actos administrativos que son impugnables tanto en vía administrativa como ante los órganos de la Función Judicial”²⁶. El mencionado artículo debe interpretarse de la mano con el artículo 190 de la CRE, que permite, en general y sin exclusiones, el arbitraje cuando se trata de contratación pública y no contradice lo establecido como regla general en el artículo 173 del mismo cuerpo legal. Así lo ha confirmado la doctrina:

El mencionado artículo [173] establece que ‘los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los órganos de la Función Judicial.’ Al encontrarse los artículos 173 y 190 en el mismo nivel constitucional, considero que ninguno prevalece por sobre el otro. Qué quiero decir: el artículo 173 establece, la que podríamos considerar como la regla general en cuanto a que los actos administrativos podrán ser impugnados por la vía administrativa o por la vía judicial, cubriendo así a la generalidad de los actos administrativos.

No obstante, lo anterior, el artículo 190 complementa al 173 en cuanto a los actos administrativos contractuales, incluyendo, según nuestro criterio, a los actos administrativos que sin ser estrictamente contractuales, tendrían relación con el contrato. Este artículo establece, claramente, la posibilidad de arbitrar en la contratación pública, sin establecer ningún límite específico para la legalidad de los actos administrativos²⁷.

40. Por lo tanto, queda claro que, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los actos administrativos de ejecución contractual y aquellos que estén relacionados con el contrato son materia susceptible de ser sometida a arbitraje por mandato expreso de la Constitución y la Ley. De lo contrario, no tendría sentido efectivo y se restaría el efecto útil del reconocimiento del arbitraje como mecanismo para dirimir controversias en materia de contratación con el Estado previsto en el artículo 190 de la CRE.
41. El artículo 4.3 del RLAM, por lo mismo, no violenta de manera alguna la Constitución y la LAM, y, por el contrario, constituye un ejercicio legítimo de reglamentación del artículo 4 de la LAM y otras normas de rango legal que regulan el arbitraje con entidades del Estado, pues recoge lo que ya se ha desarrollado sobre este tema dichos cuerpos normativos, por la doctrina más calificada en la materia y por la jurisprudencia. Contrario a lo que se argumenta en la demanda, el RLAM no pretende ampliar o determinar cuáles son las materias susceptibles de arbitraje en controversias con la Administración, lo único que realiza es reglamentar lo ya permitido por la Constitución y la Ley. Dicha regulación únicamente brinda certeza, seguridad jurídica y garantiza el desarrollo y efectividad del arbitraje

4.3. El número 1 del artículo 16 del RLAM es concordante con la Constitución

42. Al referirse a la mediación, la demanda 114-21-IN incurre en el mismo error conceptual sobre la transigibilidad. En esta se indica que es inconstitucional “someter a mediación, actos que no constituyen materia transigible, al haberse demolido reglamentariamente tal distinción”²⁸. Por ello, acusa también de inconstitucionales a los números 1 y 5 del artículo 16 del RLAM, amparándose en los mismos argumentos utilizados para alegar la supuesta ampliación de las materias transigibles cuando la Administración pública interviene en un arbitraje.

²⁵ Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

²⁶ Demanda 114-21-IN, párr. 15(d).

²⁷ Francisco Larrea Naranjo, *Arbitrabilidad de Actos Administrativos Contractuales*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 7, 2015, p. 275.

²⁸ Demanda 114-21-IN, párr. 30.

43. Sin embargo, como se demostró en el punto anterior, el Reglamento a la LAM no ha expandido ni ha determinado qué materias son transigibles o no cuando se trata de actos administrativos. Simplemente ha desarrollado y consolidado lo que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya preveía, en este caso el artículo 44 de la LAM que expresamente establece que “[e]l Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder”. En otras palabras, el RLAM constituye un adecuado ejercicio reglamentario de la referida norma de la LAM y otras existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que, sin distinción o exclusión, permiten la mediación con instituciones del Estado, lo que implica que en este tipo de procedimientos se aborden los actos administrativos de ejecución contractual, sin más limitaciones que aquellas que la Ley establece expresamente.

4.4. La disposición general segunda y la disposición transitoria cuarta son concordantes con la Constitución

44. Dentro de la demanda de inconstitucionalidad 114-21-IN, se alega que, a través de la disposición transitoria cuarta del RLAM, se está desconociendo el carácter voluntario y convencional del arbitraje, estableciéndolo como un método de solución de conflictos imperativo²⁹. Dicha disposición establece:

Cuarta.- Dentro de los 90 días posteriores a la publicación de este Reglamento en el Registro Oficial, el Servicio Nacional de Contratación Pública incorporará en sus pliegos contractuales convenios arbitrales que **permitan** que las controversias que surjan de la relación contractual sean resueltas **mediante arbitraje y mediación**. Se excluye de esta disposición los procedimientos de ínfima cuantía. Las partes, luego de la adjudicación del contrato, **podrán negociar los términos específicos del convenio arbitral** (énfasis añadido)³⁰.

45. Incluir un modelo de convenio arbitral en los pliegos contractuales no atenta contra la voluntariedad del arbitraje. Como indica expresamente la disposición, lo que pretende el Reglamento es *permitir* que las controversias que surjan de la relación contractual con la Administración sean resueltas a través de este método alternativo reconocido por la Constitución. De igual forma, esto es concordante con la disposición general segunda –también acusada de inconstitucional–, que establece que “se **preferirá y promoverá** que las disputas contractuales sean resueltas mediante arbitraje”³¹.
46. Dichas disposiciones, de ninguna forma desconocen la voluntariedad del arbitraje ni pretenden vincular obligatoriamente a las entidades públicas o a los privados a someter las disputas contractuales a arbitraje bajo condiciones predeterminadas, tanto así que se respeta la libertad contractual, y más específicamente, la libertad de configuración interna al establecer que “[l]as partes, luego de la adjudicación del contrato, podrán negociar los términos específicos del convenio arbitral”. Si bien la Resolución Nro. RE-SERCOP-2021-0120 del Servicio Nacional de Contratación Pública incluyó un modelo de convenio arbitral en los pliegos contractuales, como se desprende del texto de la misma Resolución, en concordancia con la norma del RLAM antes citada, las partes siempre pueden negociar los términos específicos o la inclusión misma del convenio³².
47. No tiene, por lo mismo, mérito alguno la alegación de que las disposiciones general segunda y transitoria cuarta constituyan una figura de arbitraje imperativo en la contratación pública. *Permitir, preferir y promover*, no son lo mismo que *obligar*. Es importante añadir que el artículo 190 de la Constitución reconoce *in genere* el arbitraje como mecanismo eficaz para dirimir

²⁹ Demanda 114-21-IN, párr. 43.

³⁰ Disposición transitoria cuarta, RLAM,

³¹ Disposición general segunda, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación,

³² Artículo 1, Resolución Nro. RE-SERCOP-2021-0120.

controversias con entidades públicas. El RLAM simplemente complementa su utilización como una medida de política pública reforzando el reconocimiento constitucional y legal de dicho mecanismo.

48. Por lo tanto, la disposición general segunda y la disposición transitoria cuarta son concordantes con los artículos 82, 190, y 226 de la Constitución, ya que –al contrario de lo que se indica en la demanda– no contravienen la voluntariedad del arbitraje ni afectan a la seguridad jurídica o al funcionamiento del sistema nacional de contratación pública.

4.5. El artículo 5 del RLAM no contraviene ni altera normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano

49. En la demanda 87-21-IN, se establece que el artículo 5 del RLAM contraviene normas y principios del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, en este apartado se demostrará que el artículo 5 tiene plena concordancia con el ordenamiento jurídico ecuatoriano porque (i) no contraviene el principio *pacta sunt servanda* y (ii) no restringe la voluntariedad del arbitraje.

4.5.1. El artículo 5 del RLAM no contraviene el principio *pacta sunt servanda*

50. En la demanda mencionada se alega que el artículo 5 del RLAM contraviene el principio *pacta sunt servanda* porque este permite al contratista modificar un contrato ya celebrado. El artículo 5 del RLAM establece que:

1. Cuando en el contrato no se hubiere pactado arbitraje, el contratista podrá solicitar a la entidad contratante la suscripción de un convenio arbitral para que un tribunal de arbitraje resuelva las diferencias existentes o futuras que tengan relación con dicho contrato. La entidad deberá responder a la solicitud en el término máximo de treinta (30) días. Dentro del mismo término, las partes podrán negociar el contenido del convenio arbitral. Si la entidad no da respuesta a la solicitud en el tiempo establecido en este artículo, se entenderá que ha aceptado el convenio arbitral propuesto por la contratista.

2. El contratista presentará su solicitud adjuntando el proyecto de convenio arbitral. De requerirse autorización de la Procuraduría General del Estado, la contratista presentará también el proyecto de solicitud de autorización”³³.

51. Este artículo no contraviene el principio *pacta sunt servanda* porque, conforme los artículos 4 y 5 de la LAM, el convenio arbitral puede –y siempre ha podido— celebrarse con posterioridad a la celebración de un contrato siempre que exista la voluntad de ambas partes. En este apartado se demostrará que el artículo 5 del RLAM solamente refuerza el principio de autonomía de la voluntad y el derecho de los administrados de obtener una respuesta por parte de la administración.
52. En el arbitraje, la voluntad de las partes es la piedra angular³⁴. Sin este elemento no se puede acudir a este método alternativo de solución de disputas. Las partes pueden pactar un convenio arbitral en un contrato o con posterioridad a este porque la naturaleza jurídica de un convenio arbitral es contractual³⁵. El artículo 5 del RLAM solamente reitera que, a pesar de no haber pactado un convenio arbitral en un principio, se puede solicitar su suscripción con posterioridad a la celebración del contrato. En otras palabras, lo que hace el artículo 5 del RLAM es reglamentar lo establecido en el artículo 4 letra (a) de la LAM que expresamente permite que el pacto arbitral tenga lugar con posterioridad a la celebración del contrato y una vez surgida la controversia previo pronunciamiento del Procurador General del Estado al establecer que “ (...) en caso de que se

³³ Artículo 5, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM] R.O. Suplemento 524 del 26 de agosto de 2021.

³⁴ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration (Ciudad: Oxford Press, 2005), 77.

³⁵ Roque Caivano, *Arbitraje*, (Buenos Aires: Vilella Editor, 2000), 128-131.

- quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento (...)"
53. Además, el artículo en cuestión enfatiza el derecho de petición. Este derecho está consagrado en el artículo 66 del Código Orgánico Administrativo (COA), el cual prescribe que: “[l]as personas tienen derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, ante las administraciones públicas y a recibir respuestas motivadas, de forma oportuna”³⁶. Este derecho guarda relación con el artículo 66.25 de la CRE que reconoce este derecho de libertad de manera amplia.
 54. El artículo 5 del RLAM enfatiza este derecho porque busca que el administrado tenga una respuesta a su petición de convenio arbitral. Así, el Reglamento a la LAM solamente reconoce el silencio administrativo positivo que ya se encuentra regulado en el artículo 207 del COA. De acuerdo con Robalino, “ante la inactividad de la Administración, el silencio administrativo positivo implica la aceptación tácita de una petición, reclamo o recurso”³⁷. Por lo tanto, lo único que regula el RLAM es el silencio administrativo positivo en el marco del arbitraje. En consecuencia, no está innovando ni contraviniendo a ningún derecho o principio del ordenamiento jurídico ecuatoriano.
 55. En definitiva, el artículo 5 del RLAM no crea derechos y obligaciones ni constituye una violación al principio *pacta sunt servanda*. De hecho, más bien, ratifica la aplicación del principio de autonomía de la voluntad y la obligación de la Administración pública a actuar de forma certera y previsible respetando los principios de seguridad jurídica y confianza legítima establecido en el artículo 22 del COA, así como el derecho de los administrados a recibir respuestas claras, motivadas y oportunas a las peticiones formuladas a la administración pública conforme lo dispuesto en el artículo 23 del COA.

4.5.2. El artículo 5 del RLAM no restringe la voluntariedad del arbitraje

56. Como se explicó anteriormente, el arbitraje tiene como base a la voluntad de las partes. Sin voluntad no puede existir arbitraje. En consecuencia, el arbitraje no puede nacer de un acto unilateral, sino que su fuente siempre es un convenio. Tomando esto en consideración, el artículo 5 del Reglamento a la LAM no restringe la voluntariedad del arbitraje porque la entidad pública siempre puede negar la solicitud de convenio.
57. La consecuencia jurídica de no prestar atención a la solicitud del administrado, como se explicó anteriormente, es el silencio administrativo positivo. Pero esto solamente ocurre a falta de una respuesta. El artículo cuestionado no obliga a las partes a someterse a arbitraje, simplemente reconoce una figura preexistente en el derecho administrativo ecuatoriano que tiene como fuente el principio de seguridad jurídica y confianza legítima establecido en artículo 22 del COA: el silencio administrativo positivo.
58. Además, la CRE no reconoce ni garantiza la voluntariedad en el arbitraje. El artículo 190 de la CRE reconoce su **alternatividad**, no su voluntariedad. El reconocimiento de la alternatividad del arbitraje implica que el ordenamiento jurídico ecuatoriano lo recoge como un método de solución de controversias alternativo a la justicia ordinaria. Este reconocimiento no implica la voluntariedad. Por lo tanto, es plenamente posible que, en ciertos supuestos, se obligue por ley a las partes a acudir a arbitraje porque la CRE no reconoce ni garantiza su voluntariedad. Como ejemplo, la legislación peruana hace obligatorio al arbitraje en contratación pública porque su Constitución no reconoce la voluntariedad, sino la alternatividad. Lo mismo sucede en nuestra legislación. Por ejemplo, el artículo innumerado siguiente al 16 del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones establece inequívocamente que: “[e]l estado ecuatoriano **deberá** pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley”. En ese sentido, y sin perjuicio de que artículo 5 del RLAM no restringe la voluntariedad, pues no establece, de manera alguna arbitraje

³⁶ Artículo 66, Código Orgánico Administrativo, R.O. Suplemento 31 del 7 de julio de 2017.

³⁷ Javier Robalino, “El Silencio Administrativo Positivo”, *Iuris Dictio*, 71.

obligatorio, hacerlo sería constitucional pues la Constitución no lo prohíbe y únicamente garantiza su alternatividad.

59. En conclusión, la Constitución no prohíbe la obligatoriedad de someterse a arbitraje. Sin perjuicio de ello, el artículo 5 del RLAM tampoco impone un arbitraje forzoso. Por el contrario, dicho artículo se fundamenta en su voluntariedad. El artículo 5 del RLAM brinda seguridad jurídica y establece que el consentimiento para someter disputas contractuales con entidades públicas se puede formar con su aceptación expresa o tácita. Las entidades públicas no tienen la obligación de someterse a arbitraje, tal es así que pueden oponerse a dicho mecanismo en el término de 30 días tras la petición del administrado. Lo que busca el RLAM es brindar efectividad al derecho de petición de los administrados para someterse a un mecanismo alternativo de resolución de disputas reconocido en el artículo 190 de la Constitución y además brindar seguridad jurídica frente a la inactividad, por negligencia o no de las entidades públicas. El RLAM no crea derechos y obligaciones.
60. El derecho a someter a arbitraje disputas contractuales con el Estado se encuentra reconocido en el artículo 190 de la Constitución, el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación y disposiciones conexas de Ley Orgánica de Contratación Pública. Por otro lado, el derecho de los administrados a formular peticiones que sean debida y oportunamente atendidas por las entidades públicas se encuentra reconocido en la Constitución y el COA. El RLAM no innova derechos u obligaciones simplemente, reglamentando las referidas disposiciones, garantiza (i) el reconocimiento del arbitraje como mecanismo efectivo y (ii) la seguridad jurídica de los administrados a obtener respuestas ciertas y oportunas en materia de arbitraje con el Estado.

4.6. El número 2 del artículo 9 del RLAM no altera el funcionamiento del sistema de justicia

61. La demanda 87-21-IN cuestiona la constitucionalidad del artículo 9, número dos del RLAM por cuanto faculta a los tribunales arbitrales ya constituidos a dejar sin efecto las medidas cautelares dictadas por un juez: “el tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar que, antes de la constitución del tribunal arbitral, haya otorgado cualquier juez [...]”³⁸. Los accionantes señalan que esta norma (i) desconoce la independencia de poderes, (ii) altera el funcionamiento de la justicia y (iii) es contraria a los artículos 167, 168, 169, 172, 177, 178 de la CRE. En esta sección se abordará cada uno de estos argumentos y se expondrán las razones por las que carecen de fundamento jurídico serio.
62. En primer lugar, los accionantes manifiestan que, cuando un árbitro deja sin efecto una medida cautelar dictada por un juez previo a la constitución del tribunal arbitral, se produce una “inadmisibles intromisión y un desconocimiento de la independencia de los poderes, que es uno de los fundamentos básicos del sistema republicano”³⁹. Sin embargo, la norma impugnada de ninguna manera permite una violación a la independencia de los poderes del Estado. En virtud de ese concepto, “las distintas funciones estatales corresponden a conjuntos de órganos (poderes) separados, independientes y equilibrados entre sí”⁴⁰, es decir, cada función debe actuar libre de injerencia por parte de las otras.
63. En Ecuador, los poderes del Estado son cinco: ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y de transparencia y control social. Dado que el sistema arbitral es autónomo y alternativo, no forma parte de las funciones detalladas, es contrario a toda lógica jurídica afirmar que las actuaciones de los árbitros violentan la independencia de poderes. Incluso bajo la tesis que defiende la naturaleza jurisdiccional del arbitraje “los árbitros no tienen el carácter de funcionarios del Estado, ni forman parte de la organización jurisdiccional”⁴¹. En suma, toda vez el arbitraje no

³⁸ Demanda 87-21-IN, página 12.

³⁹ Id.

⁴⁰ Juan Solozábal, “Sobre el Principio de Separación de Poderes”, Revista de Estudios Políticos, 215.

⁴¹ Devis Echandía, “Teoría General del Proceso”, (Bogotá, Temis, 1997).

forma parte de ningún poder del Estado, no puede afirmarse que sus actuaciones violan el principio de independencia de poderes. Aceptar el argumento de los accionantes de esta demanda significaría desconocer la alternatividad del arbitraje reconocida en el artículo 190 de la Constitución que, necesariamente, conlleva que deban regularse las interacciones entre la justicia ordinaria y el arbitraje. Los demandantes, al respecto, confunden “intromisión” con “interacción”. Al ser un método alternativo a la justicia ordinaria para la resolución de controversias, el arbitraje y la justicia deben interactuar, pues la justicia ordinaria tiene competencia residual para todos aquellos asuntos que, de conformidad con la ley, estén limitados para los árbitros. Esta interacción es un concepto trascendental en el arbitraje en la LAM a la luz del artículo 190 de la Constitución, tal es así que, en distintos ámbitos, está presente en las disposiciones de los artículos 5, 8, 9, 15, 32 y 34 de la LAM que regulan las interacciones entre los jueces ordinarios y los tribunales arbitrales.

64. En particular, lo que hace el artículo 9 número 2 del RLAM es un ejercicio legítimo de reglamentación del artículo 9 de la LAM que regula justamente la posibilidad de que los tribunales arbitrales ordenen directamente la ejecución de las medidas cautelares pertinente cuando así lo hayan pactado las partes, o, en su defecto la posibilidad de que las partes que pactan un convenio arbitral acudan a los jueces ordinarios para que estos dicten las medidas cautelares a las que haya lugar. Lo que reglamenta, entonces, el artículo 9 número 2 del RLAM es la situación en la que, ordenada una medida cautelar por un juez de forma previa al inicio de un proceso arbitral conforme lo permitido en el último inciso del artículo 9 de la LAM, el tribunal arbitral que se conforme posteriormente pueda modificarla, suspenderla y revocarla por las consideraciones expresadas en la norma. La modificación, suspensión y revocatoria de medidas cautelares, no constituye intromisión alguna y son más bien situaciones procesales deseables cuando la medida dictada ya no es eficiente.
65. En segundo lugar, la facultad que otorga el artículo 9, numeral 2 a los tribunales arbitrales tampoco permite “alterar el funcionamiento de la justicia”⁴². Quienes escogen la vía arbitral buscan que una determinada controversia sea conocida y resuelta por un tribunal o un árbitro único, no por un juez. Al pactar arbitraje, los particulares prescinden del poder judicial y entregan su disputa al tribunal o árbitro único para que la administre conforme lo acordado en el pacto de arbitraje⁴³. Cuando las partes suscriben un convenio arbitral, entonces, excluyen, casi por completo, la posibilidad de intervención de la justicia ordinaria en el proceso. Una vez que el tribunal se constituye y declara competente para conocer la disputa, esas posibilidades se reducen aún más. Lo que buscan quienes deciden dirimir sus disputas por esta vía es que los árbitros asuman la tarea de resolver la controversia, como habría hecho un juez si no mediase un convenio arbitral. En otras palabras, el tribunal arbitral, una vez constituido, ocupa la posición del juez y, así como este último puede decidir acerca de la conveniencia de mantener o revocar las medidas cautelares que han sido dictadas previo a su constitución.
66. La reclamación planteada sobre el numeral 2 del artículo 9 del RLAM devela simplemente un desconocimiento del funcionamiento del proceso arbitral. En el arbitraje existe una etapa previa a la constitución del tribunal arbitral. En esta etapa puede resultar necesario para las partes solicitar medidas cautelares o de emergencia. Como se señaló anteriormente, estas pueden ser sometidas a jueces ordinarios o ante árbitros de emergencia. En esta fase, no se solicitan las medidas cautelares a los árbitros que sustanciarán el proceso definitivo, sencillamente porque todavía no se ha constituido, ni asumido su encargo. Es por eso que el RLAM es extremadamente claro en delimitar que “el tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar **toda medida cautelar que, antes de la constitución del tribunal arbitral**, haya otorgado cualquier juez o el árbitro de emergencia”.

⁴² Demanda 87-21-N, página 12.

⁴³ Roque Caivano, “El Arbitraje: Nociones Introductorias”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, página 2.

67. Es decir, este artículo reglamenta y brinda certeza sobre aquellas medidas otorgadas sobre la base de lo permitido en el artículo 9 de la LAM en relación con una controversia sometida a arbitraje dispuestas en la fase arbitral previa a la existencia del tribunal. Lógicamente, una vez que las partes designan al Tribunal Arbitral, este último acepta su encargo, se constituye y se declara competente, tiene la facultad de decidir sobre la conveniencia de mantener las medidas cautelares ya sea judiciales o de emergencia que se hubieren planteado antes de su existencia. Es a ese supuesto al que se refiere el RLAM. Por lo tanto, no existe intromisión alguna del arbitraje en la justicia ordinaria, sino, por el contrario, la aplicación de los principios alternatividad, autonomía de la voluntad, inevitabilidad del arbitraje y el reconocimiento de la interacción entre la justicia ordinaria y el arbitraje. Esto último debido a que el tribunal arbitral es el único encargado en dirimir definitivamente la disputa puesta a su conocimiento, incluyendo las medidas preventivas otorgadas.
68. En síntesis, el numeral 2 del artículo 9 del RLAM simplemente reglamenta lo establecido en el artículo 9 de la LAM y confirma la potestad de los árbitros para decidir sobre medidas cautelares que están relacionadas con el caso puesto a su conocimiento. Entendiéndose que dichas medidas se implementaron en la fase previa del arbitraje en la que el tribunal aún no se ha constituido, pero por su urgencia u otros motivos antes expuestos debieron ser solicitadas ya sea a jueces o árbitros de emergencia.
69. Finalmente, en la demanda se señala también que facultar a un tribunal arbitral para dejar sin efecto una medida cautelar dictada por cualquier juez implica “desconocer lo establecido en los arts. 167, 168, 169, 172, 177, 178 de la Constitución de la República”. Salvo el artículo 177, que se refiere a la estructura de la Función Judicial y no guarda relación con la norma impugnada, todos los demás disponen que la potestad de administrar justicia puede ser ejercida por las entidades establecidas en la CRE. El artículo 190 de esta norma reconoce al arbitraje como un mecanismo de resolución de conflictos. Por lo tanto, el artículo 9, numeral 2 del RLAM es totalmente compatible con las disposiciones constitucionales identificadas por los accionantes y resulta un ejercicio correcto de la potestad reglamentaria, específicamente respecto de lo recogido en el artículo 9 de la LAM, adecuándose a su contenido y fortaleciendo la noción, constitucionalmente reconocida, del arbitraje como un método alternativo encaminado a la administración de justicia y a la tutela de los derechos de quienes, renunciando a la justicia ordinaria, han escogido esta vía.

4.7. El artículo 15 del RLAM es constitucional y conforme a normas supralegales

70. En la demanda 114-21-IN se sostiene que el artículo 15 del RLAM es inconstitucional porque el numeral 5 del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”) exige la homologación de laudos extranjeros previo a su ejecución. Así, se alega que “una simple disposición reglamentaria no puede abolir un mandato legal que expresamente dispone un proceso de homologación, por lo que se contraviene el numeral 13 del artículo 147, artículo 190 y 425 de la Constitución”⁴⁴. Preliminarmente, es importante señalar que dicha impugnación en realidad apuntaría a la legalidad del RLAM, lo cual se encuentra fuera de la revisión constitucional y por ello, debería de plano ser rechazada.
71. No obstante, en esta sección se demostrará que el argumento esgrimido no tiene asidero alguno y que el artículo impugnado es plenamente constitucional. Para ello, se iniciará con un repaso de la historia legislativa en materia de ejecución de laudos extranjeros.
72. En un primer momento, el último inciso del artículo 42 de la LAM prescribía que “los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional **tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de**

⁴⁴ Demanda 114-21-IN, párr. 25.

arbitraje nacional (énfasis añadido)⁴⁵. De esta manera, se evidencia que la intención primigenia del legislador fue no condicionar el reconocimiento de laudos extranjeros a requisitos más gravosos que aquellos exigidos para la ejecución de laudos emitidos en territorio ecuatoriano. De esta manera, se descartó la necesidad de implementar un procedimiento de homologación previa del laudo extranjero. Esto, a su vez, resulta plenamente compatible con la Convención de Nueva York, norma contenida en un tratado internacional que Ecuador ratificó desde 1958 y cuyo artículo 3 dispone que “para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, **no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales** (énfasis añadido)⁴⁶ y con su artículo 7 que establece que las disposiciones más favorables al arbitraje que se encuentren reconocidas en la legislación interna de un Estado deberán prevalecer⁴⁷.

73. En un segundo momento, el último inciso del artículo 42 de la LAM fue derogado con la promulgación COGEP en 2015 y su entrada en vigor en 2016. El objetivo de esta derogatoria fue crear un proceso de homologación para que los laudos arbitrales extranjeros puedan ser títulos de ejecución en Ecuador.⁴⁸ Esto a todas luces transgredió la CNY como instrumento internacional, pues se impusieron condiciones apreciablemente más rigurosas y onerosas para el reconocimiento de laudos no nacionales.
74. Pese a ello, las disposiciones del COGEP permanecieron vigentes en el tiempo hasta que, en un tercer momento, la Ley de Fomento Productivo de 2018 retomó la idea primigenia del legislador y **derogó las palabras “laudo arbitral” de aquellos artículos del COGEP que regulaban el proceso de homologación.**⁴⁹ Además de lo anterior, la Ley de Fomento Productivo reafirmó la aplicación del último inciso del artículo 42 de la LAM. Es decir, a partir de este momento se ratificó la intención de legislador de descartar el proceso de homologación previa de laudos extranjeros y es así como el mecanismo de ejecución que debe seguirse en esta materia es el previsto en el artículo 42 de la LAM.
75. En 2021 entró en vigor el RLAM cuyo artículo 15, reglamentando el artículo 42 de la LAM y los principios de la CNY es tajante al señalar:

1. **Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, sea que la sede del arbitraje esté dentro o fuera del territorio ecuatoriano, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados ante el mismo juez y de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional, sin que se exija previamente un proceso de homologación.**

2. Para ejecutar un laudo arbitral internacional se requerirá únicamente una copia certificada del mismo. No se requerirá razón de ejecutoria, legalización o formalidad adicional alguna.

3. La parte contra quien se ejecuta el laudo sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida, la suspensión de la ejecución del laudo ordenada por autoridad competente o que el laudo ha sido declarado nulo por autoridad competente. El juez ordinario está prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

⁴⁵ LAM, artículo 42.

⁴⁶ Convención de Nueva York, artículo 3.

⁴⁷ Convención de Nueva York, artículo 7: “1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados 11 Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”.

⁴⁸ COGEP, artículos 104 al 106.

⁴⁹ Ley de Fomento Productivo, disposición derogatoria segunda.

4. Ningún juez aceptará acción alguna que tenga como objeto retrasar, entorpecer o impedir la ejecución de un laudo internacional.⁵⁰ (énfasis añadido).

76. Como se puede evidenciar, el artículo no hace más que recoger aquello que ha sido parte de toda la historia legislativa en materia de ejecución de laudos extranjeros. Es claro que se encuentra en armonía con el artículo 42 de la LAM y con el artículo 3 de la CNY. Por lo tanto, no hay razones para sostener que se trata de una norma inconstitucional porque no crea derechos ni va más allá de lo que ya dicen normas de superior jerarquía. El artículo tan solo constituye una reafirmación de aquello que ya ha formado parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano por décadas.
77. Pese a la claridad histórica, los demandantes realizan su reclamación —que insistimos nuevamente, no es una de inconstitucionalidad sino de legalidad— sobre la base de que el artículo 363 número 5 del COGEP establece que constituye título de ejecución “el laudo arbitral (...) homologados conforme con las reglas de este Código”. Este descuido del legislador al momento de reformar el COGEP mediante la Ley de Fomento Productivo de 2018 no modifica, de manera alguna, las disposiciones establecidas en la Constitución, la CNY, la LAM y el RLAM que sistemáticamente interpretadas conforme el artículo 18 del Código Civil, dejan ver que, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano los laudos extranjeros no necesitan ser homologados para ser ejecutados en el territorio ecuatoriano. Y no lo puede hacer pues, en primer lugar, ya no existen “reglas de este Código [el COGEP]” sobre homologación de laudos extranjeros pues, como se vio, estas fueron efectivamente derogadas con lo cual, lo establecido en el artículo 363 número 5 resulta de imposible aplicación; y, en segundo lugar, pues el COGEP es únicamente una norma supletoria en temas de arbitraje conforme lo dispone el artículo 43 de la LAM. Al respecto, resulta indiscutible que la propia LAM ya prevé un tratamiento específico para la ejecución de laudos extranjeros, a saber, uno idéntico al que se les da a los laudos nacionales. Por ende, el COGEP no puede aplicarse ni aun supletoriamente porque, al tratarse de un asunto ya contemplado en la Ley resulta inaplicable.
78. Por todo lo expuesto, en esta sección se ha demostrado que el artículo 15 del RLAM, constituye un ejercicio legítimo de reglamentación del artículo 42 de la LAM y por ende, no contraviene el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En consecuencia, al tratarse de una norma específica en materia de arbitraje, el RLAM estaría cumpliendo su finalidad. En definitiva, la norma es plenamente constitucional.

V. CONCLUSIONES

79. Por todo lo expuesto, se concluye lo siguiente:
- a. Primero, se ha demostrado que el RLAM es constitucional por la forma dado que cumple con los requisitos formales para su validez como lo son los principios de jerarquía normativa y reserva de ley. Además, el mismo fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las funciones establecidas en el número 13 del artículo 147 de la Constitución, quien es la autoridad competente para hacerlo. Y, que el control abstracto de constitucionalidad no abarca la verificación de antinomias entre normas infra constitucionales.
 - b. Segundo, se ha demostrado que el RLAM es constitucional por el fondo por las siguientes razones:
 - i. En primer lugar, los artículos 2, 3 y 4 del mismo no son contrarios a la disposición 422 de la Constitución debido a que en ningún momento modifican o tergiversan los supuestos de hecho establecidos en la prohibición contenida en el artículo constitucional mencionado. En síntesis, el RLAM no regula el sometimiento a arbitraje de internacional cuya fuente sean tratados o convenios internacionales.

⁵⁰ RLAM, artículo 15.

Por lo tanto, no impacta, ni tiene incidencia alguna con lo previsto en el artículo 422 de la Constitución.

- ii. En segundo lugar, el número 3 del artículo 4 del Reglamento a la LAM es concordante con lo prescrito en el artículo 190 de la CRE debido a que los actos administrativos de ejecución contractual y aquellos que estén relacionados con el contrato son materia susceptible de ser sometida a arbitraje. El RLAM simplemente recoge lo que ya se ha desarrollado sobre este tema y específicamente soporta y complementa el reconocimiento del arbitraje como mecanismo eficaz para dirimir disputas en contratos celebrados con el Estado, reglamentando adecuadamente el artículo 4 de la LAM.
- iii. En tercer lugar, el número 1 del artículo 16 también es concordante con lo establecido en la Constitución debido a que la mediación con la Administración en controversias relativas a contratos sigue las mismas reglas que el arbitraje sobre el criterio de transigibilidad. El RLAM reglamenta de manera adecuada el artículo 44 de la LAM.
- iv. En cuarto lugar, a pesar de que la Corte Constitucional no es competente para resolver antinomias infra-constitucionales, la disposición general segunda y la disposición transitoria cuarta igualmente son afines con la Constitución debido a que no se está atentando contra la voluntariedad del arbitraje. Las entidades públicas pueden negociar o excluir el convenio arbitral contenido como modelo en los pliegos contractuales. Lo que hace el RLAM es reglamentar lo dispuesto en el artículo 4 de la LAM sobre arbitraje con entidades públicas.
- v. En quinto lugar, a pesar de que la Corte Constitucional no es competente para resolver antinomias infra constitucionales, de todas maneras, el artículo 5 del RLAM no contraviene ni altera normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano debido a que es completamente concordante con el principio *pacta sunt servanda* y no restringe la voluntariedad del arbitraje. Además, este artículo es concordante con los artículos 4 y 5 de la LAM toda vez que siempre se ha permitido celebrar un convenio arbitral con posterioridad a la celebración del contrato.
- vi. En sexto lugar, el número 2 del artículo 9 del Reglamento no altera el funcionamiento del sistema de justicia debido a que, de ninguna manera, significa una intromisión en la justicia ordinaria. Por el contrario, dicho artículo del RLAM complementa los principios de alternatividad y kompetenz-kompetenz en materia de arbitraje. Sencillamente, el Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre la necesidad y conservación de medidas cautelares que se otorgaron previo a su constitución. Por lo tanto, las actuaciones arbitrales realizadas bajo esta norma no podrían entorpecer o afectar, en forma alguna, la administración de justicia por la vía judicial.
- vii. Y, en séptimo lugar, el artículo 15 es constitucional y conforme a normas supraleales debido a que únicamente reafirma y complementa lo dispuesto en la LAM -intención legislativa y norma especializada en materia de arbitraje- para la ejecución de laudos extranjeros. Esto es que no se requiere un proceso de homologación previa para la ejecución de laudos extranjeros. Vale decir que este entendimiento es concordante con los principios que inspiran la CNY de la cual Ecuador es parte. Una disposición aislada del COGEP, que aún requiere un proceso de homologación, no puede dejar sin efecto normas especiales legales, supraleales y reglamentarias que regulan ya la cuestión de forma diáfana. En definitiva, sobre este artículo la reclamación planteada en realidad no es de inconstitucionalidad sino de una supuesta contradicción a la ley -específicamente al COGEP-. Esto de plano debe ser rechazado por la Corte Constitucional, pues excede del ámbito de revisión constitucional. Adicionalmente, dicha supuesta antinomia tampoco existe. El

RLAM aplica y complementa el artículo 42 de LAM. Esta última la disposición legal que responde a la voluntad histórica del legislador y norma especial en la materia.

VI. SOLICITUD Y NOTIFICACIONES

80. Por todo lo expuesto, solicitamos respetuosamente que se admita el presente *Amicus Curiae* en la tramitación de la causa y que se nos convoque para comparecer a la audiencia pública en la que esta sea sustanciada, en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 85 de la LOGJCC y en concordancia con el artículo 157 de la misma ley.
81. Las notificaciones que correspondieren las recibiremos en los correos electrónicos: lorena.barrazueta@hotmail.com; carla.cepeda.altamirano@gmail.com; jjaramillo@pbplaw.com; dendarab@outlook.com; ecuvyap@iea.ec; fjcastroz@outlook.com; lawreview@usfq.edu.ec.
82. Firmamos:



Javier Jaramillo Troya

Mat. 17-2011-143 FACJ

Lorena Barrazueta Bucaram

Mat. 09-2018-654 FACJ

Carla Cepeda Altamirano

Mat. 17-2015-1953 FACJ

Daniela Endara Bastidas

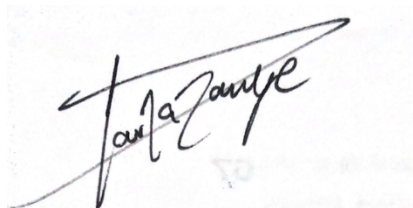
Mat. 17-2023-86 FACJ

Juan David Vicuña

Mat. 01-2018-260 FACJ

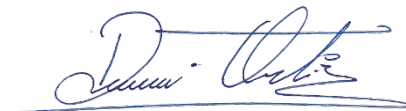
Felipe Castro Zurita

C.C.: 1803860087



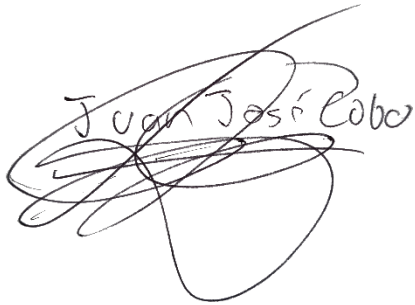
Paula Isabel Zambrano Yépez

C.C.: 1720480795



Kevin Damian Ortiz Arias

C.C.: 1721207213

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Juan José Cobo". The signature is highly stylized and somewhat illegible due to overlapping loops and flourishes.

Juan José Cobo Ordoñez

C.C.: 1727135566