



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

DOCTORA ALEJANDRA CÁRDENAS REYES JUEZA CONSTITUCIONAL SUSTANCIADOR DEL CASO No. 84-21-IN CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Fabián Pozo Neira, en mi calidad de Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, conforme lo dispuesto con Decreto Ejecutivo No. 2 del 24 de mayo de 2021, por los derechos que represento del señor Presidente de la República, en el marco del **Caso No. 84-21-IN**, intervengo respecto de la acción pública de inconstitucionalidad (en adelante, “API”) por la forma y fondo en contra de los artículos 1, 3, 4, 5, 9 numeral 2 y 11 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, publicado en el Registro Oficial No. 524 de 26 de agosto de 2021, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 165 (en adelante, “Disposiciones Impugnadas”) en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Con Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006, se publicó la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, “LAM”).
- 1.2 El 18 de agosto de 2021, mediante Decreto Ejecutivo No. 165, el señor Presidente de la República, Guillermo Lasso Mendoza, emitió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, “RLAM”) que fue publicado en el Registro Oficial No. 524 de 26 de agosto de 2021.
- 1.3 El 22 de septiembre de 2021 se presenta por parte de Wilson Noé Zambrano Alcívar y Wilmer Hernán Díaz Peña, representantes del colectivo “Sociedad Organizada Solidaria SOS-ECUADOR” (en adelante, “Legitimados Activos”), la acción pública de inconstitucionalidad (en adelante, “API”) en contra del RLAM.
- 1.4 El 29 de marzo de 2022, avocaron conocimiento de la causa las Juezas Constitucionales doctoras Alejandra Cárdenas Reyes y Carmen Corral Ponce y el Juez Constitucional doctor Jhoel Escudero Soliz, disponiendo que la Presidencia de la República intervenga defendiendo o refutando las Disposiciones Impugnadas en el término de quince días, contados a partir de la notificación del referido auto de admisión, realizada el 24 de mayo de 2022.
- 1.5 La API se ha presentado como una inconstitucionalidad por la forma y fondo. Se alega que las disposiciones impugnadas atentan contra los artículos 18, 167, 168, 172, 177, 178, 190 y 422 de la Constitución de la República.
- 1.6 Sobre la base de todo lo expuesto, esta Secretaría General Jurídica manifiesta desde ya que defiende la constitucionalidad de las normas atacadas y en ese efecto,



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

presenta el siguiente análisis sobre control constitucional para el caso que nos ocupa.

2. SOBRE LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE FORMA

2.1 De acuerdo con los Legitimados Activos, *“con la sanción de la Constitución de Montecristi que prohibió de forma expresa el sometimiento al arbitraje internacional [...] las disposiciones permisivas de la Ley de arbitraje y mediación respecto al mismo quedaron tácitamente derogadas”*.¹ No obstante, como se demostrará a continuación, este argumento carece de todo sentido y valor.

2.2 La API pretende -ciertamente sin lograrlo- aplicar para sostener su acción el principio contenido en el artículo 424 de la Constitución de la República que, en su parte pertinente, indica que

“Artículo 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (...)”

2.3 Sobre este punto además señala que

“la Ley de Arbitraje y Mediación, solo conserva su vigencia respecto a cuestiones que se susciten dentro de la jurisdicción ecuatoriana, siendo procedente el sistema arbitral para la solución de conflictos internos del país. Eso queda también explicitado en la misma Constitución a través del art. 190 donde se habla de los medios alternativos para la solución de conflictos”.² [énfasis añadido]

2.4 En el mismo sentido, indica de manera errada que “[e]n el actual sistema constitucional todo lo referido a la [SIC] prorroga jurisdiccional respecto a tribunales arbitrales internacionales está expresamente prohibido”.³ Argumento que se desallorará en los puntos más adelante.

2.5 Las disposiciones impugnadas cumplen con todos los requisitos para su emisión, y se sujetan a las disposiciones constitucionales aplicables, en especial a lo ordenado

¹ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 84-21-IN. foja 6.

² Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 84-21-IN. foja 6.

³ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 84-21-IN. foja 7.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

en el artículo 147 numeral 13 de la Constitución de la República, y el artículo 129 del Código Orgánico Administrativo que en su orden, señalan lo siguiente:

Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

[...] 13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. (Énfasis propio)

*Art. 129.- Potestad reglamentaria del Presidente de la República. Le corresponde al Presidente de la República **el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con las leyes formales, de conformidad con la Constitución.** (Énfasis propio).*

El ejercicio de la potestad reglamentaria es independiente de la competencia normativa de carácter administrativo que el Presidente de la República ejerce en relación con el conjunto de la administración pública central.

- 2.6 En ese sentido, bajo iniciativa del señor Presidente de la República en el ejercicio de sus deberes y atribuciones, se ha emitido el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación observando de manera irrestricta, el procedimiento de expedición para este tipo de normativa y en cumplimiento del mandato constitucional y legal que se encontraba pendiente desde hace más de dos décadas, conforme lo dispuesto por la Disposición General de la misma, actualmente codificada como artículo 61, que dice:

Art. 61.- El Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere la Constitución Política, expedirá en el plazo de noventa días el correspondiente reglamento para la aplicación de esta Ley

- 2.7 Es decir, el Presidente de la República no solamente tiene la potestad de emitir el referido reglamento, sino que existe un mandato normativo que dispone que lo haga, obligación que no había sido advertida u observada por los Gobiernos anteriores.
- 2.8 Del libelo de la demanda, los Legitimados Activos no han logrado determinar con exactitud cuál sería la inconstitucionalidad por la forma de las disposiciones impugnadas. Respecto al control constitucional por la forma, la Corte Constitucional, ha señalado lo siguiente:



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

El control constitucional por la forma tiene relación con la observancia de los requisitos constitucionales para la formación y emisión de una disposición normativa⁴.

- 2.9 Es entonces que, en la formación y emisión de la disposición normativa infra legal, el RLAM ha cumplido sin lugar a duda con los preceptos constitucionales y la normativa aplicable al caso. Si los Legitimados Activos pretendían atacar a la forma, es decir, al procedimiento de expedición de un reglamento, se requería de una argumentación clara y un análisis fundamentado que lleve, al convencimiento total de dicha inconstitucionalidad. Si la supuesta inconstitucionalidad radica en los procedimientos para la expedición de un reglamento de aplicación a una determinada ley, y la Constitución de la República determinan que la iniciativa recaerá en el Presidente de la República debiendo únicamente no contradecir las leyes del Ecuador, recurrir a la doctrina y a pronunciamientos judiciales- además inaplicables al caso en discusión- denotan la falta de sentido en la argumentación de los Legitimados Activos y por ende en su demanda.
- 2.10 Asimismo, lleva a preguntarse, ¿de qué manera el Presidente de la República pudo haber excedido sus facultades reglamentarias?, si al amparo de lo ordenado en la Constitución de la República y el Código Orgánico Administrativo, tiene plena capacidad y está obligado a emitir los reglamentos a las leyes y aquellos que se requieran para la buena marcha de la administración, y además expresamente habilitado por una disposición general de la Ley de Arbitraje y Mediación cuya constitucionalidad no se ha objetado. Con lo expresado y no siendo necesario un análisis mayor, queda demostrado que el Presidente de la República, no se ha excedido en funciones, pudiendo además observarse con claridad meridiana, que no existe argumento o fundamento alguno que permita concluir que el RLAM tenga algún elemento de causalidad que pueda llevar a la conclusión de que se ha generado una inconstitucionalidad por la forma, que afecte el principio de reserva de ley, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica o la motivación.

3. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1 DEL RLAM

- 3.1 Los Legitimados Activos sostienen que, el artículo 1 del RLAM al definir que los Centros de Arbitraje y Mediación “(...) no está sometidos a orden, disposición o autoridad alguna que lo menoscabe sus atribuciones; vulnera lo prescrito en el

⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 75-15-IN/21 y acumulado, párr. 72



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Numeral (sic) 3 del Artículo (sic) 168 y los Artículos (sic) 178 y el 190 de la Constitución de la República del Ecuador.”

- 3.2 Al respecto, cabe mencionar que cuando las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, deciden someter sus controversias a arbitraje tienen dos posibilidades, que el arbitraje sea administrado o independiente. Si la opción elegida es que sea administrado, interviene un sujeto adicional en el proceso para la resolución de la disputa: la institución arbitral encargada de administrar la controversia.
- 3.3 Por lo tanto, el arbitraje administrado o institucional, es el que se efectúa a través de una institución (centro de arbitraje) a la que las partes, en función del principio de autonomía de la voluntad antes mencionado, delegan el desarrollo del arbitraje, en base a reglas y procedimientos preestablecidos por dicha institución; para dicho efecto, es necesario que las partes hagan referencia a tales reglas en el convenio arbitral. Por lo que, cuando en la cláusula de jurisdicción se escoge el arbitraje administrado, las reglas de procedimiento se encuentran previamente establecidas por la institución que presta el servicio de arbitraje, esto implica que la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral, se hace extensiva a los reglamentos de procedimientos de la institución arbitral escogida.
- 3.4 En este marco, el arbitraje institucional fue creado para que los árbitros puedan resolver los temas jurisdiccionales y las partes no se vean obligadas a colaborar entre sí cuando justamente se encuentran en disputa. Por ello, la labor de los centros de arbitraje es esencialmente administrativa, pero también dichos centros a través de sus directores, ejerce funciones tales como: (i) la calificación, citación de la demanda y la reconvención; (ii) la resolución de las recusaciones; (iii) la convocatoria a la audiencia de mediación, y (iv) la notificación de diligencias procesales antes de que se posea el tribunal arbitral. Como se trata del ejercicio de jurisdicción arbitral, los directores responden en similar forma dentro del procedimiento de los jueces, para limitar el retardo injustificado, negligencia, o quebrantamiento de ley, sin que esto implique de ninguna manera vulneración a los principios y reglas que rigen a la administración de justicia.
- 3.5 El artículo en cuestión, y **citado de manera completa** prevé que *“los Centros de Arbitraje y Mediación y los tribunales arbitrales tendrán plena independencia y autonomía, y no están sometidos a orden, disposición o autoridad alguna que menoscabe sus atribuciones. Queda prohibido que cualquier autoridad estatal ejerza control o interfiera en las funciones de los Centros de Arbitraje y Mediación o de los tribunales arbitrales. La transgresión de esta prohibición generará las correspondientes responsabilidades”*.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 3.6 Por lo tanto, al ser el arbitraje un proceso sustanciado en una sede independiente a la jurisdicción ordinaria, sujeto a la ley que rige la materia (LAM), su reglamento, y a los reglamentos internos de cada Centro, podemos señalar que lo que se pretende con el artículo de la referencia consiste en que este método de resolución de controversias no se vea afectado por ningún ente externo y que más bien se rija por sus propios principios, pues precisamente son las partes las que han dotado al proceso de estas características.
- 3.7 Po lo anotado, mal podrían los Legitimados Activos sostener que el artículo 1 del RLAM vulnera principios como los recogidos en los artículos 168.⁵ y 178 de la Carta Magna⁶, pues es la misma Constitución, en su artículo 190, la que ha dotado de esta naturaleza a este procedimiento alternativo de solución de disputas.

4. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DEL RLAM

- 4.1 Dentro del caso que nos ocupa, mediante auto de 29 de abril de 2022, sus Autoridades han dispuesto acumular al caso No. 77-21-IN, en virtud de su identidad de objeto y acción. Por esta razón, es importante mencionar que dentro del caso No. 77-21-IN ya ha sido propuesto un análisis de constitucionalidad respecto de los artículos 3 y 4 del RLAM, el mismo que lo ratificamos. Sin embargo, proponemos nuevamente el correspondiente razonamiento a continuación.
- 4.2 Por otra parte, los Legitimados Activos alegan que, con los artículo 3 y 4 del RLAM, *“se autoriza el sometimiento al arbitraje internacional en general y en particular a las entidades del sector público, lo que está expresamente prohibido por el artículo 422 de la Constitución de la República.”*⁷ No obstante, este argumento no es acorde a la norma constitucional.

⁵ “Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.

⁶ “Art. 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:
1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz (...)”

⁷ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 84-21-IN. foja 11.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 4.3 Para analizar las disposiciones impugnadas, es importante hacer un análisis sobre cómo están concebidos los métodos alternativos de resolución de conflictos en la Constitución de la República y en el caso que nos ocupa, especialmente el arbitraje. En el presente caso, hay una norma constitucional fundamental a considerar: el artículo 190 que reconoce a los medios alternativos de solución de conflictos en los siguientes términos:

Art. 190.- 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. (énfasis añadido).

- 4.4 En razón de lo expuesto, contrario a lo que señalan los Legitimados Activos, el Reglamento se ajusta al artículo 422 de la Constitución y no lo contraría ni a éste ni a ningún otro del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que, el arbitraje nace de la voluntad de las partes de someterse a este método alternativo de resolución de conflictos, pudiendo pactar como sede para el procedimiento al Ecuador, lo que abona a garantizar los intereses del Estado que son los de la ciudadanía en general.
- 4.5 En relación con el artículo 422, es importante mencionar que la Constitución de la República no hace referencia a los tipos de arbitraje, ni establece diferencia alguna con lo ya reconocido en el artículo 190. Sin embargo, determina presupuestos para su aplicación. En este sentido, el artículo 422 no puede ser considerado objeto de la API ya que únicamente habla de la celebración de tratados e instrumentos internacionales que, como se desarrollará a lo largo de este escrito, son totalmente distintos a las cláusulas arbitrales. Por otro lado, de la lectura de esta norma en conjunto con el resto del texto constitucional se puede concluir que la aplicabilidad del artículo 422 es respecto de las controversias entre Estados ya que estos son los únicos que pueden suscribir tratados e instrumentos internacionales; y no de controversias entre el Estado y un particular, con el que ni ha suscrito, ni se encuentra en capacidad de suscribir tratados internacionales.
- 4.6 Siendo así, la norma que debe considerarse como centro de análisis en el presente caso es el artículo 190 de la Constitución de la República, mismo que recoge el mandato constitucional de reconocimiento del arbitraje como un método alternativo de resolución de conflictos. Es importante destacar también que el mencionado mandato constitucional no hace distinción entre arbitraje nacional e internacional por lo que se debe entender que la intención de la Constitución no fue desconocer



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

alguno de ellos, sino que ambos sean concebidos como formas válidas de resolución alternativa de controversias.

4.7 El artículo 3 del RLAM, prescribe:

Art. 3.- Arbitraje internacional cuya sede sea en el extranjero.-

*1. Las entidades que conforman el sector público, en los contratos que celebren, **podrán pactar arbitraje internacional con sede en el extranjero, previa autorización del Procurador General del Estado.***

*2. Para la autorización referida en el numeral 1 de este artículo, se deberá observar únicamente que el **convenio arbitral** no contravenga, en materia de arbitraje, la legislación del lugar de la sede escogido. La autorización, por tanto, no calificará la conveniencia o no de su suscripción. (énfasis propio)*

4.8 Primero, ¿el artículo 190 de la Constitución prescribe que existe reserva de ley para casos arbitrales? Como se analizó en la sección anterior, el artículo 190 de la Constitución de la República reconoce al arbitraje como un método alternativo de resolución de conflictos y este no hace una distinción respecto del arbitraje nacional e internacional. El texto del artículo 3 del RLAM prevé exactamente lo mismo que el artículo 190 de la Constitución, es decir, que se requiera autorización de la Procuraduría, lo cual se encuentra también previsto en el artículo 42 de la LAM que dice:

Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

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 arbitraje nacional.

- 4.9 No puede entonces, existir violación alguna del principio de reserva de ley cuando este asunto está cubierto por las disposiciones de la norma respectiva, las cuales el RLAM desarrolla y reglamenta. Las accionantes, al parecer, desconocen o han omitido deliberadamente revisar la LAM.
- 4.10 Es decir, el articulado -como debe ser-, considera al arbitraje como un todo y, por tanto, el artículo 3 del RLAM reglamenta la aplicación en la práctica de uno de los métodos de solución de conflictos, reconocidos por la Constitución y la LAM. Resulta curioso que los Legitimados Activos vayan más allá de lo que el cuerpo legal prevé, cayendo incluso en una interpretación antojadiza y extensa que en nada aporta y justifica la demanda que nos ocupa.
- 4.11 Siendo así, el Presidente de la República en ningún momento y de ninguna forma ha pretendido siquiera modificar o reformar la Constitución, ni ha ignorado los derechos contenidos en el mandato constitucional. Como se ha descrito en líneas anteriores, el Presidente ha actuado en estricto apego a sus deberes, facultades y atribuciones otorgadas en la Constitución de la República, es decir en el caso que nos ocupa, la expedición de un Reglamento necesario para la aplicación adecuada de la Ley de Arbitraje y Mediación.
- 4.12 En este punto, es necesario hacer ciertas precisiones sobre los conceptos usados en la API y el entendimiento que las accionantes pretenden dar al artículo 422 de la Constitución.
- 4.13 En el libelo de la demanda, una y otra vez se ha dicho que el RLAM contraviene el artículo 422 de la Constitución de la República. Sin embargo, es necesario aclarar que el artículo 3 del RLAM habla sobre el “convenio arbitral”, mientras que el 422 en su parte pertinente dispone la **imposibilidad de celebración de tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda**



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Llama por lo menos la atención la seria confusión que presentan los Legitimados Activos en cuanto a las figuras legales del “convenio arbitral” y los “tratados o instrumentos internacionales”⁸.

- 4.14 El entendimiento de los Legitimados Activos es que un convenio arbitral sería lo mismo que un tratado o un instrumento internacional, lo cual es absolutamente errado y contrario a cualquier regla de interpretación constitucional. Un convenio arbitral es “un contrato [bilateral o multilateral y voluntario] por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje.”
- 4.15 Conforme el artículo 427 de la Constitución, la interpretación prevalente debe ser aquella que ajuste el tenor literal del texto a la Constitución en su integralidad. Solamente en caso de duda cabe acudir a otras metodologías, incluyendo la búsqueda de la voluntad del constituyente o la interpretación volitiva, las que frente a la claridad de las normas que analizamos, no son necesarias.
- 4.16 La interpretación de la voluntad del constituyente no es igual a la del legislador ordinario. En el caso del legislador ordinario, es correcto buscar su voluntad en las actas de las deliberaciones, sin embargo, en el caso del constituyente, es el texto constitucional el que fue sometido a aprobación del pueblo soberano. El pueblo se pronunció sobre el texto consultado y no sobre las actas de las comisiones, por lo que estas últimas carecen de valor interpretativo.
- 4.17 En el caso del legislador ordinario -poder constituido- éste actúa en virtud del poder que el soberano ha delegado en la Asamblea Nacional, sin que se realice consulta al pueblo. En tal situación, la referencia a los debates, informes y actas tiene utilidad interpretativa. En cambio, en el caso del poder constituyente, éste actuó en su momento por mandato popular para elaborar un Proyecto de Constitución, sin embargo, este Proyecto -producto final de sus deliberaciones- fue sometido a votación a fin de que el pueblo decida aprobarlo o desecharlo. El pueblo se pronunció a favor del texto con un 63,93% de los votos válidos el 28 de septiembre de 2008.
- 4.18 Así, no cabe indagar por la voluntad del Constituyente en las actas de sus comisiones, si éstas no se reflejaron en el texto final que se sometió a aprobación

⁸ González de Cossío, F. Arbitraje. Ed. Porrúa, México, 2004, p. 56



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

del Soberano. Lo contrario podría significar *-in extremis-* una sustitución⁹ del texto de la constitución.

4.19 Con este antecedente, considero que se debe realizar una interpretación literal armónica con el texto de la Constitución en su integralidad, para lo que debemos remitirnos al texto del artículo 422 de la Constitución, que dice:

Art. 422.- 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 internacional. (los resaltados me corresponden)

4.20 De la redacción del artículo 422 se extraen los siguientes supuestos que deben cumplirse para encontrarse dentro de tal prohibición excepcional:

- a. **Debe tratarse de un tratado o instrumento internacional.-** La regla es clara al indicar que “*No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales...*”, por lo que no se incluye en la prohibición ninguna

⁹ Sobre la teoría de la sustitución constitucional puede verse: Bernal-Pulido, Carlos. Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución de Colombia, en Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. 400 y ss.(Henao, Juan Carlos ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013). Sobre la teoría de la sustitución constitucional puede verse: Bernal-Pulido, Carlos. Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución de Colombia, en Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. 400 y ss.(Henao, Juan Carlos ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013).



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

otra fuente de Derecho Internacional Público, ni tampoco fuentes de derecho doméstico.

- b. Debe referirse a controversias Estado – Privados.-** La redacción del primer párrafo del art. 422 se refiere exclusivamente a ciertas disputas “*entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*”, por lo que están excluidas de la prohibición las controversias Estado-Estado, así como las disputas entre privados.

- c. El tratado o instrumento debe incluir una cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional.-** La redacción del texto se refiere a aquellos tratados o instrumentos “*en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional*” en ciertas materias específicas.

- d. Las controversias deben ser contractuales o de índole comercial.-** Pues el texto se refiere exclusivamente a “*controversias contractuales o de índole comercial*”.

4.21 Debido a la redacción del artículo 422, estos son requisitos acumulativos y no alternativos. Para que un tratado o instrumento internacional se encuentre dentro de esta prohibición, se deben cumplir estos 4 supuestos a la vez.

4.22 La implicación práctica de esta interpretación literal es significativa, pues, por ejemplo:

- a. un tratado que no verse sobre asuntos de índole comercial no se encontraría dentro de esta prohibición,
- b. no puede extenderse la prohibición hacia contratos que no se relacionan con un Tratado o Instrumento internacional,
- c. tampoco se puede extender la prohibición a aquellos tratados en los que no exista cesión de jurisdicción soberana.

4.23 Tal interpretación literal no debe desatenderse por prejuicios ideológicos, aún cuando hubiesen sido expresados por algunos de los Asambleístas Constituyentes.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4.24 La complejidad de la materia no excluye la primacía de la interpretación literal, sino que remite a su utilización como términos especializados o de uso del arte¹⁰. Por esta razón, los conceptos expresados en el artículo deben analizarse conforme su entendimiento técnico.

4.25 Como se expone a continuación, el entendimiento técnico de ciertos términos incluidos en la redacción de este artículo permite delimitar el alcance efectivo de la prohibición de celebración de ciertos tratados o convenios en los que se pacte arbitraje. A continuación, me refiero a ellos:

4.25.1 El alcance del concepto de “*tratados o instrumentos internacionales*”.

4.25.1.1 Los tratados o instrumentos internacionales son fuentes de Derecho Internacional Público.

4.25.1.2 El artículo 416 numeral 9 de la Constitución reconoce al derecho internacional como norma de conducta para el Estado Ecuatoriano.

4.25.1.3 De las fuentes de derecho internacional público reconocidas por la Corte Internacional de Justicia, la única que es susceptible de ser “*celebrada*” - considerando el verbo utilizado por el artículo 422- son los tratados. Otras fuentes como la costumbre, los principios generales o las decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas no se “*celebran*”, en sentido estricto.

4.25.1.4 De la revisión de otras normas constitucionales en los que se emplea la expresión “*instrumento internacional*”, como los artículos 416 y 418, se confirma que tal expresión fue utilizada como sinónimo de “*tratado*”, pues se refieren a la formación del consentimiento del Estado ecuatoriano para adherirse a un instrumento, y las potestades del Presidente para suscribirlo, celebrarlo o ratificarlo.

4.25.1.5 Esta posición es acorde a la definición de “*tratado*” contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹.

¹⁰ Tal interpretación es común en la legislación ecuatoriana, por ejemplo, consta en las reglas de interpretación judicial previstas en el Título Preliminar del Código Civil, que dice: “**Art. 18.**- *Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: (...) 3. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.*”

¹¹ La referida convención define a los Tratados diciendo: “*Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4.25.2 El alcance de los términos “*Jurisdicción Soberana*”.

4.25.2.1 El argumento central de las accionantes respecto del art. 422 es que existiría “cesión de jurisdicción soberana”, para ello es esencial determinar si un Estado tiene “*jurisdicción soberana*” sobre un determinado tipo de conflictos.

4.25.2.2 El concepto de “*jurisdicción soberana*” es un concepto de Derecho Internacional Público relativo a la potestad normativa de los Estados con respecto a sus circunscripciones territoriales. La *inmunidad soberana* del Estado se basa en los principios de soberanía, igualdad e independencia, y, en buenas cuentas, impide que otros Estados ejerzan jurisdicción sobre los actos que realice un Estado en ejercicio de su potestad soberana, o sobre los bienes de los que es titular y utiliza en virtud de tal potestad¹².

4.25.2.3 Los Estados tienen sin duda jurisdicción soberana sobre los conflictos surgidos dentro de su territorio, pero no tienen jurisdicción soberana sobre los conflictos surgidos con otros Estados. Esto lo reconoce la Constitución ecuatoriana en su artículo 416 al referirse a la independencia e igualdad jurídica de los Estados.

4.25.2.4 En esencia, esta “*jurisdicción soberana*” de los Estados -como sujetos de derecho internacional- puede entenderse entonces como la prohibición de que un Estado pueda juzgar a otro Estado -o sus nacionales- en sus propias cortes locales, sin su consentimiento.

4.25.2.5 Sin embargo, tal inmunidad de jurisdicción no es absoluta, debiendo distinguirse los actos realizados por el Estado en uso de su soberanía (*acta iure imperii*) de los actos propios de las actividades de gestión y administración (*acta iure gestionis*).

4.25.2.6 Lo contrario -que un Estado sólo deba ser juzgado en sus propias cortes, o Doctrina Calvo- ha quedado abandonado por el derecho internacional público moderno, justamente, por el surgimiento de un orden jurídico internacional que obliga a los Estados a responder por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales¹³.

4.25.2.7 Justamente, el Derecho Internacional Público ha creado una serie de órganos internacionales para solución de controversias relacionadas con los Estados, mediante la suscripción de Convenios, Convenciones, Tratados y similares cuya

¹² Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 2006, p. 299.

¹³ Molteni, Atilio, *La Responsabilidad Internacional del Estado*, Lecciones y Ensayos, 1964, p. 44



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

celebración es en sí misma una expresión soberana del consentimiento de un Estado como sujeto de Derecho Internacional.

4.25.2.8 Así, sería errado interpretar que el Estado Ecuatoriano ha cedido *jurisdicción soberana* al celebrar convenios por los que se crean instancias internacionales de resolución de conflictos, por ejemplo, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional.

4.25.2.9 Aceptar una interpretación cerrada del término “*jurisdicción soberana*”, implicaría desconocer la existencia misma del Derecho Internacional Público. Tal interpretación desconocería la responsabilidad que los Estados tienen como sujetos de derecho internacional y por ende sus obligaciones internacionales, para dejar la solución de conflictos internacionales a la mera “*diplomacia de los cañones*”, como antaño.

4.25.2.10 Por estas razones, mal podría interpretarse que un Estado “*cede*” una jurisdicción que *prima facie*, y en sentido estricto, no posee. Al contrario, los mecanismos de solución de controversias que entre dos o más Estados se acuerden son una expresión de consentimiento soberano, mas no una cesión de soberanía, pues ninguno de los intervinientes tiene en sí mismo jurisdicción previa sobre el otro.

4.25.2.11 Por esta razón, inclusive en el caso de los Tratados Bilaterales de Inversiones -en los que generalmente se pacta algún tipo de mecanismo de solución de controversias como es el arbitraje- no existe un supuesto de “*cesión de jurisdicción soberana*”. La prohibición del artículo 422 se refiere a aquellos casos en los que, *prima facie*, sea aplicable el derecho doméstico, como referiré más adelante.

4.25.3 El alcance de los términos “controversias contractuales o de índole comercial”.

4.25.3.1 El artículo 422 de la Constitución se refiere expresamente a “*controversias contractuales o de índole comercial*”. Por su redacción, es claro que no basta la cesión de “*jurisdicción soberana*”, sino que ésta se refiera a asuntos “*contractuales o de índole comercial*”.

4.25.3.2 Como se expuso arriba, los Tratados no son contratos, por lo que la palabra “*contractuales*” no les aplica, sin que esto requiera mayor abundamiento.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 4.25.3.3** En cambio, la distinción entre lo que es “*comercial*” y lo que no lo es, resulta debatible. La anterior conformación de la Corte Constitucional sostuvo que los Tratados Bilaterales de Inversiones comprometen “*al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente al ámbito comercial, como es la de inversiones*”¹⁴. Esto es errado.
- 4.25.3.4** Decimos que es errado pues es muy distinto el “*arbitraje de inversiones*” del “*arbitraje comercial*”, se trata de dos materias distintas, conformadas por legislaciones distintas, precedentes jurisprudenciales distintos y doctrinas distintas.
- 4.25.3.5** La diferencia es clara. Una controversia es comercial si se fundamenta *en actos de comercio*, obligaciones de comerciantes en operaciones mercantiles, o en contratos comerciales, asimismo, corresponde a actos de *intercambio* de bienes o servicios generalmente verificados en *corto plazo*. En cambio, una controversia es de inversiones si se refiere a flujos de recursos destinados a la producción, generación de empleos y capacidades, es decir, corresponde a una operación de mediano y largo plazo cuyos retornos o réditos son *inciertos*, es decir, se caracteriza por su *riesgo*.
- 4.25.3.6** Para efectos eminentemente jurídicos, la intervención del Estado en la regulación de una u otra actividad proviene también de distintas facultadas, así, el Estado ocasionalmente realiza actividades de tipo comercial, que provienen de su *ius gestionis*, mientras que regula las inversiones en uso de su poder de imperio o *ius imperii*. Por esto, por ejemplo, una empresa estatal puede ser demandada en arbitraje comercial, mientras que un Estado puede responder internacionalmente por las expropiaciones ilícitas de inversiones. Como se ahonda más adelante, la una es una responsabilidad civil contractual o extracontractual de derecho interno, y la otra es una responsabilidad de derecho internacional público.
- 4.25.3.7** En el mismo sentido, siguiendo la distinción técnica de las palabras “*arbitraje comercial*” y “*arbitraje de inversiones*” se colige que son asuntos distintos.
- 4.25.3.8** Los tribunales arbitrales han establecido reiteradamente una serie de requisitos para considerar que una controversia versa sobre inversiones y no sobre meras transacciones comerciales. Doctrinariamente, este análisis se conoce como “*test*

¹⁴ Corte Constitucional, Dictamen No. 043-10-DTI-CC del Caso 0013-10-TI, publicado en RO (S) 359 de 10 de enero de 2011



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Salini”, por haberse originado en el caso *Salini v. Marruecos*¹⁵ requiriéndose que para que una transacción califique como inversión debe cumplirse con: i) Una contribución económica, ii) Que tenga una considerable duración, iii) En la que el inversionista participe en el riesgo de la transacción, y, iv) Que signifique una contribución al desarrollo económico del Estado receptor.

4.25.3.9 Estas consideraciones permiten distinguir, por ejemplo, que una empresa que vende maquinarias a un Estado o Empresa Estatal realiza una transacción comercial, mas no una inversión. Por otro lado, si tal empresa obtiene una concesión y participa de un contrato de producción compartida, efectivamente realiza una inversión pues es partícipe del *riesgo*¹⁶.

4.25.3.10 Sobre esta distinción, vale también referirse a que aún las fuentes de las obligaciones jurídicas y del convenio arbitral son distintas en el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones.

4.25.3.11 En el caso del arbitraje comercial internacional, éste se origina generalmente en una fuente contractual sujeto a la legislación privada comercial -sea local o internacional-, la costumbre y las reglas escogidas por las partes (Ej. UNIDROIT, CCI, etc.).

4.25.3.12 En cambio, en el caso del arbitraje internacional de inversiones, éstas se originan en disposiciones de derecho internacional público, como son los tratados bilaterales de inversiones, y la sujeción a arbitraje no proviene necesariamente de un contrato, sino de la oferta unilateral de parte del Estado receptor por medio de un Tratado Bilateral de Inversiones que abarca a cualquier inversionista que cumpla con las condiciones determinadas en dicho tratado.

4.25.3.13 Esta distinción también afecta a la naturaleza de la responsabilidad que se deriva de un laudo en materia de arbitraje comercial o en materia de arbitraje de inversiones, así, en el caso del arbitraje comercial la responsabilidad de la parte incumplida es generalmente civil contractual, mientras que en el arbitraje de inversiones la responsabilidad es internacional del Estado por el incumplimiento de una obligación de derecho internacional público.

4.25.4 El alcance de la frase “entre el Estado y personas jurídicas privadas”.

¹⁵ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, ¶ 52

¹⁶ Ejemplo tomado de R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman. (2005). *Foreign investment disputes*. La Haya: Kluwer Law International.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4.25.4.1 Finalmente, un tratado o convenio de inversiones podría establecer varios tipos de mecanismos de solución de controversias, estableciendo a su vez quienes serían los sujetos aptos para activar tales mecanismos, sean controversias Estado-Estado, o Estado-privados de otro Estado, o incluso entre privados nacionales de Estados parte.

4.25.4.2 La redacción del artículo 422 de la Constitución se refiere solamente al caso de controversias entre el Estado y personas jurídicas privadas. Es decir, aquellas controversias Estado-Estado y privado-privado se encuentran excluidas del mismo.

4.25.5 CONCLUSIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL ART. 422 CONSTITUCIONAL:

4.25.5.1 Como expuse arriba, el entendimiento literal técnico de los términos empleados por el artículo 422 determina el alcance de su prohibición excepcional.

4.25.5.2 Considerando este entendimiento, se presentan dos posibilidades: a) el art. 422 tiene una redacción tan poco prolija que, en efecto, no establece prohibición alguna, o b) considerando el principio de efecto útil, prohíbe un tipo específico y determinado de Tratado en el que se cumplan ciertos requisitos específicos.

4.25.5.3 Dado que no se puede interpretar que la prohibición alcanza lo que la Constitución expresamente no prohíbe, solamente podría interpretarse que están prohibidos aquellos tratados que cumplan los siguientes requisitos:

Tabla 1 – Criterios que debe cumplir un Tratado para estar sujeto a la prohibición del art. 422 inciso 1 de la Constitución	
a.	Debe regular disputas de derecho local
b.	Debe referirse a controversias contractuales o comerciales
c.	Debe referirse a disputas entre el Estado y un tercero privado



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

d. El Tratado debe incluir una cláusula arbitral como método de disputas de derecho local, renunciándose a las cortes nacionales.

e. El arbitraje pactado debe ser de naturaleza internacional.

4.25.5.4 Estos requisitos se verificarían, por ejemplo, en un supuesto en el que el Estado suscriba un Tratado en el que se establezca que una controversia de contratación pública (derecho local en la que se suscribe un contrato Estado - privado) de provisión de bienes (naturaleza comercial) en la que se renuncie a la jurisdicción ordinaria (Tribunales Contencioso Administrativos) para establecer un mecanismo obligatorio de arbitraje internacional.

4.25.5.5 Estos supuestos, más que referirse a los que conocemos como “TBI” (BITS en inglés), parecen referirse a los que en doctrina se conocen como “TBA”, Tratados Bilaterales de Arbitraje (BATS, en inglés), en los que dos Estados celebran un tratado bilateral a efectos de que todas las controversias comerciales de cierta categoría entre sus nacionales se resuelvan, por defecto, como arbitraje comercial internacional, excluyendo a los tribunales ordinarios de ambas partes¹⁷.

4.25.5.6 Aun en este supuesto, tal Tratado estaría sujeto a la excepción del párrafo segundo del artículo 422, que permite -aun en estos supuestos- pactar arbitraje en instancias regionales latinoamericanas (*arbitraje administrado con sede regional*) o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios (*arbitraje ad-hoc*).

4.25.5.7 Por lo expuesto, se concluye claramente que las alegaciones de las accionantes respecto de este artículo 422 son absolutamente improcedentes, pues las mismas plantean una interpretación errada y absolutista de prohibición total del arbitraje internacional para el Estado, que, evidentemente, no se corresponde al texto constitucional. La afirmación que hacen al indicar que el constituyente “proscribió el arbitraje internacional para todas las instituciones públicas” es absolutamente equivocada, lo que demuestra que ni siquiera se han molestado en leer la Constitución ni la LAM.

¹⁷ BITS, BATS and BUTs: Reflections on International Dispute Resolution, University of Pennsylvania Law School, 28 April 2014.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 4.25.5.8 El Estado puede -como en efecto lo hace- suscribir convenios arbitrales, requiriendo la autorización de la Procuraduría General del Estado. Lo que se encuentra habilitado expresamente por el art. 190 de la Constitución y el art. 42 de la LAM.
- 4.25.5.9 Basta la lectura de estas normas para desechar las API objeto de este pronunciamiento.
- 4.26 Finalmente, la API no da más razones sobre cómo los artículos 3 y 4 del RLAM serían contrarios a la Constitución, sino que se limita a indicar que *“es muy claro como a través de esos dos artículos se desconoce la existencia de la manda constitucional que prohíbe el arbitraje, todo lo cual ha sido analizado exhaustivamente, en las acciones de inconstitucionalidad respecto al Decreto 122 de este año”*.¹⁸
- 4.27 Sobre tal argumento, se debe tomar en consideración que las causas mencionadas no son casos análogos al presente, en virtud que en tales se alega la supuesta inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 122 que hace referencia a la suscripción del Convenio CIADI, por lo que este argumento no debería ser tomado en consideración.

5. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5

- 5.1 De acuerdo con los Legitimados Activos, el artículo 5 del RLAM *“permite que los contratistas aún después de celebrado un convenio puedan pedir la suscripción de un convenio arbitral (...) Es decir que el contratista puede alterar el contrato ya celebrado exigiendo la suscripción de un convenio de arbitraje”*.¹⁹
- 5.2 Al respecto, es necesario dejar claro que este argumento desconoce por completo la teoría contractual y arbitral. Así, el convenio arbitral debe ser visto como un acuerdo entre las partes que puede subsistir por sí mismo, en otras palabras, que no requiere de otro contrato para ejecutarse.
- 5.3 Esto quiere decir que las partes no estarían modificando un contrato sino que, a partir de una controversia surgida de su ejecución, acuerdan en ejercicio de sus

¹⁸ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 84-21-IN. foja 11.

¹⁹ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 84-21-IN. foja 7.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

derechos y su voluntad, un convenio arbitral para resolver sus conflictos, situación completamente válida, legal y constitucional.

- 5.4 Por tal, según el análisis desarrollado en el punto 3 de esta contestación, ha quedado claramente demostrado el concepto y los elementos del convenio arbitral. Sin embargo, me permito acotar que se debe tomar en cuenta que el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla la posibilidad de pactar arbitraje sin tomar en cuenta el momento en que surja la controversia. De hecho, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento prevén el escenario en el cual es posible acudir a arbitraje a pesar de que este no haya sido acordado desde la suscripción del contrato, guardando armonía tanto con la LAM como con la Ley Orgánica de Procuraduría General del Estado.
- 5.5 De esta manera, el artículo 162 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que

“Art. 162.- Del compromiso o convenio arbitral.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado.

En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo”.
(énfasis añadido)

- 5.6 En conclusión, el mismo ordenamiento jurídico ecuatoriano permite que se pacte arbitraje en cualquier momento, lo que demuestra, una vez más, que la piedra angular del arbitraje es la voluntad manifestada en el convenio arbitral también denominada cláusula compromisoria, y reconocida en el artículo 190 de la Constitución.

6. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 9 DEL RLAM

- 6.1 Por otro lado, la API demanda la inconstitucionalidad del numeral 2 del artículo 9 que dispone que el tribunal arbitral puede modificar, suspender o revocar medidas cautelares. En palabras de los Legitimados Activos que “[n]o puede entenderse este



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*desequilibrio que se plantea entre un tribunal arbitral y la función judicial dándole a este una supremacía sobre uno de los poderes del Estado”.*²⁰

- 6.2 Lo parte pertinente del artículo, que supuestamente adolece de inconstitucionalidad, menciona que “[e]n las mismas circunstancias, 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.” (énfasis añadido)
- 1.1 Si bien para los Legitimados Activos la norma acusada atentaría a la justicia, esto no es correcto. Al respecto, solo falta tomar en cuenta que el artículo es claro al disponer que los árbitros sólo podrán modificar, suspender o revocar medidas cautelares que hayan sido impuestas antes de su constitución.
- 1.2 Esta norma, en la práctica arbitral, es idónea ya que, desde el momento en que los árbitros conocen la causa y se declaran competentes, sólo son ellos los llamados a gestionar la misma. En este sentido, el “juzgador natural” de la causa pasa a ser el árbitro en virtud del principio *Kompetenz-kompetenz* (competencia para determinar la competencia) garantizado por el artículo 8 de la LAM.
- 6.3 Asimismo, este artículo dispone de manera clara que, si se presenta una causa ante una corte nacional y existe una cláusula arbitral, el juez debe otorgar un tiempo a las partes para probar la existencia de la misma. Durante ese tiempo, el juez tiene la potestad de dictar ciertas medidas para preservar derechos, pero si se inhibe de conocer la causa y un tribunal declara su competencia, este último tiene todas las facultades para retirar o mantener las medidas que considere ya que es el juzgador por excelencia en virtud de la cláusula arbitral acordada por las partes.
- 6.4 Es decir, esta facultad solamente aplica para los casos en concreto en los cuales la causa haya sido conocida previamente por un juez sin competencia para ello, o un árbitro de emergencia que es justamente una figura para dictar medidas provisionales que, por su importancia o urgencia, no pueden esperar a que el tribunal arbitral competente se constituya, pero sobre las que si puede disponer el tribunal una vez constituido.

²⁰ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 84-21-IN. foja 11.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

7. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 11 DEL RLAM

7.1 Conforme se explicó en líneas precedentes, el proceso arbitral por su propia naturaleza está sujeto a sus propias reglas y principios; y, de ser el caso de un arbitraje administrado, a los reglamentos internos que rigen el procedimiento arbitral que se sustancia en un centro de arbitraje.

7.2 Los Legitimados activos sostienen lo siguiente:

“(...) aprovechamos para [denunciar] la inconstitucionalidad del artículo 11 del Decreto Ejecutivo 165, ya que viola el artículo 18 de la Constitución de su ‘Sección Tercera- Comunicación e información.’ Está claro que la confidencialidad entre particulares que adopten la norma de arbitraje y mediación internos, pueden acogerse a esta ‘confidencialidad’. Sin embargo, si una de estas partes es el Estado ecuatoriano, la confidencialidad no aplica, tanto por violar el Art. 18 de la Constitución (...)”

7.3 Al respecto y más allá de prevenir sobre el sentido oportunista que le dan a su comparecencia frente al más alto tribunal de justicia constitucional, es menester señalar lo que a la letra manda el artículo 34 de la LAM:

*“Art. 34.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, **podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral**, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido”. (énfasis añadido)*

7.4 Como se puede observar, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que como ya hemos señalado, es el principio en torno al que gira la institución del arbitraje, pues es por medio del acuerdo de las partes que el arbitraje encuentra su fundamento, la manifestación inequívoca y realizada de forma autónoma es la que permite dar paso a este método alternativo de resolución de conflictos.

7.5 En este marco, son las partes las que pueden establecer en la cláusula compromisoria que el arbitraje sea confidencial, es decir queda a facultad de las partes determinarlo.

7.6 Los Legitimados Activos, confunden lo antes mencionado, con lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución, el cual habilita acceder libremente a la información generada en entidades públicas, **o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas**. Lo antes mencionado, no acontece en el presente



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

caso, pues de ninguna manera un centro de arbitraje maneja fondos del Estado ni realiza funciones públicas, dado que conforme lo señala el artículo 39 de la LAM, son las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones **sin fines de lucro**, las habilitadas para organizar centros de arbitraje, mismos que pueden funcionar previo registro en el Consejo de la Judicatura, sin que ello implique el manejo de fondos públicos; todo lo contrario al proceso arbitral se da trámite una vez que la parte actora haya cancelado la respectiva tasa administrativa previstas en los reglamentos internos de cada centro.

Por lo antes anotado, no existe asidero a este argumento planteado por los proponentes, por lo que éste, sin más, debe ser rechazado, así como deben ser rechazados por los anteriores argumentos esgrimidos.

8. DEL uso abusivo del derecho

- 8.1 Por último, es necesario hacer énfasis en que los Legitimados Activos propusieron una demanda idéntica a la presentada dentro de las causas No. 77-21-IN y No. 87-21-IN ingresadas el 08 y 22 de septiembre de 2021, respectivamente.
- 8.2 Sobre este punto, esta Secretaría General Jurídica, respetuosamente, hace notar a la Corte Constitucional que existe identidad de objeto y textos similares entre el presente caso y las causas mencionadas. No cabe duda que el actuar de los accionantes debe ser, además de calificado como abusivo y falta de lealtad procesal, sancionado por atentar contra el principio de gratuidad contenido en el artículo 12 del Código Orgánico de la Función Judicial que, en su parte pertinente, indica que

“(...) La jueza o juez deberá calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Quien haya litigado en estas circunstancias, pagará las costas procesales en que se hubiere incurrido, sin que en este caso se admita exención alguna.

Las costas procesales incluirán los honorarios de la defensa profesional de la parte afectada por esta conducta. Quien litigue de forma abusiva, maliciosa o temeraria será condenado, además, a pagar al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa (...) (énfasis añadido)

Y por contravenir lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, que obliga a jueces y juezas a disponer de sus facultades coercitivas sobre conductas o inconductas como la que origina el presente caso

- 8.3 En concordancia, se debe tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 26 del mencionado Código Orgánico de la Función Judicial, que indica que



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

“Art. 26.- PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL. - En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley”. (énfasis añadido)

- 8.4 Finalmente, la sanción por este ejercicio abusivo del derecho también debe impuesta al abogado patrocinador de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 335 del Código Orgánico de la Función Judicial que dispone que

“Art. 335.- PROHIBICIONES A LOS ABOGADOS EN EL PATROCINIO DE LAS CAUSAS. - Es prohibido a los abogados en el patrocinio de las causas:

(...)

9. Ejercer el derecho de acción o contradicción de manera abusiva, maliciosa o temeraria, violar el principio de buena fe y lealtad, a través de prácticas tales como presentación de prueba deformada, empleo de artimañas y ejecución de procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis; y, (...)”

9. CONCLUSIONES

- 9.1 Debe quedar constancia de que la API presentada por los Legitimados Activos contiene un texto idéntico a la Acción de Inconstitucionalidad presentada dentro del caso No. 77-21-IN, particular que debe ser sancionado de acuerdo con lo que determina la ley.
- 9.2 Por la argumentación expuesta, queda claro que no existe violación a norma constitucional alguna, considerando además la casi nula argumentación de los accionantes para desvirtuar la presunción de constitucionalidad del articulado impugnado.
- 9.3 Finalmente, manifestamos que la inconstitucionalidad normativa debe ser aplicada como último recurso en estricto apego al principio *in dubio pro legislatore*, y a lo ordenado en los números 2, 3 y 6 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Jurisdiccionales y Control Constitucional por lo que se solicita a su Autoridad deseche de plano la demanda de inconstitucionalidad.

10. AUTORIZACIONES Y NOTIFICACIONES

- 10.1 Autorizo a los abogados Isabel Noboa Nowak, Carla Guerra Barreiro, Yolanda Salgado Guerrón, María Mercedes Idrovo, y Joaquín Ponce Díaz; asesores de esta Secretaría General Jurídica, para que intervengan y suscriban cuanto escrito fuere necesario.
- 10.2 Notificaciones que nos correspondan, las recibiremos en el casillero constitucional No. 001, así como en los correos electrónicos sgj@presidencia.gob.ec y nsj@presidencia.gob.ec.

Fabián Teodoro Pozo Neira
SECRETARIO GENERAL JURÍDICO
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA