



de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica-CIAM, el 29 de agosto de 2018 y su negativa de ampliación y aclaración dictada el 13 de septiembre de 2018, dentro del Caso CIAM No. 005-2016; manifestando que:

El 26 de agosto de 2008, ante el doctor Jaime Espinoza Cabrera, Notario Público Octavo Interino del cantón Quito, celebran entre la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones-SENATEL y la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A.-CONECEL, el "Contrato de concesión para la prestación de servicio móvil avanzado, del servicio telefónico de larga distancia internacional, los que podrán prestarse a través de terminales de telecomunicaciones de uso público y concesión de las bandas de frecuencias esenciales".

De acuerdo a lo pactado por las partes en la cláusula 68, presentó una demanda arbitral en contra de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL, el 10 de mayo de 2016, ante el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Industrias y Producción y la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica; cuyo objeto de controversia, versó sobre la violación (según afirma CONECEL S.A.) por parte de la ARCOTEL, de la cláusula de estabilidad por la aplicación que hace del artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones-LOT, por el cual se creó la obligación de pagar una regalía, calculada en función de la cuota de mercado de los operadores privados de telecomunicaciones.

Indica que, el 29 de agosto de 2018 a las 14h00, el Tribunal Arbitral, resolvió: "a) declarar que la definición de Legislación Aplicable contenida en el Anexo 1 del Contrato de Concesión tiene los efectos de una cláusula de estabilidad jurídica, sujeto a las excepciones previstas; b) rechazar las demandas planteadas por el Actor en los apartados b, c, d, e, f y g de su petitorio de demanda; c) declarar que el artículo 34 de la LOT es una norma de competencia a los efectos del Contrato de Concesión y, que por lo tanto, estaría fuera del alcance de la Cláusula de Estabilidad; d) declarar que la solicitud de pago por concentración de mercado previsto en el artículo 34 de la LOT la Arcotel no ha violado sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión; e) condena a cada parte a soportar los gastos en los que haya incurrido en la defensa del presente arbitraje. De conformidad con el apartado 68.2 c del Convenio Arbitral los gastos del CIAM será soportados por Conecel; y, (f) rechazar cualquier otra demanda o solicitud de las partes".

Afirma que, el Laudo Arbitral es parcialmente nulo por indebida motivación, pues para que una sentencia o laudo arbitral se considere debidamente motivado, la Corte Constitucional ha fijado tres parámetros: razonabilidad, lógica y comprensibilidad (Sentencia de la Corte Constitucional No. 181-14-SEP-CC). Con respecto al requisito de lógica, que es el trascendente para el caso sub examine, la Corte Constitucional explica que "se debe verificar que la misma se estructure ordenadamente, de tal forma que guarde la debida coherencia y relación entre los hechos fácticos y las normas jurídicas, a fin de que los criterios jurídicos vertidos a lo largo de la sentencia guarden un hilo conductor con los hechos puestos en conocimiento del operador de justicia. En otras palabras, el fallo debe ser coherente entre las premisas fácticas (causas), las disposiciones aplicadas al caso concreto (normas) y la conclusión (decisión final del proceso). Asimismo, la lógica complementa el requisito de la

razonabilidad, en cuanto permite que las fuentes jurídicas sean aplicadas en el caso concreto en un esquema argumentativo concatenado, evitando que las conclusiones sean absurdas o incoherentes con sus respectivas premisas, lo cual es fundamental como ejercicio de motivación"; señala que, el laudo arbitral incumple con el requisito de lógica -y por ende el de razonabilidad- pues funda su decisión en tres premisas que carecen de esta, a saber, a) la supuesta previsibilidad del artículo 34 de la LOT; b) el alcance de la Cláusula 37 del Contrato de Concesión; y, c) las intenciones del legislador al dictar el artículo 34 de la LOT.

Así mismo, afirma que el laudo adolece de nulidad parcial, "por violar el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina".

## CONTRADICCIÓN

El doctor Efrén Hernán Páiz Dávila, en su calidad de Director de Patrocinio y Coactivas, Encargado, y como tal Delegado del Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL, comparece al proceso el 8 de febrero de 2019 a las 11h03 y contestando la demanda, señala:

Las causales citadas por la actora son las siguientes: a) Indebida motivación del Laudo alegando el artículo 76, numeral 7, letra k) de la Constitución de la República del Ecuador; y, b) Falta de interpretación prejudicial de normas de la Comunidad Andina; que no están previstas en el artículo 31 de la LAM.

Sobre la primera, señala que basta citar una muy reciente sentencia emitida por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del juicio No. 17100-2018-0016, en la que se sostiene que la facultad que entrega el legislador al Presidente de la Corte Provincial de Justicia se encuentra limitada a los supuestos taxativamente señalados en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo que la acción de nulidad planteada por CONECEL debe ser sin más desechada totalmente.

Que, sin perjuicio de que el artículo 31 de la LAM imponga límites al Presidente de la Corte en la presente causa, resulta que el Laudo Arbitral ha sido debidamente motivado; que, los tres pretendidos puntos que enumera el Actor, en realidad son uno sólo. El Tribunal Arbitral concluyó, previo el razonamiento lógico y comprensible desarrollado a lo largo del Laudo Arbitral, que: "En síntesis, el Tribunal Arbitral estima que el entendimiento común de las Partes al referirse al régimen de competencia en el Anexo 1 del Contrato de Concesión debe definirse a la luz de la legislación existente en el Ecuador a esa fecha, la cual contemplaba un régimen de regulación sectorial que no era incompatible con medidas ex ante de castigo a la participación de mercado. La posibilidad de que la posición de mercado de Conecel fuera objeto de medidas sancionadoras estaba reforzada por la identificación del operador dominante como aquel que tuviera al menos 30% de los ingresos brutos de un servicio determinado en el mercado, mientras que Conecel tenía una participación de mercado del 70%. Al respecto, no hay duda de que, para cualquier regulador sectorial, tal nivel de concentración de

mercado era susceptible de ser caracterizado como fuente de distorsiones que justificasen medidas de corrección"; la línea de pensamiento que lleva a esta conclusión está detallada en los párrafos 223 al 262 (sin limitarse a ellos) del Laudo Arbitral, lo cual constituye motivación más que suficiente.

Agrega que, el accionante continúa sin aceptar que el artículo 34 de la LOT constituye una norma de competencia ex ante en materia de telecomunicaciones (y por lo tanto exceptuada de la supuesta estabilidad jurídica bajo el Contrato de Concesión) como concluyó el Tribunal Arbitral. El problema es que, bajo la supuesta figura de querer consultar la motivación de las conclusiones del Tribunal Arbitral, el actor llega a debatir nuevamente la materia en disputa, y nos quiere abocar a ello. No obstante, como lo ha dicho la doctrina y la jurisprudencia abundantemente, la Acción de Nulidad no es una nueva instancia.

Sobre la falta de interpretación prejudicial, señala que: El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ("Tratado de Creación del Tribunal Andino", del cual el actor cita parcialmente los artículos 32 y 33) explica la procedencia de la interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la que procede cuando los jueces nacionales apliquen las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; por lo que la interpretación prevista en el Tratado de Creación del Tribunal Andino no tiene ninguna relevancia con respecto al Laudo Arbitral cuya nulidad busca CONECEL. Y es que la disputa que fue sometida a arbitraje y que fue resuelta mediante el Laudo Arbitral no versaba sobre la aplicación de ninguna norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (lo cual es el supuesto indispensable del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, citado por el Actor de manera parcial). La disputa, en efecto, versa sobre la interpretación del Contrato de Concesión, la legislación ecuatoriana relativa a las garantías a la inversión, y la aplicación de la normativa de telecomunicaciones, particularmente el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones-LOT, por lo que la interpretación prejudicial en el presente caso es improcedente según las disposiciones comunitarias andinas sobre la materia.

Refiere que, el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal Andino señala que la finalidad de la interpretación prejudicial es asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario. El mismo objetivo se indica en el artículo 121 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Acuerdo No. 08/2017 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que contiene el Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Judiciales, que en su artículo 3, dispone que la interpretación prejudicial "es un instrumento procesal que orienta y vincula a la autoridad administrativa, juez o arbitro respecto de contenido y alcances de la norma comunitaria andina a ser aplicada en el caso concreto". Por lo que el presupuesto para la procedencia de la interpretación prejudicial es que se requiera la aplicación de normas comunitarias andinas en un caso concreto sometido a resolución de los jueces nacionales.

En este contexto, de acuerdo con las normas indicadas, la interpretación prejudicial es procedente en dos eventos: a) cuando deba aplicarse una norma comunitaria andina; y, b) cuando se controvierta una de dichas normas. En el caso del arbitraje donde recayó el Laudo cuya nulidad se demanda, ninguno de estos dos presupuestos estuvo presente.

Finalmente, solicita se deseche la demanda y se ordene el archivo de la causa.

Similares argumentos son los que presenta la doctora Claudia Helena Salgado Levy en su calidad de Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje y delegada del señor Procurador General del Estado, en su contestación a la demanda el 11 de febrero de 2019 a las 16h10.

## 2.- COMPETENCIA DEL PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. VALIDEZ PROCESAL.

El suscrito Presidente es competente para conocer la acción de nulidad del laudo arbitral, de conformidad con la disposición del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dice que presentada la acción de nulidad, el árbitro o Tribunal Arbitral, dentro del término de tres días, remitirán el proceso al Presidente de la Corte Provincial, quien resolverá la acción de nulidad, dentro del término de treinta días, contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La competencia del Presidente de la Corte Provincial en esta acción, que la doctrina ha calificado como extraordinaria, se limita a examinar el cumplimiento de los presupuestos de validez para la emisión de laudo y el sometimiento del arbitraje a los límites del convenio, pero no comprende las cuestiones de fondo, las cuales fueron ya decididas dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria por el tribunal arbitral y son inapelables, de conformidad con el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación. La doctrina y las resoluciones de los tribunales nacionales y extranjeros confirman esta aseveración: "El examen que haga la Corte Superior del laudo arbitral, deberá ser externo, es decir, sin entrar a considerar el fondo del asunto, la parte sustantiva del laudo, sino únicamente emitiendo un juicio acerca de las formalidades esenciales y sometimiento del arbitraje a los límites del convenio. Por lo tanto, la Corte no debería examinar los fundamentos del fallo ni el mayor o menor grado de acierto del laudo, ya que con la acción de nulidad se impugna el fallo y no la actuación de los árbitros. El objeto de la acción de nulidad de laudos es básicamente un examen a posteriori de los errores in procedendo del fallo. Por lo tanto, no es posible que el órgano judicial entre al análisis de los errores in iudicando de los árbitros, ya que son cuestiones que afectan al fondo de su decisión, quienes fueron expresamente facultados para ello por las partes en el convenio arbitral; lo cual priva de jurisdicción y competencia al órgano judicial. De ahí que las cuestiones de fondo del laudo arbitral sólo podrán ser atacadas indirectamente en función de una posible anulación que se sustente en la inobservancia de las garantías en el desarrollo de la instancia arbitral, en particular las que afecten a los puntos no sometidos a decisión arbitral por el convenio arbitral, pero decididos por los árbitros" (Andrade Cadena, Xavier, "La nulidad de los laudos arbitrales" [www.andradeveloz.com/descargas/publicaciones/nulidad\\_de\\_laudos\\_arbitrales.Pdf](http://www.andradeveloz.com/descargas/publicaciones/nulidad_de_laudos_arbitrales.Pdf), Sentencia citada por Antonio María Lorca Navarrete y Joaquín Silguero Estagnan. Obra citada, p. 498). Al proceso se le ha dado el trámite especial que, según su naturaleza, le corresponde y no se aprecia omisión de solemnidad sustancial que hubiera podido influir en la decisión.

## 3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO ARBITRAL.

El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter al procedimiento arbitral las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Este convenio debe constar por escrito, incorporado en el texto del contrato o en el documento independiente en que se detalle el negocio jurídico o los hechos sobre los que versa el arbitraje. Por efecto del convenio arbitral no es posible someter el caso a la justicia ordinaria, salvo renuncia expresa o tácita de las partes. En el Contrato de Concesión celebrado el 26 de agosto de 2008, el convenio arbitral se encuentra contenido en la CLAUSULA SESENTA Y OCHO PUNTO DOS en la que se determina el alcance de la habilitación de los árbitros, esta cláusula compromisoria en su parte pertinente establece que: “Si las partes no resuelven la controversia en forma amistosa directa o en etapa de mediación, dentro del Plazo de cuarenta y cinco días (45) contados a partir de la comunicación por una de las partes sobre la existencia de las controversia, plazo que podrá ser ampliado de común acuerdo, las Partes acuerdan someter sus desavenencias que deriven de la ejecución del presente Contrato, a la resolución de un Tribunal de Arbitraje sujeto a la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador y a las siguientes reglas:...”.

#### 4.-MOTIVACIÓN.

4.1.- El accionante alega, como uno de los motivos de nulidad, la falta de motivación del laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Industrias y Producción y la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica-CIAM, el 29 de agosto de 2018 y su negativa de ampliación y aclaración dictada el 13 de septiembre de 2018, dentro del Caso CIAM No. 005-2016; al respecto se realiza el siguiente análisis:

El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador-CRE, prescribe: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”, el texto subrayado me corresponde; es decir que, por mandato constitucional el marco regulatorio para esta clase de procesos es la Ley de Arbitraje y Mediación-LAM. En tal virtud, la acción de nulidad con la que se pretende corregir los vicios de procedimiento, así como los de extra y ultrapetita en que pueda incurrir el Tribunal de Arbitraje, está supeditado exclusivamente a las causales previstas en el artículo 31 de la LAM, estas son:

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral

En este sentido, la Corte Constitucional en varias sentencias ha manifestado que, solo procede “la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales, siempre y cuando se cumplan con las condiciones previstas en el artículo 31 de la Ley referida” (sentencia No. 173-14-SEP-CC de 15 de octubre de 2014); “de tal forma, la acción de nulidad surge como consecuencia de las causales previstas en el artículo 31 respecto del laudo arbitral” (sentencia No. 252-17-SEP-CC de 9 de agosto de 2017).

Así mismo, la doctora Tatiana Ordeñana Sierra en su voto concurrente a la sentencia del Pleno de la Corte Constitucional dentro de la causa No. 0880-13-EP, afianzando su criterio en las sentencias Nos. 123-13-SEP-CC, caso No. 1542-11EP y 113-15-SEP-CC, caso No. 0543-14EP, ha señalado que: “[...] la acción de nulidad no es el mecanismo que permite examinar cuestiones fuera de las referidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo cual, esta Corte, para el Control Constitucional de los laudos arbitrales, faculta a las partes, como se señaló anteriormente, a presentar la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales que vulneren derechos constitucionales, al no ser la acción de nulidad de laudo arbitral el mecanismo eficaz e idóneo para examinar transgresiones constitucionales que no se encuadren en las causales legales sujetas a su revisión [...]”.

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia No. 027-09-SEP-CC de 8 de octubre de 2009, determinó las actuaciones judiciales antijurídicas, susceptibles de la garantía jurisdiccional de acción extraordinaria de protección, a saber:

- a. Defecto orgánico: presente cuando el funcionario judicial que emitió la decisión impugnada, carece totalmente de competencia para el efecto.
- b. Defecto procedimental absoluto: originado por la actuación completamente apartada del juez del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico: ocasionado cuando un juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal que fundamenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo: producido cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o por la existencia de una evidente incongruencia entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido: presente cuando un juez o tribunal, víctima de un engaño, adoptó una decisión que afecta derechos constitucionales.
- f. Decisión sin motivación: consistente en la falta de cumplimiento de la obligación de determinar los fundamentos fácticos y jurídicos de las decisiones, pues la legitimidad de las funciones judiciales radica en la motivación de sus decisiones.
- g. Violación directa de la Constitución, en el entendido de que todo juez está en la obligación de observarla a fin de garantizar los derechos de las personas”, el texto subrayado me corresponde.

Por ello en varias sentencias, esta Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, ha señalado que la acción de nulidad (antes de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación se

denominaba “recurso de nulidad”), es considerada como la única vía legal para atacar un laudo arbitral, y por lo tanto es extraordinaria y limitada, por decisión del legislador; la misma que ha sido concebida como mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral más no como vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo. Por eso, las causales para acudir a la acción de anulación son restringidas si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia, o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Tesis, que se sustenta en lo que señalan: el tratadista Roque Caivano en su texto “Arbitraje” (Vilella Editor, Buenos Aires, 2000:288-289), que determina: “El objetivo de esta instancia, como surge de las causales que la habilitan, no es el de revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino controlar que éstos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que las legislaciones han considerado indispensables para la buena administración de justicia [...] Dado que el arbitraje supone el sometimiento a jueces privados y la renuncia de las partes a ser juzgados por los órganos estatales, es natural que el legislador haya querido rodear al arbitraje de ciertas garantías, que impone como condición de validez de la decisión de los árbitros”; y, el peruano Esteban Alva Navarro en su texto “La anulación del Laudo” (Palestra Editores S.A.C. 2011:156), que sostiene: “la legislación interna se encarga de prohibir bajo la responsabilidad, al juez que conoce el recurso de anulación pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral-; disposición que, como es fácil de imaginar, ha sido usada un sinnúmero de veces para afirmar la existencia de una especie de blindaje legal a la motivación expuesta por los árbitros, y no solo por la prohibición textual que esta norma impone al juzgador de analizar la motivación del árbitro, sino también porque se piensa que someter a control la justificación del laudo implicaría calificar el criterio adoptado por el tribunal arbitral, involucrarse en el fondo de la controversia, y vulnerar con ello el principio de irreversibilidad del criterio del árbitro. Esto sumado a la carencia de una referencia expresa a la motivación dentro de las causales de anulación regladas, ha constituido el principal argumento para desestimar la posibilidad de que un laudo pueda ser invalidado por el juez en base a defectos en su motivación”

4.2.- En lo que respecta al segundo motivo de nulidad alegado por la parte actora, también se lo rechaza, por cuanto la supuesta violación del “ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, no consta dentro de los preceptos establecidos en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; pues como se dijo en líneas precedentes, la acción de nulidad del laudo arbitral procede solo cuando los árbitros en los procesos arbitrales incurrir en las causales determinadas en dicha norma; lo que impide que los justiciables puedan adoptar otras hipótesis como fundamento de la nulidad, a pesar de la relevancia que tiene la autonomía de la voluntad en materia arbitral.

Por último es ilógico que se pida la nulidad parcial del laudo arbitral por indebida motivación, ya que esta garantía constitucional incide en la totalidad de la sentencia y no solo en la parte que le beneficia al actor; así lo ha señalado la Corte Constitucional en diversas resoluciones, al establecer que las partes expositiva, considerativa y resolutive forman un todo indivisible que responden al principio de unidad




del fallo (sentencia No. 031-14-SIS-CC dictada dentro del caso No. 0062-10-IS).

5.- DECISIÓN.

Por lo expuesto ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se desecha la acción de nulidad propuesta en contra del laudo arbitral de 29 de agosto de 2018 a las 14h00 y el auto de 3 de septiembre de 2018 mediante el que se niega el recurso de aclaración y ampliación propuesto por CONOCEL, en el juicio arbitral No. 005-2016 seguido por la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A.-CONECEL, debidamente representado por su Procurador Judicial, el doctor Eduardo Carmigniani Valencia; en contra de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL debidamente representada por su Director Ejecutivo, el ingeniero Edwin Hernán Almeida Rodríguez y en consecuencia dispongo su archivo.- NOTIFÍQUESE.

f).- ARRIETA ESCOBAR JULIO ENRIQUE, PRESIDENTE

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

  
LEMA OTAVALO MARÍA BLANCA  
SECRETARIA



