



(ARCHIVO-SECRETARIA)

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 17100202000027

Casillero Judicial
Casillero Judicial Electrón
casillajudicial@arco.

Fecha: martes 16 de agosto del 2022

A: AGENCIA DE REGULACION Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL

Dr/Ab.:

PRESIDENCIA

En el Juicio Especial No. 17100202000027 , hay lo siguiente:

VISTOS: En lo principal, siendo el estado de la presente acción de Nulidad de Laudo Arbitral, el de emitir de manera motivada la sentencia, en estricta aplicación a lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y de acuerdo a lo establecido en el Art. 93 del Código Orgánico General de Procesos se considera lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:**[1.1] Identificación de la parte accionante y la parte accionada:**

Comparece ante el órgano jurisdiccional el Ab. Jorge Pinos Galindo, entonces Director de Patrocinio y Coactivas y como tal delegado del Director Ejecutivo de la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES (en adelante ARCOTEL), proponiendo la presente Acción de Nulidad de Laudo Arbitral en contra de OTECEL S.A., representada legalmente por Andrés Francisco Donoso Echanique.

[1.2] Acción y Contradicción:

[1.2.1] Acción de Nulidad. La ARCOTEL solicita la nulidad del Laudo Arbitral de fecha 02 de diciembre del 2019, emitido dentro del proceso arbitral No. 001-2018 por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción, conformado por el Dr. Diego Peralta Valenzuela, Presidente, Dr. Hernán Pérez Loose, Arbitro; y, el Dr. José Javier Jarrin, Arbitro (voto salvado), al amparo de la causal contenida en el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, refiriendo en la parte pertinente de la demanda y del escrito que la aclara y completa, lo siguiente:

"...PRIMERO. - El artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en su letra d), tiene dos presupuestos para solicitar la nulidad de laudo arbitral, que a saber son: (i) "El laudo se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje..."; y, (ii) "...se conceda más allá de lo reclamado."

SEGUNDO. - La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, considera, argumenta y probará que, la demanda arbitral presentada por OTECEL S.A. y tramitada en el CIAM, estableció como pretensión, en lo que nos ocupa en esta nulidad:

"(ii) El cumplimiento del Contrato de Concesión, declarando que la ARCOTEL impuso indebidamente intereses de mora, dando efecto retroactivo tanto a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Disposición General Tercera) como al 'Procedimiento para Ejecutar la transferencia al Estado, de Saldos Remanentes de Recargas en los Planes tarifarios (prepago y pos pago) de los Abonados y Clientes del Servicio Móvil Avanzado' -Resolución ARCOTEL 2017-1031-, respecto de saldos de recargas dejados por los ex clientes, que no solicitaron su devolución, desde el 30 de noviembre de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2017, **conforme consta en el requerimiento de pago de la ARCOTEL**."

TERCERO. - De su parte, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en su proposición arbitral estimó que, ese "requerimiento de pago", constituye un acto de administración; y por tanto, expuso con claridad como excepción previa la "**Incompetencia por materia que no es de competencia del tribunal arbitral**", puesto que la Resolución No. ARCOTEL-2017- 1031 y los actos administrativos y actos de simple administración derivados de dicha norma (Oficio No. ARCOTEL-CADF-2017-O136-OF, de 10 de noviembre de 2017, el requerimiento de pago de lo adeudado por OTECEL S.A. por concepto de saldos remanentes), cuyo efecto sería la declaratoria de ilegalidad de la ejecución de la garantía contractual y una eventual devolución de los valores ejecutados, corresponde a un control de legalidad de actos normativo y administrativos que emitió el Estado y que no son objeto de competencia del Tribunal Arbitral.

CUARTO. - En este sentido, el laudo arbitral del cual se presenta la acción de nulidad, identifica el siguiente texto: "35. En todo caso, el Tribunal advierte que ambas partes coinciden en que la disputa que ha surgido entre ellas es de naturaleza contractual, pues, gira alrededor de la interpretación que la Demandada ha dado estipulaciones pactadas en el contrato, así como a resoluciones dictadas por ella, mismas que tienen su origen precisamente en la existencia de una relación contractual entre ambas. En otras palabras, la disputa entre las partes no cabría de no existir o mediar entre ellas una relación contractual. En dicha relación contractual la que supone la disputa que hoy este tribunal debe resolver..."

"41. Se advierte que esta controversia admite tres etapas en cuanto a la normativa que le es aplicable, a saber: una primera etapa, que va desde el 30 de noviembre de 2008 hasta el 18 de febrero de 2015, durante la cual la ley no establece respecto de los saldos no consumidos del precio de compra de servicio telefónico pagado por anticipado, y a cuyo respecto la CONATEL emitió una instrucción para que la Actora procediera a abonar estos saldos a la entidad que la propia CONATEL definiera, en un plazo de 90 días desde que se haya generado la causal de devolución (que explica), sin que nunca esta procediera a designar dicha entidad;..."

"44. Por virtud de este pago anticipado, en la primera etapa que hemos definido, el cliente entregado al Estado dichos pagos anticipados, a cambio de su derecho a usar el servicio contratado. El cliente no queda obligado a usarlo y podía o no hacerlo. Al efectivo de lo anterior, el cliente muchas ocasiones dejó de ejercer su derecho por el total de tiempo contratado y simplemente lo abandonó en todo o en parte. El

prestador, por su parte, recibía quedaba posesión de los mismos pagos con ánimo de señor y dueño, lo que se reflejaba en el tratamiento contable que la compañía dio a dichos pagos durante ese tiempo, según queda demostrado en autos. De conformidad con el artículo 715 del Código Civil ecuatoriano, '[e]l poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.' En otras palabras, para que el prestador del servicio pierda la posesión de los valores, era necesario que alguien más justifique ser el verdadero dueño de estos."

QUINTO. - Al haberse reclamado en contra de una norma (derecho positivo) (Resolución No. ARCOTEL-2017-01031) y actos administrativos y actos de simple administración (Oficio No. ARCOTEL- CADF-2017-O136-OF, de 10 de noviembre de 2017, el requerimiento de pago de lo adeudado por OTECEL S.A. por concepto de saldos remanentes), nos encontramos frente al primer presupuesto de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

SEXTO. - Para el segundo presupuesto de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tenemos una situación ultra petita para la acción de nulidad propuesta por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

SÉPTIMO. - Para este presupuesto (ultra petita), debemos observar lo que establece el laudo del cual se solicita la nulidad en esta causa judicial. Así tenemos en el texto de la decisión arbitral:

"44." Que "Por virtud de este pago anticipado, en la primera etapa que hemos definido, el cliente entregado al Estado dichos pagos anticipados, a cambio de su derecho a usar el servicio contratado. El cliente no queda obligado a usarlo y podía o no hacerlo. Al efectivo de lo anterior, el cliente muchas ocasiones dejó de ejercer su derecho por el total de tiempo contratado y simplemente lo abandonó en todo o en parte. El prestador, por su parte, recibía y quedaba en posesión de los mismos pagos con ánimo de señor y dueño, lo que se reflejaba en el tratamiento contable que la compañía dio a dichos pagos durante ese tiempo, según queda demostrado en autos. De conformidad con el artículo 715 del Código Civil ecuatoriano, '[e]l poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica hacerlo.' En otras palabras, para que el prestador del servicio pierda la posesión de los valores, era necesario que alguien más justifique será el verdadero dueño de éstos." con lo que resuelve que "...Respecto de las sumas correspondientes de los dineros entregados por los clientes a la Demandante en concepto de recarga o de pago anticipado de los servicios de telefonía celular durante la etapa 1, esto es, desde el 30 de noviembre de 2008 y hasta el 17 de febrero de 2015, la Demandante, esto es, la compañía OTECEL S.A. no tiene obligación alguna de devolverlas a su cliente ni de transferirlos a la ARCOTEL al Presupuesto General del Estado ni a persona alguna, puesto que fue el precio legítimamente recibido a cambio de la venta de un servicio de telefonía. Cuestión que nos dice relación con la decisión legítima de adquirente de dicho servicio, de hacer uso de él o no, ya que se constituyó en su dueño, al pagar su precio por adelantado. Por lo mismo, el precio recibido por la venta del servicio, pertenece al vendedor legítimo del mismo, más allá del uso que el dueño del servicio quiera o no hacer de él." (Consta en la letra [a] párrafo nueve del romano "V" titulado "RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL".

OCTAVO. - Como podemos apreciar de los textos transcritos, tenemos -en resumen- por una parte, la existencia de una interpretación del Estado ecuatoriano, realizada por autoridad competente (el entonces Consejo Nacional de Telecomunicaciones

CONATEL), constante en la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013, de 20 de diciembre de 2013, que claramente determina que "...los recursos correspondientes a los saldos no reclamados por los clientes no son parte de los ingresos de dichas operadoras en razón de que no corresponden a servicios efectivamente prestados a los abonados, clientes o usuarios, es decir, pertenecen a terceros..." (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original), mientras que por otra parte, el laudo arbitral, establece que dichos saldos, le pertenecen a OTECEL S.A., que "...se constituyó en su dueño..", por haberlos registrado contablemente.

Si revisamos las pretensiones de OTECEL S.A. en su acto de proposición arbitral, tenemos que en ninguna de ellas, consta impugnación alguna o requerimiento para que se modifique la Resolución No. TEI-01-01-CONATEL-2012; y, la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013, en la que, siendo la extensión de la interpretación primigenia contenida en la Resolución No. TEI-01-01-CONATEL-2012, determinó que "...los recursos correspondientes a saldos no reclamados por los clientes no son parte de los ingresos de dichas operadoras en razón de que no corresponden a servicios efectivamente prestados a los abonados, clientes o usuarios, es decir, pertenecen a terceros,..."

NOVENO. - Al no haberse pretendido por parte del actor del proceso arbitral (OTECEL S.A.), la interpretación con fines de modificación de la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013, de 20 de diciembre de 2013; y el Tribunal Arbitral decidió modificar dicha Resolución, nos encontramos frente al segundo presupuesto de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

DÉCIMO. - **ACLARACIÓN DEL ACTO DE PROPOSICIÓN DE ARCOTEL** - De lo expuesto, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, concordante con el acto de proposición, aclara que la causal de nulidad del laudo arbitral propuesto en contra de aquel signado con el número 001-2018 tramitado en el Centra Internacional de Arbitraje y Mediación -CIAM-, corresponde a los dos presupuestos de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, siendo estas, que "El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje..."; y, "...se conceda más allá de lo reclamado", bajo los argumentos primigenios del acto de proposición de la acción de nulidad; y aquellos expuestos en resumen en esta aclaración; pues estos presupuestos, no son incompatibles o excluyentes entre sí.

(...) 10.1 Atendiendo a la verdad procesal, la existencia de los vicios que provocan la nulidad del laudo arbitral dictado en esta causa, contenida en los dos presupuestos de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pretendemos como Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones que el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, aceptando totalmente la acción de nulidad planteada, en sentencia declare la nulidad del laudo dictado en la causa 001-2018; y por consiguiente, se declara la falta de validez y eficacia de lo resuelto por el Tribunal Arbitral por ser un laudo viciado.

10.2 Aceptando la demanda de nulidad de laudo arbitral, se ratifique la legalidad y ejecutoriedad del acto normativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-2017-1031; y el acto administrativo contenido en Oficio No. ARCOTEL-CADF-2017-0136-OF, de 10 de noviembre de 2017, incluyendo sus alcances; y por consiguiente, que la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato de concesión, es conforme a Derecho y corresponde al pago de lo adeudado al Estado ecuatoriano..."

[1.2.2] Contestación: Una vez citada la parte demandada OTECEL S.A., en legal y debida forma (fs. 1458), comparece al proceso dentro del término oportuno y contesta la demanda interpuesta por ARCOTEL, principal y expresamente en los siguientes términos:

“...42. A partir del numeral 6.4 de acción de nulidad, ARCOTEL argumenta que se habría configurado una supuesta eliminación de actos administrativos y normativos dictados, en su momento, por ARCOTEL, indicándose que el laudo habría realizado un control de legalidad de los mismos.

43. Como costa de la demanda y del laudo arbitral, de su parte considerativa y resolutive, OTECEL no demandó ni impugnó, por vía de acción de impugnación administrativa, ni de otra forma, los actos normativos emitidos por CONATEL o por la ARCOTEL. Tanto la demanda como el laudo giran exclusivamente en torno a temas de carácter contractual, a la indebida interpretación de sus cláusulas y a la forma contraria a los derechos de OTECEL en que se ejecutó la garantía contractual.

44. Las resoluciones del CONATEL y de ARCOTEL, respectivamente, se mencionan en la demanda arbitral (i) como antecedentes necesarios para mejor comprender el tema de la violación del Contrato, (ii) como elementos que configuran la controversia; (iii) porque esas resoluciones contienen la interpretación indebida de sus cláusulas y la pretensión de materializar dicha interpretación, incluso a costa de considerar que la Disposición General Tercera es de aplicación retroactiva estableciendo los perceptores y, (iv) porque de aquellas disposiciones nace la imposición de intereses de mora sin fundamento, en forma contraria a la Cláusula del Contrato de Concesión.

45. Todo lo anterior conforme consta en la narración de los antecedentes y la descripción y fundamentación de las afectaciones del Contrato. Pero, cosa distinta habría sido demandar la nulidad de los actos normativos o su ilegalidad en abstracto, como sostiene ARCOTEL en la acción de nulidad. Esto nunca ocurrió, y a nada de eso se refiere tampoco el laudo.

46. Pese a ello, la acción de nulidad incurre en confusión esencial, tanto en sus enunciados y fundamentos. En efecto, en las pretensiones, que constan en el acápite 10.2 de la demanda, ARCOTEL pide que la Presidencia de la Corte Provincial, en sentencia declare la nulidad del laudo arbitral:

"Aceptando la demanda de nulidad del laudo arbitral se ratifique la legalidad y ejecutoriedad del acto normativo contenido en la Resolución ARCOTEL-2017-1031; y el acto administrativo contenido en el oficio N° ARCOTEL-CADF-2017-0136-OF, de 10 de noviembre de 2017, incluyendo sus alcances, y por consiguiente que la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato de concesión, es conforme a Derecho y corresponde al pago de lo adeudado al Estado ecuatoriano.

47. Esta solicitud es absolutamente improcedente puesto que la Resolución 2017-1031 fue declarada ilegal por el Tribunal Contencioso con sede en Guayaquil, conforme se detalló en los párrafos 31 y 32 de esta contestación. Llama la atención que conoce muy bien de esta situación, y a pesar de eso en la pretensión de la acción de nulidad pretende inducir a error a su autoridad pidiendo que se declare la vigencia de una resolución que a la fecha está expulsada del ordenamiento jurídico.

48. Las alegaciones y las peticiones que, en este punto, realiza la ARCOTEL son contradictorias y carentes de todo fundamento. Al respecto, alego:

i. La acción de nulidad de un laudo arbitral no puede contener pretensión alguna

dirigida a restaurar la legalidad y ejecutoriedad de un acto normativo ni de un acto administrativo; el artículo 31 de la LAM es muy claro al respecto, como se analiza más adelante; este tema no es materia de nulidad del laudo.

- ii. Lo que propone la acción de nulidad de ARCOTEL en esta parte es que el juzgador, Presidente de la Corte Provincial, a título de nulidad del laudo arbitral, actúe fuera de su competencia, ya que el tema que se pretende, (ratificación de la legalidad y ejecutoriedad del acto normativo y del acto administrativo) corresponde a los jueces de las salas de lo contencioso administrativo, de conformidad con la Ley. (Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial), siempre que no se haya configurado una controversia contractual. El presidente de la Corte Provincial no tiene competencia para lo que ARCOTEL pide en acápite 10.1 de la acción de nulidad;*
- iii. El laudo arbitral en ninguna parte, ni directa ni indirectamente, alude a control de la legalidad como se sostiene, ya que tanto en sus considerandos, como en parte resolutive, se atiende a temas contractuales exclusivamente y a resolver controversia de orden contractual.*
- iv. Las controversias contractuales están sometidas, por la voluntad de las partes, a la resolución del Tribunal Arbitral, como lo determinan las Cláusulas 68. 2 y 68.6 del Contrato.*
- v. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la LAM, el Presidente de la Corte Provincial es competente para conocer y resolver únicamente las acciones de nulidad de laudos arbitrales, cuando se configure una de las causales previstas en tal norma. Esa competencia no se extiende, como pretende ARCOTEL, a la "ratificación de la legalidad y ejecutoriedad" de actos normativos o de actos administrativos como pretende ARCOTEL, asunto absolutamente extraño al Contrato, a la controversia y al laudo arbitral. (...)*

51. La pretensión de ARCOTEL contradice frontalmente el principio de taxatividad que establece la LAM, en el artículo 31 y que exige la Corte Constitucional para la fundamentación de una acción de nulidad. Es evidente que en la demanda de nulidad que contesto se pide que el Presidente de la Corte Provincial se aparte de lo que expresamente dispone artículo 31 de la LAM, lo que además, constituye una clara afectación al derecho a la seguridad jurídica de OTECEL, garantizado en la Constitución, como bien se afirma en el fallo del órgano de control constitucional en el Ecuador.

52. Por otra parte, debe advertirse, señor Presidente, que para sustentar la supuesta eliminación de un acto administrativo, como alega sin fundamento, ARCOTEL realiza una cita textual de la sentencia dictada en el caso 17100-2018-00006 de un caso ajeno a la controversia que se discute en este momento. Con ello, la ARCOTEL pretende que la referencia a una sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha sea, por sí sola, un argumento válido para demostrar la supuesta configuración de la causal. La cita de una sentencia de la Corte Provincial de Pichincha, que no constituye precedente obligatorio, que no es jurisprudencia, abarca, en la demanda de ARCOTEL, casi la totalidad de la argumentación del presunto vicio que alega haberse configurado en el laudo arbitral.

Esto constituye evidencia de la falta de fundamentos reales de la acción de nulidad, que, como queda dicho, se aparta del principio de taxatividad expresa de las causales en el artículo 31 de la LAM, así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que, está sí, tiene carácter determinante sobre las actuaciones judiciales.

55. En este mismo orden de ideas, destaco que ARCOTEL en la acción de nulidad que ahora contesto reconoce expresamente, en el numeral 6.5.1.1.2, de la acción de nulidad que:

"El propio laudo arbitral al que se presente (sic) la acción de nulidad, señala y reconoce la existencia del acto normativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-2017-1031 y el acto administrativo contenido en el Oficio No. ARCOTEL-CADF-2017-0136-OF, de 10 de noviembre de 2017 (requerimiento de pago)."

56. Más adelante, en el numeral 6.5.1.1.3 de la acción, la ARCOTEL, después de citar fragmentos de los párrafos 42 y 48 del laudo arbitral, sostiene que dicha decisión del Tribunal:

"establece un control de legalidad en contra de acto normativo y acto administrativo, lo cual, no está dentro de la esfera de su competencia, sino, dada al tribunal de lo contencioso administrativo en donde se radique la competencia por sorteo de ley."

57. Esta aseveración es absolutamente inconsistente, y es cierta argumentación arbitraria, ya que de la lectura íntegra del laudo arbitral no se puede concluir que el laudo haya realizado examen alguno de la legalidad de actos de ARCOTEL, y menos aún que haya determinado su ilegalidad. Es suficiente leer la demanda, sus conclusiones, así como sus pretensiones, para desechar semejante teoría del inexistente examen de la legalidad de tales actos.

58. Por otra parte, y en forma inconsistente y contradictoria, ARCOTEL en el párrafo 6.4.1.2.9, de la acción de nulidad, textualmente dice:

"Si revisamos las pretensiones de OTECEL en su acto de proposición, tenemos que en ninguna de lo transcrito en el numeral 6.1.3 de este acto proposición de acción de nulidad de laudo arbitral, (sic) tenemos impugnación alguna o requerimiento para que se modifique la Resolución No. TEL 01-01-conatel- 2012, y la resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013..."(sic)

59. OTECEL, en ningún momento, ha desconocido la existencia de los actos emanados del extinto CONATEL y de ARCOTEL. La controversia es sobre los efectos que tales actos producen sobre el contrato que se origina en la interpretación contractual y luego en la pretensión de materializar dicha interpretación.

60. **En conclusión**, pongo de relieve que tanto los antecedentes de la demanda arbitral, como la configuración de la controversia, las pruebas, la argumentación y las peticiones de OTECEL, nunca se apartaron de consideraciones contractuales. No se refieren ni impugnan temas de legalidad de las resoluciones mencionadas. Eso no implica objeción alguna a la legalidad de las resoluciones, sino a sus efectos sobre el Contrato para una de las partes (OTECCEL), debido a que la alteración del Contrato por las actuaciones de ARCOTEL, provocaron efectos lesivos no contemplados en el Contrato.

61. Por ello, la argumentación de un supuesto control de legalidad de actos normativos y administrativos de ARCOTEL es confusa, insuficiente, lo que, consecuentemente, implica que tal supuesto vicio no se haya configurado en el laudo.

62. La pretensión contenida en los acápites 10.1 y 10.2 de la acción de ARCOTEL no proceden y debe desecharse, si se considera, además que el artículo 31, literal d) de la LAM establece como causal de nulidad que se trate de asuntos no sometidos a arbitraje. Está suficientemente probado que (i) la controversia es de carácter contractual; (ii) que la cláusula arbitral incluye los temas materia de tal controversia; (iii) que la propia ARCOTEL, en Resolución 009-6- ARCOTEL-2015, de 28 de agosto de 2015, admitió que, en virtud de la Cláusula 68.6 "existe una renuncia expresa de las partes a acudir a la justicia ordinaria respecto de las controversias que surjan de la "ejecución contractual"; (iv) En varios casos, la Presidencia de la Corte Provincial ha reconocido sin reservas, la competencia de los tribunales arbitrales en casos disputados entre OTECEL y ARCOTEL.

6.2.- Inexistente concesión ultra petita a las pretensiones de OTECEL en el laudo arbitral.-

63. En primer término, destaco que si bien la ARCOTEL, como se explica más adelante, en la parte narrativa de la acción de nulidad, realiza alegaciones respecto a la presunta configuración de la causal de nulidad por ultra petita, no consta entre las pretensiones concretas (párrafos 10.1 y 10.2) de la acción de nulidad, petición alguna para que se declare la nulidad del laudo arbitral por esa presunta causal. Esta omisión de ARCOTEL constituye un vicio de la acción de nulidad que debe considerarse al momento de resolver y desechar la acción. (...)

70. Si se comparan las pretensiones que contiene la demanda arbitral, que obra del expediente, con lo resuelto por el Tribunal Arbitral en el Laudo, se verá que existe absoluta consonancia entre los dos instrumentos. Esto consta de la lectura y análisis del párrafo 49, literales a), b), c), d), y e) del laudo arbitral, de 2 de diciembre de 2019, voto de mayoría.

71. Para sustentar la supuesta configuración de la causal ultra petita, prevista en literal d) del artículo 31 de la LAM, ARCOTEL, debía demostrar, con cada pretensión y con referencia a un texto específico del laudo, la forma en que se produjo el presunto vicio de incongruencia. Esta exigencia de orden lógico y procesal, ARCOTEL no cumple. (...)

73. ARCOTEL se limita a citar las resoluciones dictadas por el ex CONATEL y por la actual ARCOTEL, cláusulas del Contrato de Concesión y el párrafo 44 del laudo arbitral, así como la transcripción de las pretensiones de OTECEL, tal transcripción consta en el numeral 6.1.3 del escrito de acción de nulidad. Pero lo que se omite es la identificación y sustento de como el laudo arbitral habría excedido las pretensiones de OTECEL. (...)

77. Con todos los antecedentes de hecho y de derecho que se han expuesto, solicito señor Presidente, que previo el trámite correspondiente, se sirva desechar en sentencia la acción de nulidad planteada por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones (ARCOTEL), en contra del laudo de mayoría dictado el 2 de diciembre del 2019, por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de las Cámaras de Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción proceso signado con el número 001-2018..."

[1.3] Audiencia Única: Trabada así la Litis, de acuerdo al procedimiento establecido en la Resolución No. 08-2017 de la Corte Nacional de Justicia, concretamente en el Art. 1.4 de la referida resolución, se ha convocado a Audiencia Única, a la que han comparecido las partes y sus defensores técnicos. Una vez que han sido

escuchados por la autoridad en igualdad de condiciones, habiendo el Juzgador formado criterio, ha emitido su decisión en forma oral, la cual corresponde notificar por escrito a las partes procesales:

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCION DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

PRIMERO: Competencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

En virtud de la acción de personal No. 00499-DP17-2022-MS, de 17 de enero del 2022, se me ha nombrado Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por lo esta Autoridad se encuentra embestido de la competencia para conocer la acción de nulidad del laudo arbitral, en mérito a lo establecido en el Art. 210 y 212 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que en su parte pertinente dispone: *"...Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. (...)"*

SEGUNDO: Validez procesal: En la tramitación de esta causa, se han observado los lineamientos establecidos por la Resolución No. 08-2017 de la Corte Nacional de Justicia en la que se emiten las *"REGLAS PARA EL TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL"* así como las normas pertinentes y aplicables del Código Orgánico General de Procesos, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna o vulnerado algún derecho constitucional que pueda afectar su validez, ante lo cual se declara válido todo lo actuado.

TERCERO: Fundamentación Constitucional, Legal, Doctrinaria y Jurisprudencial referente a la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral:

[3.1] La naturaleza del Arbitraje: El arbitraje es un medio de solución de conflictos asentado en la autonomía de la voluntad de las partes, entendida como *"aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades"*, que constituye su esencia y su fundamento, con todo lo que supone de renuncia a la jurisdicción estatal por la función del árbitro o de los árbitros y de equilibrio entre la justicia privada y la pública. (Pérez, Ana Fernández. "La Autonomía de La Voluntad En El Arbitraje." *El Arbitraje Entre La Autonomía de La Voluntad de Las Partes y El Control Judicial*, 1st ed., J.M Bosch, 2017, pág. 17).

La Constitución de la República del Ecuador reconoce expresamente al Arbitraje como un mecanismo válido para la solución alternativa de conflictos, en su Art. 190 contenido en la Sección Octava del Capítulo IV del Título IV que dispone: *"...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 ..."*, se rige por lo establecido en el texto de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM), la cual se inclina a favorecer el desarrollo del arbitraje y su eficacia

Las controversias sometidas a este método alternativo de resolución de conflictos, por voluntad de las partes, se sustraen del sistema estatal de administración de justicia, para atribuir las a particulares, quienes, en virtud de la facultad otorgada por las partes en conflicto, ejercen esa función de tipo jurisdiccional en estos casos. Las partes aceptan con ello el precepto legal de que los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y que son inapelables, conforme lo establecen los Arts. 30 y 32 de la LAM.

Los árbitros actúan frente a la voluntad mutua de las partes, y de acuerdo a ello decidirán el conflicto puesto en su conocimiento en equidad o en derecho, conforme hayan acordado las partes de acuerdo a lo previsto en el Art. 3 de la ley antes invocada, debiendo hacer hincapié, que si las partes deciden que el arbitraje sea en derecho, los árbitros deberán ser abogados y resolver conforme a la ley, a la jurisprudencia y a la doctrina, respetando los principios del debido proceso.

[3.2] De la naturaleza del Convenio Arbitral.

Según el Art. 5 de la LAM, el Convenio Arbitral es el acuerdo escrito, en el cual las partes deciden voluntariamente 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, a lo que se le denomina cláusula arbitral. Por efecto del convenio arbitral no es posible someter el caso a la justicia ordinaria, salvo renuncia expresa o tácita de las partes.

Sin embargo, se ha establecido una clásica división entre cláusula arbitral y compromiso arbitral, cuya diferencia sustancial entre ambas figuras se ha establecido en que la primera se relaciona con controversias futuras y por tanto debe contarse con un convenio arbitral antes de que surja la misma, mientras la segunda se refiere a controversias presentes que incluso pueden estar sometidas a la justicia ordinaria, en las que las partes pueden acordar someterse al arbitraje solicitando el archivo del expediente judicial, conforme lo determina el mismo Art. 5 de la citada ley, determinando los mismos efectos para los dos casos.

En la especie, mediante escritura pública celebrada el 20 de noviembre de 2008, ante el doctor Fernando Arregui Aguirre, Notario Trigésima Novena del Cantón Quito, inscrita el 22 de noviembre de 2002 en el Registro de la Propiedad del mismo Cantón, la entonces Secretaría Nacional de Telecomunicaciones SENATEL y la empresa OTECEL S.A., celebran 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 (fs. 6 a 56), en el cual, se encuentra contenido el convenio arbitral identificado en la cláusula: "... *Cláusula sesenta y ocho.- solución de Controversias.- SESENTA Y OCHO PUNTO UNO (68.1).- Cualquier controversia que surja con relación a la ejecución del presente Contrato, y cualquier aspecto y relativo a su existencia, validez, podrá ser resuelta amistosamente por las Partes mediante consultas, intervención de peritos y negociaciones informales directas entre ellas, o ante el Centro de mediación de la Procuraduría General del Estado, con sujeción a los procedimientos de mediación establecidos en la reglamentación del Centro de Mediación antes referido, salvo las*

excepciones previstas en el presente Contrato. SESENTA Y OCHO PUNTO DOS (68.2) Si las Partes no resuelven la controversia en forma amistosa directa o en la 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 la controversia, plazo que podrá ser ampliado de común acuerdo, las Partes acuerdan someter las desavenencias que deriven de la ejecución del presente Contrato, a la resolución de un Tribunal de Arbitraje Administrado sujeto a la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador y a las siguientes reglas (...). SESENTA Y OCHO PUNTO SEIS (68.6) (...) c) El arbitraje realizado de conformidad con esta Cláusula será el único y exclusivo foro competente para la resolución de las controversias. Por lo tanto, las Partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y no podrán alegar en su defensa incompetencia del Tribunal de Arbitraje ni inmunidad soberana, ni sujeción a jurisdicciones distintas previstas en acuerdos de protección recíprocas de inversiones u otros instrumentos celebrados por la República del Ecuador o cualquier otra excepción semejante que cuestione la competencia exclusiva y excluyente del Tribunal de Arbitraje, en cualquier procedimiento de solución de las controversias con las excepciones previstas en este Contrato..." (fs. 52 y 53) (lo resaltado me corresponde), de ahí que se realizó la habilitación al Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción, conformado por el Dr. Diego Peralta Valenzuela, Presidente, Dr. Hernán Pérez Loose, Arbitro; y, el Dr. José Javier Jarrín, Arbitro.

Además hay que hacer mención, que en la presente causa nos encontramos frente a un Arbitraje Administrado en derecho, tal como se desprende de lo antes referido constante en el convenio arbitral.

[3.3] El laudo arbitral y su símil a la resolución judicial.

Conforme se desprende taxativamente del contenido de la causal determinada en el literal d) Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; con lo que se tiene claro, que la acción de nulidad prevista en la invocada norma, se dirige hacia la resolución arbitral, en la cual se debe configurar la causal de nulidad y no en el proceso arbitral, por lo que haciendo el símil con el proceso civil, común u ordinario correspondería a la nulidad de una sentencia.

Ahora bien, es preciso anotar entonces, que existen elementos comunes que deben observarse en laudos arbitrales y sentencia, ya que por ello se le califica como un equivalente jurisdiccional, a pesar de que por el principio de mínima intervención jurisdiccional se ha limitado en el caso del laudo únicamente su revisión a través de la acción de nulidad. Laudo y sentencia tienen un carácter formal, deben cumplir con las garantías del debido proceso y exponer claramente la motivación que condujo una decisión.

Finalmente, y lo que es motivo de análisis en el caso que nos ocupa, es que tanto el laudo como la sentencia, se rigen en virtud del principio dispositivo, deben honrar la identidad entre lo controvertido o solicitado en el proceso y lo resuelto.

[3.4] Sobre la naturaleza de la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral.

Como habíamos señalado en líneas anteriores, la naturaleza convencional y alternativa del arbitraje, exige un mínimo control judicial de los laudos arbitrales, por

ello la ley no contempla que los mismos sean apelables, y ha definido a la acción de nulidad como el único mecanismo extraordinario y limitado de revisión de la validez del laudo bajo causales taxativamente contempladas en el Art. 31 de la LAM, la cual debe ser conocida por el órgano judicial, siente este el punto de inevitable interacción de la justicia ordinaria con el arbitraje.

La Corte Constitucional del Ecuador, en Sentencia N.º 323-13-EP/19, de 19 de noviembre de 2019, precedente jurisprudencial en el que se aleja de criterios anteriores de la corte, ha ratificado y reconocido el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje: "...34. *Derivado del reconocimiento constitucional a la naturaleza convencional y alternativa del arbitraje, su efectividad también depende un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje. Un control judicial indiscriminado, de oficio, transgrediría el carácter alternativo de este sistema y dejaría sin efecto a la voluntad de las partes. [...]*"

Es por ello menester recalcar que la acción de nulidad no constituye un mecanismo de revisión de la decisión arbitral que actúe como una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo. La acción de nulidad de laudo arbitral, es concretamente un examen posterior de los errores *in procedendo* del fallo. Por lo tanto, no es posible que el órgano judicial entre al análisis de los errores *in judicando* de los árbitros, ya que son cuestiones que afectan al fondo de su decisión, lo cual se decidió en mérito a las competencias del Tribunal Arbitral. Analizando la acción en relación exclusiva a las causales taxativamente contempladas en la ley, a decir de la Corte Constitucional, se garantiza la seguridad jurídica, así lo ha señalado al respecto, en Sentencia N.º 323-13-EP/19, emitida el 19 de noviembre de 2019:

"...27. *Como mecanismo de impugnación, la acción de nulidad está diseñada para examinar vicios inprocedendo en tutela del debido proceso y el derecho a la defensa incurridos en la justicia arbitral.9 En este sentido, el artículo 31 de la LAM prevé una serie de causales taxativas relacionadas a vulneraciones a diferentes elementos del debido proceso arbitral y que, ante su verificación, facultan al Presidente de la Corte Provincial de Justicia respectiva a anular el proceso arbitral hasta el momento anterior al vicio.*

28. *La taxatividad de estas causales de nulidad se justifican en que esto brinda certeza en torno a las exactas situaciones jurídicas que podrían suponer la anulación de una decisión que, al tener efectos de cosa juzgada, ha generado una legítima confianza en las partes procesales sobre determinada situación jurídica. Es por esto que, en materia de nulidades procesales, rige el principio de especificidad, principio que implica que: 'no hay nulidad sin texto; no hay nulidad sin ley'.*

29. *Así, el carácter taxativo de las causales de la acción de nulidad garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las parte procesales del arbitraje, quienes requieren certidumbre sobre las normas jurídicas bajo las cuales se efectuará el control judicial del laudo, así como el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución del Ecuador, según el cual el juez que conoce la acción de nulidad del laudo puede ejercer sólo las competencias y facultades que se le han atribuido en la Constitución y la ley.*

30. *De forma que la acción de nulidad constituye un mecanismo adecuado y eficaz para la tutela del debido proceso arbitral que, necesariamente debe ser agotada cuando la supuesta vulneración se enmarque en una de las causales taxativas del*

artículo 31 de la LAM..."

En conclusión, la competencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia en esta acción, con base en el principio de legalidad que establece que el juez "puede ejercer sólo las competencias y facultades que se le han atribuido en la Constitución y en la ley" (Sentencia Corte Constitucional. Causa No. 323-13-EP. 19 de noviembre de 2019), 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, es decir realizar un examen externo, sin adentrar a considerar o analizar las cuestiones de fondo.

CUARTO: Determinación y Resolución de los problemas jurídicos:

[4.1] En relación a la presente causa, la petición de ARCOTEL, se ampara en la casual contenida en el literal d) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que establece que cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral cuando cito "el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado", causal que se refiere a dos supuestos perfectamente diferenciados: a) Por cuestiones no sometidas al arbitraje, es decir que no están amparados por el convenio arbitral; y, b) Cuando el laudo concede más allá de lo reclamado, es decir que padece de una incongruencia por *extra o ultra petita*.

En lo demás, la parte accionante ha señalado en los argumentos expuestos en su acto de proposición, que la nulidad del laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción, conformado por el Dr. Diego Peralta Valenzuela, Presidente, Dr. Hernán Pérez Loose, Árbitro; y, el Dr. José Javier Jarrín, Árbitro, este último con voto salvado, dentro del expediente signado con el número 001-2018, surte por cuanto: "...
QUINTO. - Al haberse reclamado en contra de una norma (derecho positivo) (Resolución No. ARCOTEL-2017-01031) y actos administrativos y actos de simple administración (Oficio No. ARCOTEL- CADF-2017-O136-OF, de 10 de noviembre de 2017, el requerimiento de pago de lo adeudado por OTECEL S.A. por concepto de saldos remanentes), nos encontramos frente al primer presupuesto de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

SEXTO. - Para el segundo presupuesto de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tenemos una situación *ultra petita* para la acción de nulidad propuesta por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

SÉPTIMO. - Para este presupuesto (*ultra petita*), debemos observar lo que establece el laudo del cual se solicita la nulidad en esta causa judicial. (...)

OCTAVO. - Como podemos apreciar de los textos transcritos, tenemos -en resumen- por una parte, la existencia de una interpretación del Estado ecuatoriano, realizada por autoridad competente (el entonces Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL), constante en la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013, de 20 de diciembre de 2013, que claramente determina que "...los recursos correspondientes a los saldos no reclamados por los clientes no son parte de los ingresos de dichas operadoras en razón de que no corresponden a servicios efectivamente prestados a los abonados, clientes o usuarios, es decir, pertenecen a terceros..." (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original), mientras que por otra parte, el laudo arbitral, establece que dichos saldos, le

pertenecen a OTECEL S.A., que "...se constituyó en su dueño.. ", por haberlos registrado contablemente.

Si revisamos las pretensiones de OTECEL S.A. en su acto de proposición arbitral, tenemos que en ninguna de ellas, consta impugnación alguna o requerimiento para que se modifique la Resolución No. TFI-01-01-CONATEFI-2012; y, la Resolución No. TFI-676-30-CONATEFI-2013, en la que, siendo la extensión de la interpretación primigenia contenida en la Resolución No. TFI-01-01-CONATEFI-2012, determinó que "...los recursos correspondientes a saldos no reclamados por los clientes no son parte de los ingresos de dichas operadoras en razón de que no corresponden a servicios efectivamente prestados a los abonados, clientes o usuarios, es decir, pertenecen a terceros,..."

NOVENO. - Al no haberse pretendido por parte del actor del proceso arbitral (OTECCEL S.A.), la interpretación con fines de modificación de la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013, de 20 de diciembre de 2013; y el Tribunal Arbitral decidió modificar dicha Resolución, nos encontramos frente al segundo presupuesto de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación..."

Con estos antecedentes, se tiene claro que se han realizado alegaciones referentes al primero y segundo presupuesto antes singularizados, los cuales se analizan a continuación:

i. Primer presupuesto: Respecto a las cuestiones no sometidas al arbitraje, es decir que no están amparadas por el convenio arbitral:

Este escenario se configura cuando el tribunal arbitral ha resuelto algo que no se encuentra comprendido en los límites del convenio arbitral, es decir, a las facultades del tribunal para resolver sobre el tema propuesto en la contienda.

La parte accionante ha indicado que la causal invocada se configura por cuanto se ha realizado un reclamo en contra de una norma, esto es, la Resolución No. ARCOTEL-2017-01031 y sobre otros actos administrativos y actos de simple administración, lo cual según su afirmación, constituiría un análisis de legalidad de un acto normativo y acto administrativo, lo cual sería de competencia exclusiva de un Tribunal Contencioso Administrativo. (fs. 1144 vta).

Ante dicho pronunciamiento es importante señalar, en primer lugar, que la acción de nulidad se circunscribe al análisis de las causales taxativamente establecidas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, dentro de las cuales NO se contempla a la competencia del Tribunal Arbitral como una causal de análisis en este tipo de procesos.

Es necesario observar la **Sentencia No. 323-13-EP/19**, emitida el 19 de noviembre de 2019 por la Corte Constitucional a la que en líneas anteriores ya se hizo relación, en la cual la referida corte, enfatiza en la posición de la nueva conformación de la Corte Constitucional, que se aleja de lo señalado en la sentencia No. 302-15-SEP-CC, que permitía al juez apartarse de la literalidad de las causales previstas en la norma antes indicada, toda vez, que esto atenta el principio de mínima intervención judicial, que precisamente limita la interferencia injustificada de la justicia ordinaria en el arbitraje, ratificando así que las causales de la acción de nulidad de laudo arbitral tienen carácter taxativo.

Sin embargo, tal como lo plantea el accionante, estas afirmaciones arremeten a una presunta configuración de la causal contemplada en el literal d) del Art. 31 de la LAM, y concretamente al presupuesto de la misma referente al que se haya resuelto sobre

cuestiones no sometidas al arbitraje, es decir, que no estén amparadas por el convenio arbitral. Ante ello es preciso establecer, que el convenio arbitral estatuido por las partes, se encuentra contenido en la cláusula 68 del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado suscrito entre la entonces Secretaria Nacional de Telecomunicaciones SENATEL y OTECEL S.A. de fecha 20 de noviembre del 2008, en el cual, concretamente en la cláusula 68.6 literal c) han establecido: *"...El arbitraje realizado de conformidad con esta Cláusula será el único y exclusivo foro competente para la resolución de las controversias. Por lo tanto, las Partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y no podrán alegar en su defensa incompetencia del Tribunal de Arbitraje ni inmunidad soberana, ni sujeción a jurisdicciones distintas previstas en acuerdos de protección recíprocas de inversiones u otros instrumentos celebrados por la República del Ecuador o cualquier otra excepción semejante que cuestione la competencia exclusiva y excluyente del Tribunal de Arbitraje, en cualquier procedimiento de solución de las controversias con las excepciones previstas en este Contrato..."* (fs. 53 vta.). Por lo que las partes en dicho convenio, se han alejado expresamente de la justicia ordinaria y además han establecido con claridad y de manera taxativa, los asuntos que no podían ser sometidos al arbitraje, que se encuentran detallados en las cláusulas 68.7, 68.8 y 69, prohibiciones dentro de las cuales NO se encuentra el asunto resuelto en el proceso arbitral No. 001-2018

Es importante establecer que el Arbitraje está amparado en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, en donde se reconoce al mismo como un método alternativo de resolución de conflictos, el mismo que se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje y Mediación. El estado, puede acogerse a dicho mecanismo, alejándose de la competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, lo cual claramente se desprende del artículo 126 del Código Orgánico Administrativo en donde trata sobre las controversias del contrato administrativo señalando que: *"... De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva..."*, y es claramente aplicable en los contratos de concesión como ha ocurrido en este caso, por lo que los árbitros pueden resolver todas las controversias que de ellos surjan.

De la revisión del expediente arbitral, se verifica que el Tribunal ha realizado un análisis detallado de su competencia, de los límites y el ámbito del conflicto puesto en su conocimiento, conforme se desprende del Acta de la Audiencia de sustanciación y decisión de competencia que obra a fs. 950 a 956 del expediente arbitral, en donde se ha resuelto precisamente sobre la excepción de incompetencia planteada por ARCOTEL.

No se establece de la revisión del acto de proposición ni del laudo cuya nulidad se pretende, que se haya declarado la nulidad o ilegalidad de un acto administrativo, siendo que el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre una controversia proveniente del convenio celebrado entre las partes.

Es importante además establecer, que la demandada ha señalado que la Resolución No. ARCOTEL-2017-01031, cuya legalidad indica el accionante, se habría revisado en el proceso arbitral, con anterioridad a la emisión del laudo arbitral cuya nulidad se solicita, ha sido declarada ilegal por la justicia ordinaria. Así, de acuerdo a las piezas procesales que obran del proceso arbitral, se ha procedido a la revisión de la

sentencia dictada dentro del proceso subjetivo signado con el No. 09802-2018-00025, en la cual con fecha 18 de octubre del 2018, las 08h41, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil, Provincia del Guayas ha resuelto lo siguiente: "...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", acepta la demanda y declara la ilegalidad la Resolución No. ARCOTEL-2017-1031, por cuanto la administración, pretende cobrar valores retroactivamente a CONECEL, aplicando la DISPOSICIÓN GENERAL TERCERA de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que está vigente desde el 18 de febrero de 2015 y en lugar se dispone que la administración, esto es la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, exija a CONECEL la transferencia de los saldos remanentes de los abonados o clientes, provenientes de las recargas, cuya devolución no haya sido solicitada en el plazo de noventa días contados a partir de la generación de la causal de devolución, serán transferidos por el prestador del servicio al Presupuesto General del Estado, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuyos intereses se generaran, desde que la administración (Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones) cumpla con la expedición del acto normativo que debía emitir según la Disposiciones General Tercera, inciso segundo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones...". (lo resaltado me corresponde). Sentencia que conforme se desprende del historial de la causa se encuentra ejecutoriada habiéndose incluso inadmitido sobre la misma una acción extraordinaria de protección.

Por lo que en ningún momento se observa lo que señala la accionante respecto a la presunta intromisión del tribunal arbitral en aspectos no sometidos al arbitraje, constituyendo su argumento de que en el proceso arbitral se habría revisado la legalidad del acto administrativo, en improcedente.

Dados la forma en que la accionante ha planteado sus alegaciones, se establece que las mismas no apuntan hacia otra cosa, que hacia una pretensión de que esta autoridad realice un análisis de fondo sobre lo resuelto por el tribunal arbitral, lo cual desnaturaliza el objeto de la presente acción. Esto se puede observar de la propia demanda de nulidad, en la cual, como pretensión se hace constar lo que se transcribe a continuación:

"(...) 10.1 Atendiendo a la verdad procesal, la existencia de los vicios que provocan la nulidad del laudo arbitral dictado en este causa, contenida en los dos presupuestos de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pretendemos como Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones que el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, aceptando totalmente la acción de nulidad planteada, en sentencia declare la nulidad del laudo dictado en la causa 001-2018; y por consiguiente, se declara la falta de validez y eficacia de lo resuelto por el Tribunal Arbitral por ser un laudo viciado.

10.2 Aceptando la demanda de nulidad de laudo arbitral, se ratifique la legalidad y ejecutoriedad del acto normativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-2017-1031; y el acto administrativo contenido en Oficio No. ARCOTEL-CADE-2017-0136-OF, de 10 de noviembre de 2017, incluyendo sus alcances; y por consiguiente, que la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato de concesión, es conforme a Derecho y corresponde al pago de lo adeudado al Estado ecuatoriano

...” (lo subrayado me corresponde)

Como se observa, no solamente que se solicita la nulidad del laudo arbitral, sino que se ha requerido que esta autoridad, extralimitándose en su competencia, analice el fondo de la controversia conocida por el Tribunal y emita un pronunciamiento en el que se *“ratifique la legalidad y ejecutoriedad”* de un acto administrativo, que además ya ha sido declarado ilegal por la justicia ordinaria, lo cual es por demás improcedente y desfigura la acción de nulidad atento a lo previsto en el Art. 31 de la LAM.

(ii) Segundo presupuesto: En relación a que el laudo concede más allá de lo reclamado, es decir que padece de una incongruencia por *extra o ultra petita*.

La congruencia de las resoluciones es una consecuencia plenamente derivada del principio dispositivo, previsto en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por ello, si las partes disponen del proceso, también son quienes marcan los límites de la decisión de los árbitros, lo cual implica que estos últimos no pueden conceder ni más ni algo distinto a lo reclamado.

Este escenario previsto en la causal d) del Art. 31 de la LAM, se configura en el laudo arbitral cuando el mismo no contiene relación lógica entre lo que han solicitado las partes en base al principio dispositivo y la decisión arbitral, y en este caso puntual, cuándo se ha otorgado más de lo requerido o algo que no ha sido solicitado. La Corte Nacional de Justicia ha dicho que estos vicios, implican inconsonancia o incongruencia resultante de la confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. Esta incongruencia, que es un error *in procedendo*, puede tener tres aspectos: a) cuando se otorga más de lo pedido que es lo que se denomina *plus o ultra petita*; b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido, *extra petita*; y, c) cuando se deja de resolver sobre algo pedido, *citra petita*; por lo tanto, para analizar si existe uno de estos vicios habría que hacer una comparación entre lo demandado, las excepciones presentadas y lo resuelto en sentencia. El mecanismo lógicamente para hacerlo es la comparación entre la pretensión contenida en la demanda y la parte resolutive del fallo. (Resolución de la Tercera Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional, de fecha 25 de enero de 2007, publicada en la Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 884.).

El Art. 92 del Código Orgánico General de Procesos, aplicable al tema, habla sobre la congruencia de las sentencias, y establece: *“Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.”* Esta normativa implica que lo que haya que resolverse debe necesariamente corresponder entre lo pretendido, controvertido y probado por las partes procesales.

Este principio de congruencia contemplado en nuestra legislación adjetiva civil y que ha sido desarrollado en forma doctrinaria, le obligan al juzgador y en este caso a los árbitros, a enmarcar sus actuaciones y su decisión en observancia al siguiente presupuesto: *“...la correspondencia de las sentencias debe ser con el objeto del proceso concreto. De allí que se pueda conceptualizar la regla de la congruencia de las sentencias expresando que se trata de aquella regla del derecho positivo que impone la necesaria correspondencia de las sentencias con el objeto del proceso, correspondencia que consistirá en que no se deje de resolver sobre todo lo que*

comprende ese objeto ni se resuelva sobre extremos no comprendidos entre él". (lo subrayado me corresponde) (ABAL OLIU, Alejandro "Congruencia de las sentencias", Montevideo- Uruguay, Pág. 16)

Entonces, la congruencia se define: **"...como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. Es pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y más concretamente su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso..."** (GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil, Madrid. Pág. 211-241 y 516 y 518). **"...es un principio especial del proceso referido al acto sentencia y a la función o actividad de satisfacción, de acuerdo al cual las sentencias deben corresponderse o ser conformes al objeto del proceso en que se dictan. Entonces, la congruencia procesal es un principio especial del proceso."** (VALENTIN, Gabriel. "Principio de Congruencia y Regla Iura Novit Curia en el Proceso Civil Uruguayo". Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo-Uruguay, Pág. 102).

Conforme queda establecido de lo manifestado en líneas anteriores, la resolución del árbitro debe atender específicamente al objeto de la contienda arbitral. Tal afirmación nos lleva a concluir a que es preciso determinar qué elementos comprenden el objeto del proceso o de la controversia. Según Gabriel Valentín, en su obra ya citada, pág. 107, que bien puede aplicarse al caso de las decisiones arbitrales, indica: **"En el objeto de cualquier proceso jurisdiccional pueden distinguirse tres cuestiones: por un lado, los "hechos" cuya existencia o inexistencia se afirma, y que forman parte del supuesto de ciertas normas; por otro, las "normas de derecho" que tienen como supuesto ciertas clases de hechos, y a los cuales, de haber ocurrido, le atribuyen ciertas consecuencias jurídicas; finalmente la "solicitud" o "requisitoria" de que se imponga la consecuencia normativa."**

Los hechos son los acontecimientos y circunstancias concretos, determinados en el espacio y tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana que el derecho ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico. El derecho son todas las normas del Derecho Positivo integran el objeto del proceso. Por lo cual si las partes no identifican o identifican erróneamente la norma jurídica, el juez puede de cualquier manera identificarla o individualizarla correctamente, sin incurrir necesariamente en incongruencia. **"Sin embargo, el iura novit curia no habilita al tribunal a relevar hechos diferentes a los alegados ni a resolver sobre requisitorias no formuladas por las partes, por lo que el principio de congruencia es un claro límite a la aplicación de aquella regla."** (Valentín. Ob. Cit. Pág 112). Finalmente la requisitoria o petitorio "petitium", corresponden a la petición concreta que se espera obtener dentro del proceso, las mismas pueden ser meramente declarativas, declarativas y constitutivas o declarativas y de condena, existiendo siempre en el objeto de cualquier proceso al menos una requisitoria meramente declarativa, que bien puede estar sola o acompañada de una requisitoria constitutiva o de condena. En tal virtud, desde este elemento, **"...Para ser congruente la sentencia siempre debe referir – corresponder – a la requisitoria declarativa que forma parte del objeto del proceso (...) en virtud del principio dispositivo, solo las partes pueden introducir al objeto del proceso una requisitoria o petitorio a resolver por el tribunal.."** (Valentín. Ob. Cit. Pág 115).

Es decir, que si bien se puede suplir las omisiones de derecho en la que incurran las

partes procesales (Art. 91 del COGEP), en ninguna circunstancia puede suplir omisiones de los hechos fundamentos de la demanda ni en las pretensiones o requisitoria que es lo que se pretende alcanzar y son concretamente exigidas, los cuales quedan atribuidos únicamente a las partes procesales.

En relación al presente caso y en mérito a lo invocado, el particular sobre el cual este Juzgador, debe ceñir su análisis, corresponde a si las particularidades alegadas determinan o no la configuración de la causal de nulidad argumentada, esto es, de que en el Laudo Arbitral de fecha 02 de diciembre del 2019, emitido dentro del proceso arbitral No. 001-2018, por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción, conformado por el Dr. Diego Peralta Valenzuela, Presidente, Dr. Hernán Pérez Loose, Arbitro; y, el Dr. José Javier Jarrín, Arbitro (voto salvado), se ha incurrido en un vicio *ultra o extra petita* por cuanto se habría pronunciado sobre cuestiones que NO fueron requeridas al plantearse la demanda arbitral, y por tanto, en la causal contenida en el literal d) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, para lo cual es preciso realizar el ejercicio comparativo al que refiere la Corte Nacional de Justicia y la doctrina citada.

Así, de la redacción, texto y exposición de la demanda arbitral, se desprende que OTECEL S.A. ha comparecido ante el Tribunal Arbitral a fin de que se conozca una controversia nacida de la ejecución del antes mencionado contrato de concesión, lo que se evidencia de la pretensión en la que han solicitado claramente que: *"...(i) El cumplimiento del Contrato de Concesión, declarando que la ARCOTEL no aplicó la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC), artículo 31, respecto a la prescripción de los saldos de recargas dejados y no reclamados por los ex clientes (las líneas que no se encuentran catalogadas como activas), desde la fecha de entrada en vigencia del Contrato (30 de noviembre de 2008) hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (18 de febrero de 2015).*

(ii) El cumplimiento del Contrato de Concesión, declarando que la ARCOTEL impuso indebidamente intereses de mora, dando efecto retroactivo tanto a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Disposición General Tercera) como al 'Procedimiento para Ejecutar la transferencia al Estado, de Saldos Remanentes de Recargas en los Planes tarifarios (prepago y pos pago) de los Abonados y Clientes del Servicio Móvil Avanzado' -Resolución ARCOTEL 2017-1031-, respecto de saldos de recargas dejados por los ex clientes, que no solicitaron su devolución, desde el 30 de noviembre de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2017, conforme consta en el requerimiento de pago de la ARCOTEL

"(i) El cumplimiento del Contrato de Concesión, declarando que la ARCOTEL no observó que la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, es aplicable para cumplir obligaciones contractuales pendientes y no es aplicable para cubrir cualquier otra obligación que no consta en el Contrato;

(iv) El cumplimiento del Contrato de Concesión, declarando que la ARCOTEL no observó que los intereses de mora, establecidos en la cláusula 20.2 del Contrato, a la tasa prevista en el artículo 21 del Código Tributario, sólo son aplicables a los incumplimientos de obligaciones Contractuales, y por tanto, no se aplican respecto de cualquier otra obligación que no corresponda al Contrato, como es la establecida en la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

(v) El cumplimiento del Contrato de Concesión, declarando que la ejecución y cobro de la garantía de Fiel cumplimiento del Contrato realizada por la ARCOTEL, violó la cláusula 20.2, en relación con la cláusula 49 del Contrato de Concesión.

(vi) Que se declare que en el lado que la obligación de pago y transferencia que deberá ser OTECEL S.A. al Presupuesto General del Estado, de los valores correspondientes a los saldos dejados por los ex clientes, desde la vigencia de la Disposición Transitoria Tercera de la LOT y que son exigibles intereses de demora solamente si OTECEL S.A. no realiza el pago dentro del plazo que debe otorgar ARCOTEL OTECEL S.A. en el requerimiento de pago, de conformidad con el artículo 59, numeral 9 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

(vii) La devolución a OTECEL S.A. del dinero indebidamente cobrado, mediante la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del contrato, por el monto de US \$4'382.312. A este valor se deberán añadir los intereses por el tiempo que decurra hasta que sea efectiva su devolución. La tasa de interés de devolución a considerarse es la tasa de interés legal.

El valor monetario determinado (US \$4'382.312,06) tiene fundamento en la aplicación de la prescripción establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Defensa del consumidor (ingresos operacionales por prescripción) hasta la fecha en que entró en vigencia la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, más los intereses de mora retroactivos aplicados, entre el 30 de noviembre de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2017 y extendidas hasta su cobro, mediante la ejecución de la garantía contractual...", pretensión que corresponde cotejar con lo resuelto en el laudo cuya nulidad se pretende, que señala:

"...49. En vista del análisis realizado, el tribunal decide acoger parcialmente la demanda, por estimar que la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento por parte de la ARCOTEL fue una violación del contrato, resolviendo lo siguiente:

a) Que respecto de las sumas correspondientes a los dineros entregados por los clientes a la Demandante en concepto de recarga o de pago anticipado de los servicios de telefonía celular durante la etapa 1, esto es, desde el 30 de noviembre de 2008 y hasta el 17 de febrero de 2015, la Demandante esto es la compañía OTECEL S.A. no tiene obligación alguna respecto de devolverlas a su cliente ni de transferirlas a la ARCOTEL al presupuesto general del Estado ni a persona alguna, puesto que fue el precio legítimamente recibido a cambio de la venta de un servicio de telefonía. Cuestión que no dice relación con la decisión legítima del adquirente de dicho servicio, de hacer uso de él o no, ya que se constituyó en su dueño, al pagar su precio por adelantado. Por lo mismo, el precio recibido por la venta del servicio, pertenece al vendedor legítimo del mismo, más allá del uso que el dueño del servicio quiera o no hacer de él.

b) Que respecto de las sumas correspondientes a los dineros entregados por los clientes a la Demandante en concepto de recarga o de pago anticipado de los servicios de telefonía celular durante la etapa 2, esto es, desde el 18 de febrero de 2015 y hasta el 7 de noviembre de 2017, la Demandante, esto es, la compañía OTECEL S.A. si tiene la obligación de transferirlos al presupuesto general del Estado, pero con intereses son a partir del 8 de noviembre de 2017, puesto que hasta ese día, no tenía forma de cumplir su obligación, por causas que no lo eran inimputables. Dichos intereses serán los que corresponda según el contrato.

c) Que, por último, respecto de las sumas correspondientes de los dineros

entregados por los clientes a la demandante en concepto de recarga o de pago anticipado de los servicios de telefonía celular durante la etapa 3, esto es, desde el 8 de noviembre de 2017 en adelante, la demandante también tiene la obligación de transferirlos al Presupuesto General del Estado, con intereses. Dichos intereses en los que corresponda según el contrato.

d) Que los intereses corren antes de las fechas señaladas hace 5 de diciembre de 2017, fecha en la que se hizo efectivo su pago, mediante la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento por parte de la Demandada.

e) Que deberá calcularse en los montos pagaderos bajo los literales b) y c) anteriores y hecho lo anterior, la ARCOTEL deberá reembolsar el monto ejecutado en exceso con respecto a las señaladas de cantidades.

f) Los honorarios de los abogados correrán a cargo de cada parte. Sin costas..."

Conforme se verifica de los textos transcritos, el Tribunal ha resuelto en congruencia clara con la pretensión de la accionante del proceso arbitral, respecto a un asunto perfectamente amparado bajo el convenio arbitral. Es decir, que la parte actora presentó su demanda y sus pretensiones en base al principio dispositivo establecido en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, sin observarse que el Tribunal Arbitral haya resuelto concediendo más de lo que se le había solicitado en la pretensión del libelo inicial, ni relevando un hecho que no haya sido alegado, ni resolviendo sobre una requisitoria que nadie formuló, es decir, que NO se ha incurrido en una incongruencia en relación al petitorio o vicio *ultra o extra petita*.

En tal virtud, este Juzgador insiste en que, por la forma en que ha sido presentado este acto de proposición, lo que se está pretendiendo que se realice es un análisis sobre el fondo, una revisión y un pronunciamiento sobre la existencia o no de la obligación, respecto a si proceden o no las disposiciones del Tribunal Arbitral, si valoró o no adecuadamente los medios de prueba, lo cual definitivamente como se indicó no solo que no es objeto de esta controversia, sino que desnaturaliza por completo la acción.

En consecuencia, tal como lo sostiene la doctrina, la acción de nulidad tiene como antecedente necesario para su ejercicio, un fallo arbitral viciado por una o por cualquiera de las causales señaladas por el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, siendo su objetivo el de obtener una nueva resolución que repare el error arbitral, lo cual NO se ha configurado en la presente causa determinando la improcedencia de la petición y por ende de la acción solicitada por la ARCOTEL.

QUINTO: Decisión: Por las consideraciones expuestas, y en virtud exclusiva de la causal establecida en el literal d) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación invocada, precautelando la seguridad jurídica prevista en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** [5.1] Se RECHAZA la demanda de nulidad del Laudo Arbitral emitido con fecha 02 de diciembre del 2019, dentro del proceso arbitral No. 001-2018, por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción, conformado por el Dr. Diego Peralta Valenzuela, Presidente, Dr. Hernán Pérez Loose, Arbitro; y, el Dr. José Javier Jarrín, Arbitro (voto salvado). [5.2] Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia al no advertirse temeridad, mala fe en el litigio. [5.3] Se indica a las

partes procesales que esta sentencia queda notificada en los casilleros judiciales y correos electrónicos señalados dentro del expediente.- **NOTIFÍQUESE.-**

f).- OSEJO CABEZAS GUSTAVO XAVIER, PRESIDENTE.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

LEMA OTAVALO MARIA BLANCA
SECRETARIA (e)

