



**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
**FUNCIÓN JUDICIAL**  
[www.funcionjudicial.gob.ec](http://www.funcionjudicial.gob.ec)

Juicio No: 17100201800006, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No:

Casillero Judicial Electrónico No: 1714155585

[pjqv@hotmail.com](mailto:pjqv@hotmail.com)

[fchiriboga@pbplaw.com](mailto:fchiriboga@pbplaw.com)

[rjijon@pbplaw.com](mailto:rjijon@pbplaw.com)

[jmarchan@pbplaw.com](mailto:jmarchan@pbplaw.com)

[eulooa@pbplaw.com](mailto:eulooa@pbplaw.com)

[jjaramillo@pbplaw.com](mailto:jjaramillo@pbplaw.com)

[pquevedo@pbplaw.com](mailto:pquevedo@pbplaw.com)

Fecha: 02 de agosto de 2018

A: DR. ANDRÉS FRANCISCO DONOSO ECHANIQUE, EN CALIDAD DE VICEPRESIDENTE EJECUTIVO Y COMO TAL REPRESENTANTE LEGAL DE LA EMPRESA OTECEL S.A.

Dr/Ab.: QUEVEDO VERGARA PATRICIO JOSÉ MIGUEL

**PRESIDENCIA**

En el Juicio No. 17100201800006, hay lo siguiente:

Quito, jueves 2 de agosto del 2018, las 15h59, Vistos.- Para resolver la acción de NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL propuesta por el abogado FAUSTO ALBERTO ALBUJA GUARDERAS en su calidad de Director Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje (S) de la Procuraduría General del Estado y por el ingeniero Washington Carrillo Gallardo en su calidad de Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL, se considera:

PRIMERA.- ANTECEDENTES: ACCIÓN, CONTRADICCIÓN.

I.1.- ANTECEDENTE.

El laudo arbitral pronunciado por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación-CIAM de las Cámaras de Industria y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias de Pichincha dictado el 3 de Octubre de 2017 a las 14h11, mediante el cual se acepta la demanda planteada por la Compañía OTECEL S.A. en contra de ARCOTEL y Procuraduría General del Estado,

con la excepción de la pretensión subsidiaria de novación de obligaciones

## I.2.- ACCIÓN.

El abogado Fausto Alberto Albuja Guarderas en su calidad de Director Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje (S) de la Procuraduría General del Estado, demanda la nulidad del laudo citado en el antecedente, fundamentado en la causal de la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, porque según lo afirma:

a.- El laudo resuelve sobre una materia que tiene su origen con anterioridad a la suscripción de la cláusula arbitral en la que OTECEL fundó su demanda arbitral y por tanto dicha cláusula no le es aplicable; consecuentemente el Tribunal falló sobre una materia no sometida a arbitraje, pues la cláusula arbitral en la que se fundó la demanda, fue suscrita con posterioridad al origen de la controversia.-

Para asumir la competencia el Tribunal se fundamentó en la cláusula sesenta y ocho de Contrato de Concesión celebrado el 28 de noviembre de 2008, por ser éste el vínculo jurídico entre la concesionaria OTECEL y el Estado Ecuatoriano, esto no quiere decir que sus cláusulas se apliquen a hechos que se produjeron con anterioridad, pues no ampara en el conflicto que ha sido objeto de la resolución de los árbitros, el que está vinculado directa y estrictamente con hechos que ocurrieron en 1999-2000, en que se produjo el redondeo tarifario.

En el contrato celebrado en 1993, las partes se sometieron a la justicia ordinaria; en el contrato de 1996, a lo previsto en el Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular, que a su vez establecía el arbitraje en virtud de la estipulación de una cláusula arbitral, que no fue acordada por las partes; y, en el contrato de 2008, acordaron el sometimiento al arbitraje de controversias relacionadas con la ejecución del mismo.

Que la materia de controversia no está relacionada con la ejecución del contrato de 2008, pues el conflicto versa sobre la liquidación de obligaciones provenientes de hechos ocurridos entre 1999 y 2000 cuyo pago fue dispuesto tanto por la Resolución No. 0451 de 10 de Octubre de 2000 que mandó a resarcir los daños causados a los abonados de la operadora, por el redondeo tarifario efectuado en el período indicado, como por la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que remite la obligación de pago por parte OTECEL a las resoluciones que fueron emitidas por la Superintendencia de Telecomunicaciones, es decir que la liquidación efectuada por la ARCOTEL, por disposición expresa de la Ley, debía remitirse de manera directa a las Resoluciones emitidas por este órgano de control y no tiene relación alguna con la ejecución del contrato 2008. Por ello, la materia controvertida no está amparada por la cláusula incorporada en el contrato de 2008, dando lugar a que la controversia no esté sometida a arbitraje, configurándose la causal establecida en el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

b.-La controversia no tiene su origen en una relación contractual, sino que es consecuencia de una

resolución sancionatoria, por tanto el Tribunal se pronunció sobre una materia no sometida a arbitraje.

Que el objeto del contrato de 20 de noviembre de 2008 es otorgar a favor de la Sociedad Concesionaria la concesión de los servicios finales de: a) Servicio Móvil Avanzado (SMA); y, b) Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional

Que la cláusula 68 del contrato celebrado el 20 de noviembre el 2008, en su parte pertinente estipula que “las partes acuerdan someter las desavenencias que deriven de la ejecución del contrato, a la resolución de un Tribunal de Arbitraje Administrado sujeto a la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador”

Que la ejecución de un contrato implica cumplir con el objeto del mismo, es decir, con la obligación u obligaciones que genera, por lo que el conflicto materia del arbitraje no se refiere a las prestaciones mutuas a las que las partes se comprometieron en virtud del contrato de 2008.

Que por su parte la demanda arbitral señala: “i.- El hecho de que la liquidación de valores efectuada es el resultado de la falta de aplicación de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, de 13 de marzo de 2000, que reguló el proceso de dolarización del país. ii.- Que la liquidación de intereses es incorrecta, ilegal y lesiva a los intereses de OTECEL S.A.; y, iii.- Que la equivocada liquidación de valores recogida en el Requerimiento de Pago de 5 de octubre de 2015, tiene como base y sustento el Informe Técnico No. IT-DST-10-084 que en los cuadros contenidos en las páginas 7 y 8 se menciona: que los valores que debe pagar OTECEL en virtud de lo dispuesto por la Resolución No. 0451 y la Disposición Transitoria Novena de la LOT y el Oficio ARCOTEL-DE-2015-0747-OF no tiene relación alguna con la ejecución del contrato celebrado en noviembre de 2008, es claro que tiene su origen en un proceso sancionatorio.

Que la controversia que fue conocida por el Tribunal Arbitral tuvo su origen en un proceso sancionatorio dentro del cual fue emitida la Resolución ST-99-0080 de 11 de febrero de 1999, que concluyó que OTECEL cometió la infracción tipificada en el artículo 28 literales b) y h) de la Ley Especial de Telecomunicaciones y artículo 42 ordinal 2 del Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular por “cobrar tarifas sobre las máximas permitidas o tarifas no autorizadas”. Esta resolución fue impugnada por la operadora, sin recibir resultado favorable. Posteriormente la Superintendencia de Telecomunicaciones emitió la Boleta Única DGAJ-2000-00563 de 6 de septiembre de 2000 sobre el cumplimiento de la Resolución No. ST-99-0080, que también fue objetada pero sin éxito por la operadora. Finalmente la Superintendencia de Telecomunicaciones emitió resolución No. ST-No-2000-0451 de 10 de Octubre de 2000, que dispuso que se reintegre lo indebidamente cobrado por los abonados, toda vez que, tanto el Juzgado Segundo de lo Penal de Pichincha, el 26 de febrero de 1999, cuando el Tribunal Constitucional, el 5 de julio del 2000, resolvieron “Negar el Recurso de Amparo Constitucional” e “Inadmitir la acción de amparo propuesta”, respectivamente, interpuestas en contra de la resolución No. ST-99-0080.

Que la determinación del valor sujeto a devolución proviene de lo indebidamente cobrado a los

abonados, no se encuentran en el ámbito contractual, no proviene de manera alguna del acuerdo de voluntades entre las dos partes (ARCOTEL/OTECEL), propio de una relación contractual y por lo tanto no fue objeto de negociación entre la operadora y su órgano de control. Sino que tienen su origen en las Resoluciones No. 080 y No. 0451 que se encuentran firmes, que fueron emitidas por autoridad competente en su calidad de precautar los derechos de los usuarios y en ejercicio de su potestad pública.

Que la liquidación a devolver a los abonados lo indebidamente cobrado, constituye el mecanismo a través del cual la autoridad ordenó se resarciera el daño causado a los usuarios por el redondeo tarifario efectuado por la operadora, lo que ha sido ratificado por la Disposición Transitoria Novena de la LOT. Por lo que tratándose de un tema relacionado con el ejercicio de la potestad pública de la ARCOTEL y de ninguna manera contractual, no está amparada por la cláusula arbitral que fue pactada para resolver conflictos relacionados con la ejecución del contrato por lo que los árbitros han conocido una controversia no sometida a arbitraje, configurándose la causal establecida en el literal d) del artículo 31 de la LAM.

c.-El Laudo versa sobre la impugnación de un acto administrativo, materia no susceptible de someterse a arbitraje.

Que la pretensión de OTECEL fue que “se deje sin efecto el requerimiento de pago que consta del Oficio ARCOTEL-DE-2015 de 5 de Octubre de 2015”, en relación a este Oficio el Tribunal Arbitral señaló que pretende ejecutar la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Resolución No.ST-2000-00451 de 10 de octubre de 2000 que es la que tiene la calidad de acto administrativo, revestida de una presunción de legitimidad y carácter ejecutivo.

Que indebidamente el Tribunal desestima la condición de acto administrativo del Oficio ARCOTEL-DE-2015 de 5 de Octubre de 2015 para justificar el proceso arbitral y laudar sobre una materia que no era arbitrable. Que para determinar la arbitrabilidad de una materia se debe atender a lo estatuido en el artículo 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador que guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, que determina que el procedimiento arbitral se aplicará en materias que por su naturaleza se pueda transigir. Que en ese mismo sentido el artículo 1 de la LAM dispone que se pueden someter a arbitraje las controversias susceptibles de transacción y el artículo 4 ibídem dispone que para que las entidades que conforman el sector público entre las que se cuenta la ARCOTEL puedan someterse a arbitraje, la relación jurídica correspondiente deberá ser de carácter contractual.

Que la actora se ha referido al oficio citado en el párrafo anterior como “EL REQUERIMIENTO DE PAGO” como si se tratase de una figura jurídica especial, cuando la ARCOTEL en el asunto oficio se refiere REQUERIMIENTO DE PAGO, pero como una sucinta referencia a su total contenido, lo que no puede entenderse que la ARCOTEL haya creado una nueva figura jurídica, sino que lo sustancial de este Oficio es la disposición que emite la ARCOTEL en el ejercicio de sus competencias y como órgano de control de las telecomunicaciones, tendiente a hacer efectivo lo dispuesto en la Resolución

No. 045 y en la Disposición Transitoria Novena de la LOT, que impusieron la obligación de devolver lo indebidamente cobrado a los abonados, por lo que ese acto administrativo -el oficio- goza de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad señaladas en el artículo 65 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutivo-ERJAFE.

Que el Tribunal Arbitral en los numerales 189 y siguientes del Laudo Arbitral, realiza un largo análisis de lo que a su criterio es la naturaleza del Oficio ARCOTEL-DE-2015-0747-OF hasta llegar a la errónea convicción de que no se trata de un acto administrativo, así lo señala el numeral 199 del Laudo.

Que sin embargo de la apreciación del Tribunal, el oficio tantas veces referido, goza de todos los elementos constitutivos de un acto administrativo, conforme el siguiente análisis: i.- Es una declaración unilateral en ejercicio de la función administrativa, por cuanto se constituye en una exteriorización intelectual emitida por un solo sujeto de derecho -ARCOTEL- órgano competente de conformidad con los artículos 11, 14 y disposición final primera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuya voluntad fue formada sin necesidad del consentimiento del administrado, en este caso OTECEL. ii.- El objeto del acto administrativo es claro, cierto, preciso, lícito y posible física y jurídicamente, a este respecto el Oficio No. ARCOTEL-DE-2015-0747-OF se refiere a la liquidación contenida en un informe técnico No IT-DST-10-084 de 19 de abril de 2010, debidamente elaborado, basado en una resolución sancionadora y en cumplimiento a una disposición legal. Lo exigido en el oficio en mención, es cumplir con una obligación de carácter pecuniario que es lícito y posible. iii.- El acto es expreso y escrito; pues el modo de instrumentalización para dar a conocer la voluntad administrativa fue por escrito expresado el lugar y la fecha de emisión, mención del órgano y entidad de la que emana, expresión clara y precisa del contenido de la voluntad administrativa y la individualización del agente interviniente. iv.- Es motivado y fue notificado; constan las razones de hecho y de derecho que dan origen a su emisión, las cuales consisten en la Resolución ST-2000-0451, Oficio ITC-2010-3667, Informe Técnico No. IT-DST-10-084 y Telecomunicaciones, el mismo que fue debidamente notificado a OTECEL. v.- Produce efectos jurídicos directos e individuales: el Oficio requiere a OTECEL el pago inmediato del valor allí indicado, con el cual genera efectos jurídicos subjetivos, concretos y de alcance individual.

Que el Tribunal agrega además que la figura del "requerimiento" no está contemplada como tal en el Derecho Público ecuatoriano" al menos no para cumplir una Ley o exigir prestaciones u obligaciones dinerarias. Frente a ello ha señalado que no ha creado una nueva figura jurídica sino que solamente ha consignado en el documento el "asunto" al que se refiere, que conforme lo reconoce el Tribunal fue dictado para ejecutar la LOT y para cumplir con la Resolución No. 0451 mediante la cual concluyó el proceso sancionatorio iniciado en contra de la operadora mediante boleta única DGAJ-2000-0563 y constituye un acto administrativo pues contiene una disposición que debe ser acatada por la operadora.

Que el Tribunal Arbitral para justificar su actuación en el proceso y laudar sobre materias no sometidas a arbitraje, realiza su apreciación respecto de las categorías jurídicas a través de las cuales un órgano de poder puede expresar su voluntad de derecho público. Así, puede manifestarse a través

de actos administrativos, actos de simple administración, actos normativos o reglamentos, hechos administrativos y contratos administrativos o bien acudiendo a categorías del derecho privado.

Que la ARCOTEL no acudió a una categoría propia del derecho privado pues en ningún momento exigió a la operadora que efectúe el pago contando con la intervención de un juez civil o notario público como ocurre en los requerimientos a los que alude el Tribunal, sino que actuó en ejercicio de las competencias que le confiere el numeral 1 del artículo 144 de la LOT que le faculta a “emitir las regulaciones, normas técnicas, planes técnicos y demás actos que sean necesarios para el ejercicio de sus competencias”.

Que la compañía OTECEL S.A., demandó que se “deje sin efecto el Requerimiento de Pago que consta del Oficio ARCOTEL-DE-2015-0747-OF de 5 de Octubre de 2015” que contiene la orden de que la operadora pague los valores adeudados en concepto del redondeo tarifario a la ARCOTEL, es decir, la pretensión fue que se deje sin efecto un oficio que constituye un acto administrativo, que está fuera del ámbito que puede ser objeto de arbitraje, por no ser materia transigible, conforme lo exigen el artículo 191 de la Constitución de 1998 y artículo 190 de la Constitución de 2008 y los artículos 1 y 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación- LAM.

d.-El laudo concede más de lo reclamado, pues dispone la aplicación incorrecta de la tasa de interés que deberá satisfacer OTECEL.

Que en la parte resolutive el Tribunal resuelve: d) Disponer que los intereses legales que deberán ser pagados por OTECEL S.A. conforme la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se calculen desde el 15 de febrero de 2015 hasta la fecha en que se realicen efectivamente el pago, a la tasa de interés legal correspondiente al 7,41%. Mientras que en sus pretensiones OTECEL solicitó: “iv Que se liquiden los intereses a partir de la fecha de expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esto es, el 18 de febrero de 2015”.

Que la Disposición Transitoria Novena de la LOT dispone que “las empresas operadoras CONOCEL y OTECEL S.A. [...] deberán transferir dichos valores más los intereses legales a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que los mismos ingresen al Presupuesto General del Estado”.

Que en el numeral 201 del Laudo, el Tribunal cita al Código Orgánico Monetario y Financiero y la Regulación que establece el Sistema de Tasas de Interés como la fuente normativa para la determinación de la tasa de interés que manda que se aplique a la obligación que debe satisfacer la operadora. Remitiéndose al Informe Pericial del Ing. Pablo Salinas quien, a decir del Tribunal, la dejó establecida en 7.41% que corresponde a la tabla de interés activa referencial para el segmento comercial corporativo aplicable al período febrero de 2015.

Que el Tribunal no ha señalado la razón de la aplicación de ésta única tasa de interés legal, peor aún ha considerado lo previsto en el artículo 8 del Capítulo II de las Normas que Regulan las Tasas de Interés

expedidas mediante Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera No. 133 del 29 de septiembre de 2015, dispone: "Las tasas de interés a que se refieren los artículos 6 y 7 de este capítulo regirán por períodos mensuales y será publicadas en la página web del Banco Central del Ecuador y/o por cualquier otro medio que esté definido. En caso de no determinarse las tasas referidas en los artículos precedentes para el período mensual siguiente regirán las últimas tasas publicadas por el Banco Central del Ecuador.

Que las tasas de interés legal tienen una vigencia mensual, por lo que el efecto de la disposición arbitral de que se aplique una tasa única cuyo porcentaje es el menor del período -salvo marzo/2015 y mayo/2017-, es que la cantidad que en concepto de intereses deberá pagar OTECEL será menor a la que en realidad debe hacerlo, si se aplicara la tasa correcta. Esto determina, que en la práctica se le conceda un valor mayor al reclamado pues con el laudo el Tribunal está permitiendo que pague menos de lo que en realidad debe, teniendo un beneficio no reclamado incurriendo de esta manera en la causal contemplada en el literal d) del artículo 31 de la LAM pues se ha concedido más allá de lo solicitado

e.- Señala que el Tribunal no ha considerado que la obligación nació dolarizada y en consecuencia hay nulidad del mismo por falta de motivación.

Que en los numerales 120 y 121 del Laudo el Tribunal señala: "120. Respecto de los argumentos de la parte demandada consistentes en las cláusulas 9.5.7 y 9.5.8 del Contrato de Concesión de 29 de noviembre de 1993, que obra a fojas 00656 a 00691 del proceso, cabe consignar que las mencionadas estipulaciones contractuales se refieren al tema específico del cobro de facturas a los usuarios.- 121. En efecto, dichas cláusulas señalan que las facturas se emitirán en sucres conforme al tipo de cambio vigente al momento de su emisión y utilizando el criterio de conversión de la cláusula novena, esto es, el promedio de compraventa que se registre en la mesa de cambios del Banco Central [...]".

Que en ninguna parte del Laudo, el Tribunal ha motivado la razón por la cual se desestimó que en la cláusula 9.5.7 del contrato de concesión se estipuló que las obligaciones de los usuarios en favor de la operadora se fijaban en dólares, es decir que la obligación se encontraba dolarizada, limitándose a señalar solamente la facturación se efectuaba en sucres a la cotización vigente a la fecha de emisión de la factura. La factura es la manifestación documental de la obligación, que debe reflejar lo pactado en el contrato. Las partes acordaron que las tarifas se establecían en dólares, en consecuencia la obligación se encontraba dolarizada, lo que ha sido soslayado por el Tribunal.

II.2.-De su parte, el ingeniero Washington Carrillo Gallardo, en su calidad de Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) sustenta su demanda de nulidad del laudo arbitral en los literales c) y d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, señalando que:

a.-Que la causal prevista en el literal c) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación-LAM, se configura a partir de la tramitación de la pericia solicitada por OTECEL (fojas 3149 a 3217 y la

ampliación a foja 3334 a 3336) y cuya práctica el Tribunal sustanció sin precautar el derecho de defensa de la ARCOTEL, cuyas supuestas irregularidades enumera:

i.-Designación del perito.- Con providencia de 7 de diciembre de 2016 se designó a un perito chileno, con conocimientos en finanzas, sin embargo como la pericia tenía que ver con aspectos técnicos en telecomunicaciones, pues solicitaba el análisis de la aplicación de la tarifa básica en el redondeo, la ARCOTEL con escrito de 12 de diciembre de 2016 solicitó designen un perito experto en la materia para el análisis de la tarifa básica, sin embargo el Tribunal sin esperar al pronunciamiento de las partes sobre la designación del perito, ya había dispuesto se consignen los honorarios, por lo que el 14 de diciembre de 2016 negó el pedido de la ARCOTEL y permitió que alguien sin conocimientos específicos emita criterio sobre tarifa o pensión básica, aspecto que en la liquidación contenida en el requerimiento de pago equivalía aproximadamente a cinco millones de dólares;

ii.-Reformulación del objeto de la pericia.- Con posterioridad incluso a la posesión del perito, OTECEL el 27 de enero de 2017 solicitó ampliación al objeto de la pericia, ante lo cual la ARCOTEL impugnó el pedido, el Tribunal no atendió el pedido y recién con providencia de 21 de abril de 2017, señaló que por un error administrativo el escrito presentado por la ARCOTEL fue puesto en su conocimiento el día 10 de abril de 2017. El Tribunal negó el pedido de OTECEL por extemporáneo, no obstante para esa fecha el perito ya había dado paso a la solicitud de OTECEL y había incluido en la pericia la nueva petición de OTECEL y eso se aprecia de la simple lectura del informe pericial.

iii.-Negativa a las aclaraciones y ampliaciones formuladas por ARCOTEL.- Una vez presentado el informe pericial, la ARCOTEL mediante escrito de 25 de abril de 2017 solicitó aclaraciones en ciertos temas y ampliaciones en otros aspectos, que fueron excluidos deliberadamente por el perito y que eran fundamentales en la decisión de la causa. El perito no contestó las preguntas 2.1., 3.2., 3.4., 3.6., 3.12., 5.2. y 5.3. del escrito de la ARCOTEL, el Tribunal con providencia de 18 de mayo de 2017 manifestó que el perito había dado contestación a todas las preguntas, ante la oposición de la ARCOTEL con escrito de 19 de mayo de 2017, con providencia de 29 de mayo de 2017 el Tribunal ordenó al perito contestar las preguntas, sin embargo al día siguiente, con providencia de 30 de mayo de 2017, el Tribunal deja sin efecto la providencia de 29 de mayo, manifestando que por un error administrativo "se notificó a las partes una resolución equivocada" en su lugar resolvió no dar paso a las preguntas formuladas, manifestando que no son objeto de la pericia, tanto las formuladas por ARCOTEL como por la Procuraduría General del Estado. Con relación a las de la ARCOTEL, el Tribunal manifestó que a excepción de la pregunta 3.4. que excede el objeto de la pericia, las demás ya habían sido contestadas. Con escrito de fecha 2 de junio de 2016, la ARCOTEL solicita revocatoria a tal decisión, motiva y explica que las preguntas formuladas no han sido atendidas en su totalidad por el perito, que dichas preguntas tienen relación directa con el objeto de la pericia y que son fundamentales, el Tribunal con providencia de 9 de junio de 2017 si bien agrega el escrito de 2 de junio de 2017 niega la revocatoria, y en su decisión ni siquiera se pronuncia sobre este pedido, sin embargo casi un mes después, el día que se efectuó la audiencia en que el perito defendió su informe, resuelve emitir otra providencia de fecha 29 de junio de 2017, en la que nuevamente señala que se han contestado todas las preguntas, sin embargo contradiciendo su propia afirmación de que todas ha sido contestadas, señala



que la pregunta 3.12 no conteste porque contiene una calificación de carácter jurídico y solo ordena al perito contestar pregunta 5.2. que tiene que ver con el error esencial. Las preguntas en referencia, han sido reiteradamente repetidas en varios escritos posteriores, pero el pedido inicial se encuentra en escrito de 25 de abril de 2017, pedidos que ubican la parte del informe que se solicita se aclare o amplíe, por la complejidad y obscuridad del informe.

Que las preguntas que no fueron contestadas, eran fundamentales porque desvirtuaban el sustento mismo del informe pericial, especialmente en la exclusión de la tarifa básica y en la aplicación del tipo de cambio para obligaciones en sucres prevista en la Ley de Transformación Económica del Ecuador, cuando las tarifas fueron pactadas en dólares.

iv.-Error esencial.- Que la petición de pericia por parte de OTECEL contiene imprecisiones, el periodo de redondeo fue de febrero 1999 a julio 2000, sin embargo la petición en la pregunta i solicita liquide de febrero 1999 a marzo 2000, es decir cuatro meses menos de cálculo, luego en la pregunta ii solicita calcular intereses sobre ese periodo incompleto del redondeo; y, finalmente en la pregunta iii requiere se descuente la tarifa básica del cálculo realizado por la ARCOTEL, ahora si en el periodo completo "entre febrero de 1999 y julio del 2000", pero aquí no solicita cálculo de intereses.

Ante este pedido, el perito al desarrollar su informe interpreta y corrige errores de la petición e incluso va más allá de lo solicitado, por tal razón la ARCOTEL impugnó la pregunta i y ii, y alegó error esencial en la pregunta (iii) por cuanto no realiza lo solicitado, es decir no descuenta el valor de la tarifa de pensión básica de la liquidación de la ARCOTEL como expresamente se lo piden, en su lugar calcula el periodo completo aplicando directamente el tipo de cambio de 25.000 sucres por dólar.

Pero además, como OTECEL se equivocó al formular las preguntas i y ii, el perito resolvió discrecionalmente y a pesar de que no le solicitaron, realizar el cálculo de intereses sobre el resultado de la pregunta iii), cuando el pedido era "descuento del cálculo realizado por la ARCOTEL, de los valores provenientes del redondeo tarifario, entre febrero de 1999 y julio del 2000, el valor por tarifa básica en ese período.", como se observa no hay pedido de cálculo de intereses. Cuando se le preguntó al perito por qué lo realizó, sino se le había solicitado, él respondió "que se puede separar con facilidad los intereses del capital, invitando a las partes a omitirlos intereses si consideran necesarios".

Este error en el objeto de la pericia es alegado por la ARCOTEL desde el escrito de 19 de mayo de 2017 en que se impugna el informe pericial, posteriormente en escrito de 24 de mayo de 2017 nuevamente se solicitó al Tribunal resuelva el error esencial, lo propio con escrito de 2 de junio de 2017, finalmente con escrito de 7 de julio de 2017, dentro del término para probar el error esencial se presentó el pedido de designar un perito y al mismo tiempo se adjuntó un informe elaborado por un perito de la Función Judicial, es decir acudió a los medios de prueba previstos en nuestra legislación, sin embargo el Tribunal con providencia de 18 de julio de 2017 negó la designación de perito, es decir la práctica de una pericia, argumentando que no se requiere "de conocimientos especiales sobre alguna ciencia, arte u oficio" cuando el error esencial alegado tenía que ver con la forma en que el perito calculó la tarifa básica y con el posterior cálculo de interés que a pesar de no haberle solicitado fue

realizado por el perito, actuaciones que requerían de una persona con al menos los mismos conocimientos del perito que cometió el error alegado, sin embargo el Tribunal negó el pedido.

Pero además, posteriormente cambió su decisión inicial contenida en providencia de 30 de mayo de 2017 numeral 3 y ratificada en providencia de 28 de junio de 2017, de resolver el error esencial luego de la audiencia, y dispuso que el error esencial se resolvería en laudo porque según afirmó en providencia de 4 de agosto de 2017, el hacerlo "implica necesariamente hacer pronunciamientos sobre el fondo de la materia litigiosa", lo cual primero es improcedente por la naturaleza misma del error esencial que debe ser resuelto en la sustanciación de la causa y no al final, pero adicionalmente porque se reformó meses después las providencias emitidas por el propio Tribunal que ya estaban firmes.

Que el laudo al referirse al error esencial en el numeral 84 afirma que la ARCOTEL no ha probado, cuando lo que sucedió es que le negaron la actuación de prueba y tampoco consideraron el informe del perito de la Función Judicial, afirmando al igual que la Operadora, que se trata de una inconformidad con el resultado del informe, sin pronunciarse sobre el tema mismo del error esencial, que se refiere a lo ejecutado por el perito para contestar la pregunta 3, esto es, la operación de cálculo distinta a la solicitada y el indebido y no solicitado cálculo de intereses por el periodo total.

v) Pedido de nueva prueba.- Considerando que luego de contestada la demanda, el Tribunal en Audiencia de Sustanciación concretó la materia arbitral a la liquidación contenida en el requerimiento de pago de 5 de octubre de 2015, y ante las irregularidades en la actuación de la pericia, en especial al haberse designado a un perito con conocimientos en finanzas para "(iii) que considere y examine el concepto de tarifa o pensión básica", que el perito no contestó las preguntas referentes a este tema, que además al realizar la pericia comete error esencial justo a la pregunta (iii) referente a tarifa básica, la ARCOTEL al amparo del artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación, solicitó una nueva prueba, un peritaje de un experto en telecomunicaciones, a fin de aclarar errores conceptuales y sobre todo aclarar al Tribunal cómo efectivamente operó la tarifa básica tanto al amparo del contrato 1993, como de su modificación en 1996, normas pertinentes para analizar el redondeo efectuado en los años 1999 y 2000. Sin embargo, el Tribunal con providencia de 17 de agosto de 2017 negó esta prueba argumentando que el artículo 23 de la LAM "introduce una situación excepcional que permite la actuación de pruebas extemporáneas: reconoce el derecho de las partes de solicitar la práctica de esas pruebas, pero también la atribución de todo tribunal arbitral, como juzgador de la causa, de aceptar o no esos pedidos de prueba extemporáneos" argumentando que -todos los temas constan respondidos en el informe pericial, de manera que el debate procesal sobre estos temas está agotado- señalando además que estos pedidos debían haberse solicitado a la contestación a la demanda, situación que era imposible de prever, pues la necesidad de esta prueba surge precisamente como consecuencia de las imprecisiones de un perito que no era experto en telecomunicaciones, cuya conclusión de la exclusión de la tarifa básica del redondeo efectuado durante los años 1999-2000, nace de la aplicación de cláusulas del contrato 2008. Por todas estas irregularidades y en particular porque ha negado la actuación de prueba necesaria se ha configurado la causal c) invocada, pues no se convocó la práctica de pruebas a pesar de la existencia de hechos que debían y eran necesarios justificarse.

b.-La causal d) del artículo 31 de la LAM señala que el Laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.

En el acápite VII, de la de demanda, OTECEL solicita que en sentencia el Tribunal Arbitral entre otras cosas disponga que: "(v) En el supuesto de que la ARCOTEL cobrase a OTECEL S.A., por la vía coactiva, cualquiera de los valores que constan del Requerimiento de Pago del 5 de octubre de 2015, el Tribunal Arbitral se servirá disponer en el laudo correspondiente, que se reintegre a mi representada con la diferencia entre el valor que señale el Tribunal y lo que la ARCOTEL hubiese cobrado por la vía coactiva, agregando los correspondientes intereses a favor de mi representada". Es decir, la pretensión de OTECEL se centró en el evento en que si hubiese llegado a ejecutar la deuda por la vía coactiva y la ARCOTEL habría cobrado en exceso, se reintegre a OTECEL la diferencia entre el valor que señale el Tribunal y lo que la ARCOTEL hubiese cobrado, agregando los correspondientes intereses a favor de OTECEL. Del expediente obra prueba instrumental agregada por la ARCOTEL y proveída en audiencia de sustanciación, referente a todo el proceso del juicio coactivo (foja 2761 a 2988), entre ellas las retenciones efectuadas a las cuentas de OTECEL como medida preventiva, previa a la orden de cobro. Más aún en escrito de alegatos presentado por la ARCOTEL con claridad se informa el estado del juicio de coactiva y en particular sobre la demanda de excepciones a la coactiva propuesta por OTECEL, en el que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en auto de 2 de mayo de 2016 declaró el abandono de instancia por inacción de OTECEL. Ante lo cual, interpuso casación que no fue admitida, contra dicha resolución interpuso acción extraordinaria de protección que fue inadmitida. Con escrito de 22 de agosto de 2017, la ARCOTEL solicitó al Tribunal de lo Contencioso Administrativo la entrega del afianzamiento para suspender los efectos del auto de abandono, por cuanto la póliza estaba caducada y el archivo de la causa con el levantamiento de la suspensión de la coactiva, a fin de continuar con el cobro forzoso. En el laudo el Tribunal confunde la retención de fondos en distintas cuentas bancarias de OTECEL con el cobro efectivo por vía coactiva, y así lo señala en la parte resolutoria del laudo cuando dice: "e) Que en el Cuerpo Quinto del expediente arbitral, consta la copia certificada del Juicio Coactivo seguido por la ARCOTEL en contra de OTECEL S.A. y que entre fojas 2353 a 2539 existen varios oficios de distintos Bancos, entre ellos, el Banco Solidario, Banco Bolivariano, Banco del Pacifico, Banco del Pichincha, Citibank, y PRODUIBANCO que dan cuenta de que se habría procedido a retener fondos por diferentes valores y en fechas distintas, de las cuentas de la accionante OILCEL S.A. relacionados con los aspectos que han sido resueltos en este laudo arbitral; f) Que no siendo posible determinar con precisión el valor total de estas retenciones ordenadas por ARCOTEL a través de las entidades del sistema financiero nacional, se resuelve que la diferencia entre los valores que hubieren sido cobrados a través de las referidas retenciones de fondos y el valor adeudado por OTECEL S.A. deberá ser reintegrado a OTECEL S.A. con el interés legal. Si los valores retenidos, no llegaren a superar los US \$ 4'967.753.09 más los intereses legales que se liquiden, OTECEL S.A. deberá pagar la diferencia"

La retención de fondos en la práctica implica un bloqueo de la o las cuentas más no el cobro de la deuda, su naturaleza es precautelar el objeto final del juicio, en el juicio de coactiva la retención de fondos es una medida cautelar que se estima por el monto de la deuda y solo cuando se proceda al embargo se puede hablar de cobro. En el presente caso, no se ha llegado a ordenar la entrega de los

fondos retenidos.

Y para ordenar tal disposición, debía además pronunciarse sobre la Resolución No. ARCOTEL-2015-0691 de 27 de octubre de 2015 que con base en el Oficio N°. ARCOTEL-DE-2015-0747-OF de 5 de octubre de 2015, ordenaba que OTECEL transfiera US \$ 13'996.128 más intereses, resolución con la cual se inicia el procedimiento coactivo y por lo tanto debía motivar la razón por la cual desestima tal resolución.

Ante estos hechos invocamos la causal d) del Art. 31 de la LAM que sanciona la resolución extra petita, cuando en laudo el árbitro se pronuncia sobre cuestiones que no fueron materia de la controversia y que no podían contemplarse de oficio, y sanciona también la resolución ultra petita, que tiene lugar cuando no obstante que el laudo trate aspectos relativos a la materia de la litis se excede los límites que a ellos fijaron la parte actora en su pretensión y la demandada en su contestación.

En el presente caso, nos encontramos frente a un laudo ultra petita, pues al confundir la retención de fondos con el cobro efectivo, no solo que resuelven más allá de lo solicitado, pues NUNCA SE DEMANDO INTERESES SOBRE RETENCIÓN DE FONDOS, con lo cual estaría extralimitando la materia de la litis y se estaría condenando al pago de intereses sobre la retención de fondos de la cual ARCOTEL no se ha beneficiado y que por el contrario sobre el cobro efectivo como le fue demandado y requerido.

### 1.3.- CONTRADICCIÓN.

1.3.1.-Contestando la demanda de nulidad del laudo arbitral propuesta de la Procuraduría General del Estado, el señor Andrés Francisco Donoso Echanique, en su calidad de Vicepresidente Ejecutivo y como tal representante legal de la compañía OTECEL S.A. (en adelante OTECEL), señala:

Que OTECEL tiene una vinculación contractual de concesión con el Estado ecuatoriano desde el año 1993, una vez transcurridos 15 años desde la suscripción del contrato, éste a través de la entonces existente Secretaría Nacional de Telecomunicaciones renegoció varios de los términos de la relación de concesión, que culminó en una renovación de la concesión en donde, se confirió un plazo adicional de 15 años para OTECEL, como concesionaria del espectro radioeléctrico, para que preste el denominado Servicio Móvil Avanzado (SMA).

Que la evolución de la concesión refiere claramente que tanto el contrato suscrito en 1993 como el suscrito en 2008 son instrumentos de una natural evolución de un mismo negocio jurídico, por cuanto la relación de concesión ha sido ininterrumpida considerando las mejoras tecnológicas que inciden en el alcance de la prestación del servicio y por cuanto el objeto contractual es idéntico.

Que lo mencionado fue verificado en el curso del arbitraje, puesto que el Tribunal Arbitral manifestó: "De los documentos presentados por las partes, entre ellos la Resolución No. 661-33-CONATEL-2007, emitida por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones el 20 de diciembre de 2007 consta que

el tercer contrato constituye una renovación de la concesión puesto que no se convocó a un concurso público y no se liquidó el contrato anterior, tal como se ordenaba el inciso final de la Resolución No. 661-33-CONATEL-2007”.

Que en la materia vinculada a la litis, el 10 de octubre de 2000, la SUPTEL emitió la Resolución ST-2000-451, por la cual ordenaba a OTECEL reintegrar a los abonados, previa solicitud de éstos, los valores pagados en exceso por redondeo tarifario aplicado en 1999 e inicios del año 2000. El argumento de SUPTEL se relacionaba a que OTECEL era responsable de cobrar valores que excedían en parte los pactados en razón de la concesión, al cobrar por minutos de llamada en ciertas ocasiones donde los usuarios podían haber estado conectados menos de ese lapso, sin embargo, esta devolución no se concretó por varias circunstancias y desacuerdos de orden técnico y jurídico.

Que posteriormente, el 18 de febrero de 2015, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dispuso en la Disposición Transitoria Novena, que: “Las empresas operadoras CONECEL S.A. y OTECEL S.A., dentro del plazo de noventa días contados a partir de la fecha de publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, teniendo como antecedente las resoluciones emitidas por la extinguida Superintendencia de Telecomunicaciones relacionadas con las sanciones impuestas por cobrar a sus abonados por la prestación del servicio de telefonía móvil celular, tarifas con facturación redondeada al minuto inmediatamente superior, esto es, por el tiempo no utilizado realmente por los usuarios y frente a la imposibilidad de devolver a pedido de cada abonado lo cobrado indebidamente, deberán transferir dichos valores más los intereses legales a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que los mismos ingresen al Presupuesto General del Estado.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones arbitrara las medidas que sean necesarias a fin de que la presente disposición se cumpla sin dilaciones”

Que esta Disposición Transitoria implica varias consecuencias jurídicas importantes: i) el reconocimiento de que los valores a devolver provienen de la presta del servicio concesionado, es decir, tienen origen en la ejecución del contrato de concesión ii) la no imposición de montos específicos a devolver por virtud de la ley; y, iii) la imposición de un plazo renovado para el pago.

Que la ARCOTEL, como persona jurídica que subrogó a otras entidades como SUPTEL, SENATEL y CONATEL emitió el Oficio No. ARCOTEL-DE-2015-0747-OF el 5 de octubre 2015, por el cual introdujo una liquidación que, a su juicio ascendía a USD 24'972.047,09, en el requerimiento la ARCOTEL, señaló diez días como plazo de pago del valor anotado.

Que ante la urgencia provocada por el Requerimiento y el plazo asociado a éste, con fecha 30 de octubre de 2015, OTECEL presentó una demanda arbitral ante el CIAM, amparada en la cláusula sesenta y ocho del Contrato de Concesión de 2008.

Que la demanda arbitral tenía como pretensiones: i) dejar sin efecto el Requerimiento; ii) que una nueva liquidación de valores se practique en relación al artículo 1 de la Ley de Régimen Monetario, en su versión reformada el 13 marzo de 2000, excluyendo además el concepto de pensión o tarifa básica

para la realización del cálculo; iii) que se liquiden intereses a partir de la fecha de expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; iv) que en caso de cobro por la vía coactiva de valores relacionados al Requerimiento, se ordene reintegro de los montos más intereses en favor de OTECEL”

Que sobre la incorrección de la liquidación de la ARCOTEL, OTECEL manifestó en la Demanda Arbitral que ésta aparentemente tomó como bases el Oficio ITC-2010-36679 y el Informe Técnico IT-DST-10-08410, para establecer un valor de reintegro de USD 13'996.128,00 sin intereses. Estos instrumentos obviaron el hecho de que para la conversión monetaria (sucres-dólares) de lo cobrado a los abonados del servicio móvil de enero a diciembre de 1999 debía aplicarse lo dispuesto en el reformado artículo 1 y siguientes de la Ley de Régimen Monetario.

Que respecto del cálculo de intereses en el Requerimiento, OTECEL mantuvo en Demanda Arbitral que este contenía un error, en cuanto los intereses se calcularon con en montos que, de nuevo, no aplicaron lo dispuesto en la Ley de Régimen Monetario, ni la tasa prevista en ella. En adición se argumentó que los intereses no podían calcularse antes del 18 de febrero de 2015 cuando la LOT estableció que debía realizarse el pago en el plazo noventa días

Finalmente, como otro punto que decididamente afectaba la liquidación incluida en el Requerimiento, OTECEL explicaba que no podían incluirse los ingresos por pensión o tarifa básica mensual por la prestación del servicio móvil de post pago en virtud de que los abonados bajo esa modalidad no se veían afectados por el redondeo por cuanto no había en dicho esquema cobro alguno por minuto, sino un valor fijo indiferente de la tasación por minuto.

Que en la demanda de nulidad, la PGE expone que "el conflicto versa sobre la liquidación de obligaciones provenientes de hechos ocurridos entre 1999 y 2000, cuyo pago fue dispuesto tanto por la Resolución No. 0451 de 10 de octubre de 2000 que mandó a resarcir los daños causados a los abonados de la operadora, por el redondeo tarifario efectuado en el período indicado, como por la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones".

Que la postura de la PGE no resulta lógica en cuanto pretende asignar al Requerimiento una doble fuente, pero a la vez propone especial énfasis en el período 1999-2000, con el propósito de pretender la no cobertura por la cláusula del Contrato de Concesión 2008.

Que el argumento de la temporalidad es inadmisibles para esta judicatura por al menos dos razones: i) los contratos de concesión son referentes a una sola prestación fundamental; y, ii) el Requerimiento, e incluso los informes antecedentes, fueron todos generados luego de la suscripción del Contrato de Concesión 2008.

Que el Contrato de Concesión de 2008 no es otra cosa que una renovación de la relación contractual que inicio en 1993. Tan claro es que los contratos se refieren a un solo negocio jurídico continuo en el cual el Estado ecuatoriano, mediante concesión, cedió el aprovechamiento del espectro radioeléctrico a OTECEL para la prestación del servicio celular, que en ningún momento hubo interrupción o cambio

alguno para el consumidor respecto de esa relación. Y, al ser una renovación de la relación contractual existente, sirve para dos propósitos esenciales: i) la prórroga de plazo de la concesión y ii) la ampliación formal de ésta para permitir con certeza la cobertura de los servicios móviles asociados a la evolución tecnológica.

Que tanto la concordancia entre el objeto contractual inicial como el parcialmente reformado para incluir referencia a nuevas tecnologías como la prestación continua del servicio sirven para demostrar que es imposible desasociar, como pretende la PGE, la prestación de servicios de OTECEL a sus abonados en el período 1999-2000 con la de cualquier otro período dentro de la vigencia de la relación de concesión, y, por lo tanto es arbitrable bajo la cláusula 68 del Contrato de Concesión de 2008, por tratarse este último de una renovación de la relación contractual iniciada en 1993.

Que el Requerimiento, como se ha expuesto, estaba contenido en el Oficio No. ARCOTEL-DE-2015-0747-OF el 5 de octubre de 2015, es posterior a la suscripción del Contrato de Concesión 2008 y, por tanto, alcanzado desde el análisis temporal por la cláusula arbitral de éste.

Que la liquidación incluida en el requerimiento no es una repetición de la Resolución 0451, sino una expresión de la ARCOTEL de lo que consideraba podía cobrar a OTECEL por su prestación de servicio móvil luego de la expedición de la LOT.

Que no se puede ignorar además que la causal del artículo 31 literal d) de la LAM se refiere a vicios de incongruencia. La incongruencia se produce cuando la porción dispositiva del laudo ha incorrectamente considerado la dinámica entre pretensiones y excepciones respecto de su contenido y ha fallado sobre asuntos distintos o mayores a los restringidamente resultantes de la interacción de esas pretensiones o excepciones. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, e) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita o infra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda, la contestación y la parte dispositiva de la sentencia.

Que la PGE ha reconocido posteriormente el verdadero alcance de la causal contenida en el artículo 31 d) de la LAM, cuando en el apartado 3.5 de la Demanda de Nulidad pretende que el Tribunal concedió a OTECEL, más allá de lo reclamado en cuanto a los intereses adjudicados en el laudo, un tema que como se verá más adelante, tampoco es admisible ni tiene justificación de fondo.

Que la referencia a un proceso sancionatorio tampoco es adecuada vistas las pretensiones de OTECEL plasmadas en su demanda arbitral. El esfuerzo de la PGE por la cita de varios actos previos al Requerimiento como: i) Resolución 0451; y, ii) Resolución ST-99-0080 de 11 de febrero de 1999, denuncian que el enfoque de la acción de nulidad en este punto es apartarse del Requerimiento, como fundamento para impugnar, nuevamente, la competencia del Tribunal para resolver el arbitraje.

Que por lo tanto, el Tribunal Arbitral en la parte motiva del laudo ha dejado claramente establecido

que su análisis se centra en los efectos del Requerimiento como figura de derecho privado e incidencia puramente patrimonial y de índole contractual.

Además, tiene que considerarse que el análisis sobre la arbitrabilidad es uno reservado al Tribunal Arbitral de manera privativa. El Tribunal Arbitral, además de las consideraciones del ámbito de su declaratoria de competencia, realizó en el laudo el análisis de la fuente de la controversia y de la conexión contractual por ser puramente patrimonial y de origen relacionado a la ejecución del contrato (los cobros de tarifas contractuales de OTECEL).

Que si volvemos al problema de los contratos administrativos, la autorización para que las controversias contractuales se sometan a arbitraje incluye toda controversia, con independencia de que la misma se relacione con actos administrativos de ejecución contractual.

Que tanto la declaratoria de competencia, cuanto el Laudo, han limitado su alcance a un examen de los efectos patrimoniales del Requerimiento, en relación con el Contrato de Concesión.

Que el laudo no tiene como objeto el control de legalidad de un acto administrativo, cuando el laudo resolvió: "Dejar sin efecto, por afectar los derechos de la concesionaria OTECEL S.A., el denominado oficio ARCOTEL DE-2015-0747-OF de 5 de octubre de 2015 que contiene el requerimiento de pago dirigido a la concesionaria", no realizó control de legalidad de un acto administrativo, sino que determinó que el cobro pretendido de valores por servicio de telefonía móvil de OTECEL, no era procedente por afectar derechos contractuales del concesionario.

Que el Tribunal Arbitral es explícito en reconocer: La figura jurídica del "requerimiento" no está contemplada como tal en el Derecho Público ecuatoriano, al menos no para cumplir una ley, o exigir prestaciones u obligaciones dinerarias. Por su parte, las reglas de procedimiento administrativo vigentes en este país no prevén que las obligaciones de dar que impone una ley, puedan exigirse por parte de las entidades de Derecho Público bajo la figura del "requerimiento", sino en virtud de un acto administrativo previo y de un procedimiento de ejecución posterior.

Que la figura del "requerimiento", en el sentido que le da la ARCOTEL, se corresponde más con normas del Derecho Privado, por ello, el artículo 1850 del Código Civil, por ejemplo establece que mediante requerimiento se constituye en mora al arrendatario para la restitución de la cosa arrendada; o la disposición del artículo 2423 señala que el requerimiento interrumpe el plazo de prescripción o, la previsión del artículo 18 de la Ley Notarial que establece la figura del requerimiento que practica un Notario Público para el cumplimiento de los contratos de promesa de compraventa. Estas normas, entre otras que también podrían citarse, predicen del requerimiento su carácter negocial para relaciones de coordinación entre sujetos de derecho privado, más no para las relaciones subordinación que son propias del Derecho Público, con la que existen otras figuras propias de la potestad resolutoria, sancionadora o ejecutiva de los entes que integran el Estado.

Que en lo que al Derecho Público se refiere y bajo las normas del Estatuto del Régimen Jurídico



Administrativo de la Función Ejecutiva existen categorías específicas a través de las cuales un órgano del poder puede expresar su voluntad de derecho público, en ninguna de ellas se contemplan notificaciones preventivas o requerimientos de pago. Por tanto, el oficio ARCOTEL DE-2015-0747-OF de 5 de octubre de 2015 recurrió a una figura del Derecho Privado para conminar a OTECEL S.A. al pago de una obligación dineraria, en ningún caso el oficio analizado podría ser considerado un acto administrativo. Pero si recurrió al "requerimiento de pago" como si se tratase de un acto administrativo, en ejercicio de potestades propias del Derecho Público, debería encontrar en virtud del principio de legalidad, una regla específica en la ley que le autorice a remitir requerimientos de pago.

Que pese a que no hay discusión de que la acción de nulidad no se puede revisar la motivación de fondo del Tribunal Arbitral referente al tipo de acto que es el Requerimiento, incluso si esta judicatura pudiera hacer una nueva interpretación distinta a la del Tribunal Arbitral y concluir que el Requerimiento es un acto administrativo, no estaríamos frente a una causal de anulación del laudo. El calificativo de acto administrativo dado al Requerimiento es meramente relacionado a la definición de la competencia del Tribunal Arbitral, no a que éste haya decidido sobre algo distinto a lo propuesto por las partes del arbitraje según requiere la causal del artículo 31 literal d) de la LAM.

Que la determinación de intereses corresponde a la decisión de fondo del arbitraje y no puede ser examinada mediante acción de nulidad.- La PGE sostiene que respecto del cálculo de intereses a partir de febrero de 2015 (mes de expedición de la LOT), que el Tribunal Arbitral ha aplicado de manera impropia una tasa de interés de 7.41% respecto al pago que OTECEL debe realizar de las tarifas cobradas a sus abonados por el servicio móvil, la aplicación de dicha tasa a criterio de la PGE supondría que la cantidad de intereses que debe pagar OTECEL será menor a la que en realidad debe hacerlo, si se aplicara la tasa correcta.

Que la supuesta consecuencia de la acusada incorrección en el cálculo de intereses del Tribunal Arbitral sería que se otorgó a OTECEL más allá de lo reclamado, permitiéndole que pague menos de lo que en realidad debe, porque su observación en este punto se refiere a lo correcto o incorrecto -al referirse a "lo que en realidad debe"- del Laudo cuando pretende soportar su impugnación, sobre todo, en el artículo 76.7 l) referente a la motivación en la búsqueda de un examen del proceso de análisis del Tribunal Arbitral para arribar al monto de intereses, propio de un recurso apelativo.

Que el cálculo de intereses no es materia de impugnación a través acción de nulidad, por ser innegable que requiere análisis de fondo de lo decidido en el laudo, incluyendo el análisis de la prueba pericial actuada dentro del proceso. Sin que esto implique admisión alguna, incluso si pudiere detectarse un error de cálculo, éste no sería sujeto de revisión ulterior, pues los laudos arbitrales son inapelables.

Que por otro lado, el Banco Central del Ecuador (BCE) publica las tasas de interés referenciales con vigencia mensual. su aplicación es conforme la técnica general de la matemática financiera, que es la tasa de interés vigente al momento de ser exigible el pago, por el tiempo que transcurre hasta que dicho pago sea realizado. En este caso, la tasa de interés legal, publicada por el BCE y vigente a la fecha de publicación de la LOT es de 7.41%.

Bajo ésta misma lógica, la ARCOTEL, en el Requerimiento de fecha 5 de octubre del 2015 (Oficio No. ARCOTEL-DE-2015-0747-OF), determinó el valor de los intereses, aplicando una tasa única del 16,30%, correspondiente a la tasa de interés consumo ordinario (que el BCE publica con vigencia mensual), que corresponde a la publicada por el BCE para el mes de octubre del 2015. Es decir, la ARCOTEL no aplicó una tasa mensual distinta, para cada mes desde diciembre del 2010 hasta octubre del 2015.

Que las "NORMAS QUE REGULAN LAS TASAS DE INTERÉS" corresponden a la Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 133, Registro Oficial 628 de 16-nov.-2015, última modificación: 24-feb.-2016, No. 133-2015-M que, en el artículo 25, establece que: "...tasas de interés reajustables, las partes pactarán libremente un componente variable, que corresponderá a alguna de las tasas referenciales vigente a la fecha de inicio de cada período de reajuste, o a las tasas PRIME o LIBOR a un plazo determinado; y, un componente fijo, expresado en puntos porcentuales por encima o por debajo del componente variable. El componente fijo se mantendrá constante durante todo el período de la operación". Como se evidencia, no es el caso de aplicación prevista en la LOT.

Que el laudo no es inmotivado y la PGE ha usado la vía inadecuada para plantear tal impugnación. En el acápite sexto de la acción de nulidad de la PGE ha hecho referencia expresa a que el laudo sufriría de un vicio de falta de motivación cuando ha resuelto en general sobre la cuantía de la liquidación de los valores a pagar por OTECEL por concepto de tarifas cobradas a abonados del servicio móvil que presta fruto de la concesión.

Que la garantía de motivación, refiere constitucional y normativamente que las decisiones deben tomarse con una apreciación de los hechos y el derecho aplicable, motivar, precisamente, constituye el verificar los temas sustantivos de la controversia para resolver sobre la materia litigiosa. Por esa consideración, la falta de motivación no se incluye como causal expresa en el artículo 31 de la LAM pues volvería la acción de nulidad en una forma de revisión de los aspectos de fondo de la controversia, algo contrario al limitado control procesal asignado a esta acción.

Que el pretender un control directo de constitucionalidad de la Corte Provincial de Justicia, no es una forma de aplicar el derecho a la tutela judicial efectiva o la primacía constitucional como la PGE expone en su Acción de Nulidad, sino una efectiva violación del orden constitucional y del debido proceso en cuanto a la facultad limitada de revisión de los laudos. Ya se ha señalado la razón por la cual la norma que prevé la inapelabilidad de los laudos arbitrales y su conformidad con la Constitución. Es, además, importante recordar que la solución de conflictos por medio del arbitraje está reconocida expresamente por el artículo 190 de la Constitución, haciendo una remisión expresa a la norma legal, por lo que la constitucionalidad de dicha regla no se halla en discusión.

Que en cuanto a la causal de congruencia, consta que la PGE requiere, en realidad, i) transformarla en una causal de arbitrabilidad en razón de la materia; y, ii) un análisis de fondo del laudo, tanto respecto a la declaratoria de competencia del Tribunal Arbitral, con respecto al mecanismo que empleó para la

determinación de valor liquidado a pagar por OTECEL.

III.2.- Contestando la demanda de nulidad del laudo arbitral propuesta por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el señor Andrés Francisco Donoso Echanique, en su calidad de Vicepresidente Ejecutivo y como tal representante legal, judicial y extrajudicial de la compañía OTECEL S.A. (en adelante OTECEL), señala:

a.- Que las causales de nulidad invocadas por la ARCOTEL, son: la causal c) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dispone: "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"

La ARCOTEL sostiene que la causal invocada se habría configurado en torno a la prueba pericial que fue solicitada por OTECEL S.A. en la demanda arbitral, Acápite V. PRUEBAS, numeral 3, pág. 20.

Que la prueba pericial solicitada en la demanda por OTECEL, fue conocida por ARCOTEL con la citación de la demanda arbitral, fue evacuada en la Audiencia de Sustanciación, como consta del acápite III, Práctica de Pruebas, numeral 3.3. y 3.4 del Acta de la Audiencia de Sustanciación de 5 de agosto de 2016, a la que concurrieron tanto ARCOTEL como la Procuraduría General del Estado, como aparece de la suscripción del Acta correspondiente por el Dr. Caupolicán Ochoa, abogado de ARCOTEL y por la Dra. Paulina Martínez, abogada de la PGE, en donde no han presentado ninguna observación o impugnación a la prueba pericial solicitada por OTECEL.

Es decir, las evidencias procesales que constan del expediente arbitral demuestran que no se ha configurado ninguno de los presupuestos que señala el Art. 31 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación. Sin embargo, la ARCOTEL, alega esa causal como fundamento de la presunta nulidad del laudo.

La causal de nulidad alegada alude, a la potencial indefensión en que habría quedado una parte del proceso arbitral, por haber incurrido en alguna o algunas de las circunstancias descritas en el literal c) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, lo cual no ha ocurrido.

Que lo que en realidad pretende la ARCOTEL, como se deduce del texto de su demanda, es que el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha realice una nueva valoración de la prueba pericial y se pronuncie sobre el fondo de la demanda arbitral y de lo resuelto por el Tribunal Arbitral en el laudo que objeta, lo que se desprende, además del hecho de que la ARCOTEL haya incluido en el texto de la demanda de nulidad las preguntas formuladas al perito por esta entidad, que ya fueron oportunamente contestadas. Es decir, objeta el contenido del informe pericial, por no estar conforme con lo que el perito dictamina. El desacuerdo con el informe pericial de una de las partes en el proceso no es causal de nulidad del laudo. Tampoco es causal de nulidad la valoración que el Tribunal Arbitral haga de la prueba pericial, esta pretensión no la admite la Ley

Respecto a las aseveraciones de ARCOTEL sobre la actuación de la prueba pericial, es necesario señalar que en su demanda de nulidad la ARCOTEL hace varias afirmaciones que no corresponden a la verdad procesal, y que menoscaban la validez de dicha demanda, ya que carecen de fundamento en los hechos y en el derecho.

Como se puede ver de la transcripción de la demanda de nulidad de la ARCOTEL (i) tal entidad nunca pidió en forma puntual y concreta, como corresponde en derecho, ni en el escrito de 12 de diciembre de 2016 ni en ningún otro, la designación de un perito en telecomunicaciones; (ii) el Tribunal Arbitral nunca negó pedido alguno como se afirma, ya que no hubo tal pedido.

En efecto, el Tribunal, en providencia de 14 de diciembre de 2016, señaló que: "1.1. Respecto a la solicitud de la parte demandada, en el sentido de que se tome en cuenta a profesionales con experiencia en telecomunicaciones, para el peritaje encomendado", el Tribunal Arbitral sugiere a las partes y a sus abogados analizar el objeto del peritaje que fue solicitado. El Tribunal apela a la adecuada comprensión del alcance del peritaje solicitado y que se iba a procesar, ya que en ningún caso se trataba de un peritaje técnico. ARCOTEL debió tomar nota de esta precisión del Tribunal y obrar en consecuencia. Por lo tanto, nunca existió una negativa a designar un perito en telecomunicaciones como erróneamente se afirma, pues, como queda indicado, ARCOTEL nunca formuló un pedido concreto en ese sentido.

Al respecto, y para mayor abundamiento, hay que precisar que la petición de prueba pericial de OTECEL S.A., contenida en la demanda arbitral, no alude en ninguna forma a una pericia en telecomunicaciones, como erróneamente sugiere ARCOTEL. Si se examina con objetividad la petición, se concluye que se trata de una pericia de carácter financiero, y así lo entendió el Tribunal. En el tema de pensión o tarifa básica la pericia solicitada por OTECEL S.A. se contrae al examen del requerimiento de pago, y solicita que se descuente del cálculo realizado por la ARCOTEL los valores provenientes de la tarifa básica. ARCOTEL confunde el alcance de la pericia.

Que es el Tribunal Arbitral quien resuelve sobre la índole y naturaleza de la tarifa o pensión básica. Así, el Tribunal en el Laudo decide: "Con relación a este punto, el Anexo 3 del Contrato de Concesión de 1993 y en la Cláusula 44.2 del Contrato de Concesión de noviembre de 2008 mantiene elementos coincidentes sobre la tarifa básica, esto es, considerada como un cargo mensual que debe satisfacer el abonado del servicio de telefonía celular en el primer caso, y móvil avanzado en el segundo caso, y que no tiene relación con minutos como unidad de tasación del servicio. Bajo esta consideración, la tarifa básica no es susceptible de redondeo tarifario que afecte o lesione el derecho del abonado". Por lo que la pretensión de ARCOTEL en la demanda de nulidad, en esta parte, demuestra que lo que tal entidad quiere, en realidad, no es probar que se violó el derecho de defensa de ARCOTEL, sino reformular la pericia y la actuación de esa prueba en el juicio arbitral, pretensión contraria a la Ley y a los antecedentes jurisprudenciales.

Que la ARCOTEL en el escrito de la demanda de nulidad, afirma que (i) OTECEL con escrito de 27 de enero del 2017 "... solicitó ampliación al objeto de la pericia, ante lo cual ARCOTEL impugnó el

pedido..."; y, (ii) "Ciertamente el Tribunal negó el pedido de OTECEL por extemporáneo, no obstante para esa fecha el perito ya había dado paso a la solicitud de OTECEL y había incluido en la pericia la nueva petición de OTECEL y eso se aprecia de la simple lectura del informe pericial". La verdad es que de la lectura del informe pericial se aprecia que responde y se concreta al contenido de la petición formulada por OTECEL S.A. en la demanda (Acápites V, Pruebas, numeral 3). No existe evidencia, ni en el informe principal ni en sus ampliaciones o aclaraciones, que el perito haya considerado o incluido alguna de las preguntas formuladas por OTECEL el 27 de enero de 2017 y desechadas por el Tribunal el 30 de enero de 2017.

La ARCOTEL en la demanda de nulidad afirma c) "Negativa a las aclaraciones y ampliaciones formuladas por ARCOTEL.- Una vez presentado el informe pericial, ARCOTEL mediante escrito de 25 de abril de 2017 solicitó aclaraciones en ciertos temas y aclaraciones en otros aspectos que fueron excluidos deliberadamente por el perito y que eran fundamentales en la decisión de la causa". En efecto, el 25 de abril de 2017, ARCOTEL solicitó que el perito responda a 37 preguntas. Entre las preguntas constan las que se señalan en la demanda de nulidad de Laudo, de ARCOTEL, página 7, acápite c) (preguntas 2.1, 3.2, 3.4, 3.6, 3.12, 5.2 y 5.3). En la ampliación del informe presentado al Tribunal, mediante correo electrónico de 5 de mayo de 2017, el perito contestó a todas y cada una de las preguntas formuladas en el escrito de ARCOTEL, de 25 de abril de 2017. El Tribunal, mediante providencia de 8 de mayo de 2017, y por el término de siete días, puso en conocimiento de las partes la ampliación del informe pericial en el que consta el análisis y las respectivas respuestas a todas y cada una de las preguntas formuladas por la ARCOTEL, incluyendo, por cierto, las que la ARCOTEL afirma que no han sido respondidas por el perito.

Que posteriormente, en providencia de 30 de mayo de 2017, a las 14:16, refiriéndose al escrito de 19 de mayo de 2017, que contiene nuevas alegaciones de la ARCOTEL sobre el informe pericial, el Tribunal dispone: "En cuanto a la petición de tener en cuenta la negativa del perito a dar contestación a ciertas preguntas", luego de haber analizado el contenido del informe pericial, hace presente que todas las preguntas, a excepción de la correspondiente al numeral 3.4, ya se encuentran contestadas por el perito. Con respecto a la pregunta 3.4., el Tribunal estima que aquella excede lo que fue objeto de la pericia, y que bien pudo haber sido pedido dentro del término procesal de la presentación de la prueba". Insiste en que el ámbito de la pericia estaba determinado por la prueba que oportunamente anunció y planteó OTECEL en la demanda. Ni ARCOTEL ni la PGE pidieron oportunamente que se actúe otra prueba, o que se examine o reformule en concreto el tema contenido en la pregunta 3.4 señalada por ARCOTEL. Esta última pregunta fue realizada fuera del ámbito de la pericia, como señala el Tribunal. Esa pregunta rompe la continencia de la prueba ordenada en la audiencia de sustanciación y pretende desnaturalizarla al desviar la atención hacia un tema que nunca se planteó en la demanda ni en la contestación a la misma, y que, por tanto, no fue materia de la traba de la litis, como es el asunto de las modalidades de pos pago y prepago en el contrato de Telefonía Móvil Celular de 1993. Pese a las evidencias en contrario, la ARCOTEL sostiene, en la demanda de nulidad, que no han sido contestadas algunas de las preguntas que había formulado respecto del contenido del informe pericial. Esta afirmación evidentemente errónea, contradice a la realidad procesal y contradice la índole y la técnica de la prueba.

El peritaje, en concordancia con lo planteado en la demanda arbitral formulada por OTECEL S.A. tenía un único objetivo: determinar el valor de devolución al Estado por el redondeo tarifario ocurrido entre febrero de 1999 hasta julio del 2000, y sus correspondientes intereses, de conformidad con la Disposición Transitoria Novena de la LOT.

Sobre el error esencial, la ARCOTEL hace una larga narración del tema, sin embargo, que nunca probó, y sobre el cual el Tribunal Arbitral ya resolvió en el Laudo en forma motivada. En efecto, en el párrafo 84 del Laudo Arbitral de 3 de octubre de 2017, el Tribunal expresó y dictaminó lo siguiente: "84. El perito, Ing. Juan Pablo Salinas respondió lo que fue preguntado por la parte accionante, bajo los parámetros fijados en cada una de esas preguntas. Las alegaciones de error esencial de ARCOTEL y de la Procuraduría General del Estado en escritos de fechas 19 y 24 de mayo de 2017 que obran de fojas 3369 a 3379 y 3385 a 3387 en su orden, no ha sido probada en juicio, pese a que el Tribunal Arbitral, mediante providencia de fecha 29 de junio de 2017 de fojas 3350 dispuso la apertura de un término probatorio para el efecto. El Tribunal concluye que en las preguntas respondidas por el Ing. Salinas no se advierte ni error, menos uno que pudiera ser calificado de esencial o que pudiere viciar el contenido del examen pericial: (i) un cálculo de conversión de sucres a dólares, a un tipo de cambio fijo e inalterable como prevé la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, (ii) un cálculo numérico de intereses legales con indicación de fechas de inicio y terminación para el efecto: y, (iii) el cálculo numérico del valor de reintegro excluyendo los valores correspondientes a la tarifa básica.

Que la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema del error esencial, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, en sentencia de 16 de junio del 2008, resolvió: "El Tribunal Ad-quem no podía fallar sino únicamente por el mérito de los autos conforme lo establece de manera especial el actual artículo 838 del Código de Procedimiento Civil y no disponer oficiosamente la práctica de un nuevo peritaje a cargo de un nuevo perito, máxime cuando el actual artículo 258 del mismo código permite que solo en caso de error esencial probado sumariamente, el juez, de oficio o a petición de parte, ordene la corrección del dictamen pericial por otro u otros peritos... En este mismo sentido, la doctrina ha reconocido como requisito para la eficacia probatoria del dictamen pericial, entre otros, que no se haya probado una objeción oportunamente al dictamen...En el caso sub judice no consta que se haya producido tal prueba...". Efectivamente, de conformidad con lo prescrito en el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, el error esencial debe probarse, y no es suficiente la simple alegación o inconformidad de una parte procesal con el contenido del informe cuando no le favorece, como ocurrió en el caso de la ARCOTEL, pero las peticiones y actuaciones de la ARCOTEL en el proceso arbitral ignoró tal disposición y pretendió que, sin más, se designe otro perito para que satisfaga su pretensión.

Sobre el pedido de nueva prueba, la queja fundamental de la ARCOTEL radica en que se le habría negado la actuación de una nueva prueba. Y esa nueva prueba constante en el escrito de 7 de julio de 2017 sería la designación de un experto en telecomunicaciones. Sin embargo al revisar dicho escrito de ARCOTEL, apreciamos que alude específicamente a la designación de un perito "contable/financiero", lo cual es absolutamente distinto de lo que se afirma en su demanda de nulidad.

Por otra parte, la ARCOTEL tuvo la oportunidad de probar el error esencial, pero se limitó, como consta del expediente, a presentar como prueba de su parte el análisis realizado por el Ing. Robert Díaz perito de la función judicial, al procedimiento ejecutado en la pericia del Ing. Juan Pablo Salinas, en 5 fojas, que no demuestra el error esencial ya que dicho análisis tiene por objeto "establecer si se ha solventado el objeto de la pericia". Es decir no tenía por finalidad examinar y demostrar el presunto error esencial. Además tal "pericia" no fue ordenada por el Tribunal Arbitral, y por tanto, no constituye prueba de conformidad con la Ley.

De la lectura del expediente se concluye que en lo relacionado a la prueba pericial a la que extensamente se refiere la demanda de nulidad, no se configuraron ninguno de los presupuestos señalados en el artículo 31 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación. Es decir, las partes tuvieron las más amplias oportunidades para ejercer el derecho a la defensa; estuvieron presentes en la audiencia de sustanciación donde el Tribunal dispuso la actuación de las pruebas; la designación del perito se realizó en forma legal y previa notificación a las partes, quienes tuvieron la oportunidad de realizar comentarios sobre la calidad del perito; el informe pericial se ajusta con exactitud a la petición contenida en el acápite V.3, de la demanda arbitral; que el perito cumplió a cabalidad la tarea encomendada atendiendo las solicitudes de aclaración y ampliación de su informe y que contestó todas las preguntas formuladas por la ARCOTEL, ésta última asistió a la audiencia de examen de perito de 29 de junio de 2017, presentando todas sus inquietudes, como consta del audio que forma parte del expediente arbitral; que alegó sin fundamento la presunta existencia de error esencial y que el Tribunal concedió un término probatorio para que lo demuestre; que la ARCOTEL no probó la existencia de tal error esencial; el Tribunal respecto de la prueba pericial resolvió lo que en derecho correspondía y en el párrafo 84 del laudo consta que no se configuró el pretendido error esencial y aseveró que "...lo que hay es una inconformidad con las premisas utilizadas en la pregunta y cuyas definiciones constan ampliamente analizadas en los próximos párrafos de este laudo arbitral"

b.-Sobre la Causal d) del artículo 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje "EL laudo se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado"

Que en la demanda OTECEL solicito que: "En el supuesto de que la ARCOTEL cobrase a OTECEL S.A., por la vía coactiva, cualquiera de los valores que constan del requerimiento de pago del 5 de octubre del 2015, el Tribunal Arbitral se servirá disponer en el laudo correspondiente, que se reintegre a mi representada con la diferencia entre el valor que señale el Tribunal y lo que la ARCOTEL hubiese cobrado por la vía coactiva, agregando los correspondientes intereses, a favor de mi representada".

Que el Tribunal en el Laudo Arbitral resolvió, párrafo 140, letra e) "Que en el cuerpo Quinto del expediente arbitral, consta la copia certificada del Juicio Coactivo seguido por la ARCOTEL en contra de OTECEL S.A. y que entre fojas 2353 a 2539 existen varios oficios de distintos bancos, entre ellos, el Banco Solidario, Banco Bolivariano, Banco del Pacífico, Banco del Pichincha, Citibank y PRODUBANCO que dan cuenta de que se habría procedido a retener fondos por diferentes valores y en fechas distintas, de las cuentas del accionante OTECEL S.A. relacionados con los aspectos que han

sido resueltos en este laudo arbitral", letra f) "Que, no siendo posible determinar con precisión el valor total de estas retenciones ordenadas por ARCOTEL a través de las entidades del sistema financiero nacional, se resuelve que la diferencia en los valores que hubieren sido cobradas a través de las referidas retenciones de fondos y el valor adeudado por OTECEL S.A. deberá ser reintegrado a OTECEL S.A. con el interés legal. Si los valores retenidos, no llegaren a superar los US\$ 4'967.753.09 más los intereses legales que se liquiden, OTECEL S.A. deberá pagar la diferencia".

Que el laudo arbitral establece que el valor que adeuda OTECEL a la ARCOTEL es de US\$ 4'967.753.09, más los intereses legales que se liquiden. Las retenciones efectuadas en los Bancos, alcanzan el monto de US\$ 13'560.772,17 como aparece de los certificados bancarios que constan del proceso. Por lo tanto la diferencia retenida en exceso y en perjuicio de OTECEL S.A. alcanza la suma de US\$ 8'593.019,08. Tales fondos retenidos están inactivos y su retorno supera en mucho el interés que genera dicho dinero, pues se trata de capital de trabajo de la empresa que, invertido en las operaciones del negocio, producirían a lo largo del tiempo valores de importancia para la economía de la compañía, ocasionándose así graves daños y perjuicios al patrimonio de OTECEL mientras se mantenga esta situación.

Que lo expuesto claramente deja concluir que, en primer lugar, no se ha configurado la causal de ultra petita que se alega; el laudo, en ningún caso le ha concedido a OTECEL más allá de lo pedido o distinto de lo demandado, en efecto hasta el momento lo único cierto es que el laudo dictaminó el monto adeudado al Estado como efecto de la liquidación del redondeo.

Que la causal d) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación contiene dos asuntos: (i) si el laudo se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje. El laudo se refiere exclusivamente a todos y cada uno de los puntos que fueron materia de la demanda arbitral, esto es, determinar el monto de la liquidación de valores a cancelar al Estado ecuatoriano generados por efecto del redondeo; y, (ii) se refiere al hecho de que el laudo conceda más allá de lo reclamado. La demanda arbitral fijó la cuantía en US\$ 24'972.047.09. En contraste, lo que el Tribunal Arbitral ha reconocido en el laudo es que OTECEL tiene derecho a que se le reintegren los valores que superen los US\$ 4'967.753,09 más los intereses que se liquiden. En el laudo precisamente se dispuso el reintegro a OTECEL de los valores que habían sido retenidos por la orden de ARCOTEL en el juicio coactivo, y que esta disposición del laudo guarda perfecta concordancia cualitativa con la demanda y concuerda con las excepciones formuladas por OTECEL.

**SEGUNDA.-COMPETENCIA DEL PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. VALIDEZ PROCESAL.-** El Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha es competente para conocer y resolver la causa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la LAM, en concordancia con lo establecido por la Resolución No. 08-2017 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de marzo de 2017.

De otro lado, se declara la validez del proceso, al no existir omisión de solemnidad sustancial alguna, entendiéndose que se ha cumplido con los lineamientos determinados en la Ley de Arbitraje y



Mediación, del Código Orgánico General de Procesos como norma legal supletoria, y en observancia de las garantías básicas del derecho al debido proceso que está contempladas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

TERCERA.- 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 la especie en la cláusula sesenta y ocho punto dos (68.2) del “Contrato de concesión para la prestación del 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” suscrito entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y OTECEL S.A., señala: “[...] 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 [...]” (fjs. 150 vta. y 151). Esta Presidencia está facultada para examinar si procede las causales de nulidad alegada por los actores, pero no tiene competencia para analizar el asunto de fondo, porque el laudo es un título de ejecución que no admite ninguna clase de recurso que no sea los horizontales de aclaración y ampliación.

CUARTO.- MOTIVACIÓN.- Las acciones, propuestas por la Procuraduría General del Estado-PGE y la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL al momento de referirse a los fundamentos de derecho coinciden en la causal prevista en el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo que será examinada de manera simultánea.

Mientras que la ARCOTEL, se refiere también a la causal prevista en la letra c) de la disposición legal citada.

IV.1.-Con relación al literal c) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dispone que cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral “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”.

La ARCOTEL determina tres momentos a) El Tribunal Arbitral no atendió la solicitud de aclaración y ampliación del informe pericial; b) El Tribunal no practicó la prueba solicitada para justificar el error esencial ; y, c) El Tribunal no permitió la práctica de prueba nueva al amparo de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

a.- El Tribunal Arbitral no atendió la solicitud de aclaración y ampliación del informe pericial.- De la revisión de los recaudos procesales se tiene que a fojas 3792 a 3793 comparece al proceso arbitral la

señora doctora Blanca Gómez De La Torre en su calidad de Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje y delegada del señor Procurador General del Estado en donde pide la ampliación en el informe presentado por el perito, ingeniero Juan Pablo Salinas. Mientras que la señora Vanessa Proaño De La Torre en su calidad de Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, solicita aclaración y ampliación del informe pericial, la que obra a fojas 3794 a 3799. El Tribunal Arbitral con providencia dictada el 25 de abril de 2017 a las 17h30 dispone poner en conocimiento del perito las observaciones formuladas por las partes para que “siempre que éstas fueran procedentes, las corrija, amplíe o aclare según corresponda” concediéndole el término de 5 días. A fojas 3847 a 3849 consta el e-mail remitido por Juan Pablo Salinas, perito designado dentro de la presente causa, donde responde a los pedidos formulados por las partes. Con esta respuesta el Tribunal con providencia dictada el 18 de mayo de 2017 a las 12h14 que obra a fojas 3853 ordena poner en conocimiento de las partes por el término de 3 días. Tanto la Procuraduría General del Estado con escrito que obra a fojas 3875 a 3876 como la ARCOTEL mediante escrito que obra a fojas 3882 a 3892 impugnan el informe pericial como su ampliación, adicionalmente ésta última alega error esencial. De lo mencionado se desprende que el Tribunal Arbitral dio atención oportuna a los requerimientos presentados por los sujetos procesales.

b.- El Tribunal no practicó la prueba solicitada para justificar el error esencial.- Conforme lo señalado en líneas anteriores mediante escrito presentado por la ARCOTEL y que obra del proceso a fojas 3882 a 3892, alega error esencial. Mediante providencia dictada por el Tribunal Arbitral que obra a fojas 3913 señala que luego de la audiencia oral de examen del perito se analizará la procedencia de la alegación. Sin embargo, con solicitud realizada por la ARCOTEL que obra a fojas 3925 a 3926 solicita al Tribunal la designación de un perito para probar sumariamente el error esencial que alega. Mediante providencia dictada el 9 de junio de 2017 a las 13h00 que obra a fojas 3927 el Tribunal corre traslado a las partes sobre esta solicitud, para luego insistir con providencia dictada el 28 de junio de 2017 a las 18h00 que obra a fojas 3957 señalando que la alegación de “error esencial sería resuelta luego de la audiencia del examen del perito”, esta audiencia se lleva a cabo el 29 de junio de 2017 a las 11h30, ese mismo día a las 14h06 el Tribunal con providencia concede a la ARCOTEL el término de 5 días para que pruebe su alegación de error esencial. Dentro de ese término la ARCOTEL presenta escrito que obra del proceso a fojas 4074 a 4085 en donde solicita la designación de un perito experto en temas contable financieros que compare el objeto de la pericia, con la pericia presentada por el señor Juan Pablo Salinas y absuelva las interrogantes señaladas, adicionalmente solicita agregar el análisis practicado por el ingeniero Robert Díaz al procedimiento ejecutado por el señor Juan Salinas. Mediante providencia de 18 de julio de 2017 a las 12h00 se ordena agregar al proceso el citado informe y tenerlo como prueba a favor de la ARCOTEL y con providencia de 4 de agosto de 2017 a las 09h00 señala que la alegación de error esencial será resuelta al momento de expedir el laudo arbitral puesto que “resolver cada una de las observaciones al informe implica necesariamente hacer pronunciamientos sobre el fondo de la materia litigiosa, lo que no procede en este estadio procesal”. Y, en el numeral XI del laudo el Tribunal resuelve la alegación de error esencial en el informe pericial alegado por la ARCOTEL.

El artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, exige previamente de la autoridad la “declaración de error esencial en el informe pericial” [Recurso de Casación No. 146-2011 dictado por el Dr. Álvaro

Ojeda Hidalgo el 05 de marzo de 2013 alas 09h37] para que proceda el nombramiento de un nuevo perito que corrija el error, en el caso sub judice el Tribunal no resuelve en ese sentido por lo tanto, no era necesario el nombramiento de otro perito como lo solicitó la ARCOTEL.

c) El Tribunal no permitió la práctica de prueba nueva al amparo de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación.- Obra de autos los escritos presentados por la ARCOTEL a fojas 3882 a 3892 y 4132 a 4133 en donde señala se “reserva el derecho de presentar prueba nueva”. Sin embargo, solo hasta la solicitud que obra del proceso a fojas 4157 es que solicita la designación de un perito técnico experto en telecomunicaciones que conozca el manejo de plataformas por cuanto según lo afirma el informe pericial contiene imprecisiones sobre la conceptualización de Tarifa Básica. El Tribunal con providencia dictada el 17 de agosto de 2017 a las 17h45 explica que el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación reconoce el derecho de las partes procesales de solicitar prueba extemporánea, también reconoce la atribución del Tribunal de aceptar o no esos pedidos de prueba, haciéndose una adecuada ponderación entre la necesidad y la relación con el objeto controvertido y las demás pruebas practicadas; señala además que, los pedidos que la ARCOTEL realiza se fundan en aspectos de orden técnico en telecomunicaciones, por lo que a criterio del Tribunal debió haberse solicitado en la etapa procesal prevista en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Es necesario señalar que, el Tribunal en este punto de manera fundamentada señala las razones por las cuales estima improcedente la práctica de la prueba nueva.

Por consiguiente no se ha vulnerado el derecho de las partes respecto de la admisión, contradicción de la prueba y concesión de un espacio procesal para practicarla. La petición de la accionante Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL, en el sentido de que se declare la nulidad del laudo por que no se han practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse, no tiene fundamento y se la rechaza. Tanto más que, la Corte Constitucional, en sentencia No. 252-17-SEP-CC, señala que: “[...] A través de la acción de nulidad de laudo el juez ordinario llamado a conocerla y resolverla no adquiere competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo, es decir, si hubo o no errores in judicando ni tampoco para revisar el aspecto probatorio, es decir si hubo o no errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. Por lo mismo, desde que se habla de anulación se excluye la posibilidad de que el juicio de nulidad sea de segunda instancia [...]”

IV.2.- La segunda causal de nulidad alegada es la del literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que contempla como causa de nulidad del laudo que éste “se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”. tiene dos hechos que la integran:

a.- Que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas a arbitraje.- Para determinar que el laudo es nulo por incongruencia ultra petita, debemos basarnos en el convenio arbitral, en el cual debe constar claramente los asuntos sometidos a arbitraje y sobre los cuales debieron decidir los árbitros. Más si el laudo versa sobre aspectos que no constan en el convenio será parcialmente nulo en la parte en la que sobrepasó el límite convencional, la nulidad por tanto afecta a los puntos no sometidos a decisión del árbitro. Sin embargo, esta causal también prospera cuando el Tribunal lauda sobre aspectos que no

pueden ser objeto de arbitraje, por no ser transigibles de conformidad con lo previsto en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En este caso la acción tiene que ver con el hecho de que, según los accionantes, los árbitros, resolvieran revocar un acto administrativo, decisión que no podía someterse a arbitraje, porque no es materia transable lo relacionado con asuntos de orden público.

Del contenido del laudo se desprende que el Tribunal Arbitral, en su pronunciado el 03 de octubre de 2017, resolvió: "a) Dejar sin efecto por afectar los derechos de la concesionaria OTECEL S.A., el denominado oficio ARCOTEL DE-2015-0747-OF de 5 de octubre de 2015 que contiene el requerimiento de pago dirigido a la concesionaria". En definitiva, el laudo declaró ilegal e improcedente el contenido del Oficio, cuya copia protocolizada obra a fojas 481 y 482 del expediente mediante el cual la ARCOTEL al amparo de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2015; la resolución No. ST-2000-0451 de 10 de octubre de 2000 y el Oficio No. ITC-2010-3667 de 28 de diciembre de 2010 ambos emitidos por la Superintendencia de Telecomunicaciones solicitó, a OTECEL el pago de USD \$ 24'972.047,09.

A ese respecto, el Contrato de Concesión, suscrito entre la Superintendencia de Telecomunicaciones-SUPERTEL y OTECEL el 29 de noviembre de 1993, prevé en su cláusula décimo séptima la posibilidad de someter al arbitraje aquellas controversias surgidas entre las partes y que tengan su origen en circunstancias de orden técnico que no las resuelva el Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular, dejando para la justicia ordinaria aquellas controversias que surjan en la interpretación y aplicación de las cláusulas contractuales que no puedan ser resueltas amigablemente, debiendo en este punto precisar que la demandada OTECEL al momento de solicitar la designación de un perito consideró que se trata de un asunto económico-financiero y no técnico, por lo que al amparo de este contrato no habría lugar al sometimiento de las partes a un Tribunal de Arbitraje.

Ahora bien, la controversia sometida a decisión del Tribunal Arbitral, tiene su origen en la ejecución de la Resolución No. 0451 de 10 de octubre de 2000 mediante la cual la Superintendencia de Telecomunicaciones-SUPERTEL, ordena la reparación de los daños ocasionados por la operadora, por el "redondeo tarifario" efectuado en el período comprendido entre los años 1999 a 2000; y que ha servido como antecedente para la emisión del Oficio No. ARCOTEL-DE-2015-0747-OF de 5 de Octubre de 2015 conforme lo advierte la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, disposición ésta, que además le faculta para que arbitre las medidas necesarias a fin de que se cumpla lo señalado sin dilaciones de ninguna naturaleza.

El artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, define al acto administrativo como: "Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa". Agustín Gordillo, en su obra "Tratado de Derecho Administrativo", lo define como "toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de

forma inmediata". Al decir, que el acto administrativo es una declaración, se debe entender que, es en cuanto son manifestaciones con trascendencia externa, que pueden crear derechos (concesión de una licencia) o imponer obligaciones para los particulares (sanción, pago de una multa). El sentido unilateral del acto administrativo, es lo que lo distingue de los contratos.

Así mismo, el artículo 68 *ibidem*, dispone: "LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto", la presunción de legalidad se refiere, según el doctor Patricio Secaira Durango (Curso Breve de Derecho Administrativo, Quito, Editorial Universitaria, 2004, página 181-182) a la "consideración de validez plena de un acto administrativo, entendiéndose por tal a la cabal tramitación, competencia del funcionario para expedirlo y sobre todo a la aplicación irrestricta de la norma positiva"; mientras que la de ejecutoriedad implica que la Administración Pública puede por sí misma "ejecutar" materialmente los efectos que de sus actos se derivan en contra de la voluntad de los administrados, inclusive. De manera que, es la autoridad jurisdiccional quien realiza el control de la legalidad de aquellos actos.

Eduardo García de Enterría, en su obra "Curso de Derecho Administrativo", define al "acto administrativo" como "la declaración de la voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo de realizarla por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria". La potestad administrativa significa pues, que el acto administrativo sea realizado bajo el margen de legalidad de la misma. No hay acto sin norma específica que lo autorice y lo prevea, el acto administrativo es esencialmente típico desde el punto de vista legal, obediente a la previsión de la Ley.

De los conceptos anteriores, se puede afirmar, sin lugar a dudas que para que todo acto administrativo sea válido, se requiere la concurrencia en debida forma de una serie de elementos que al no ser cumplidos generan vicios dentro de la esencia del acto, a saber:

i) Elemento Subjetivo.- debe ser un órgano de la Administración, y un órgano competente para producir el acto. El órgano debe ser el legalmente facultado por Ley para emitir el acto concreto, así ocurre con el Oficio No. ARCOTEL-DE-2015-0747-OF de 5 de Octubre de 2015, pues según lo ordenado por la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la ARCOTEL está facultada para arbitrar las medidas que sean necesarias a fin de que se cumpla lo señalado.

ii) Elemento Objetivo.- dentro de este encontramos, el elemento-motivación y el elemento-causa. El primero se entiende como la exigencia a que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de derecho que le determinaron a adoptar su resolución. Este elemento responde la pregunta del ¿Por qué? de la emisión de determinado acto administrativo, que en el caso que nos ocupa halla su justificación en la norma Legal antes citada. El segundo es la adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de la potestad que se ejercita. Es decir la causa real es la determinada por la Ley, y el motivo es la intención del funcionario al emitir el acto.

iii) Elemento Formal.- los elementos formales son los que trascienden a la forma de integración de la voluntad expresada en el acto, a la declaración de esta voluntad y a su ulterior comunicación. Efectivamente, para que un acto surja a la vida del Derecho Administrativo se necesita cumplir con determinadas formalidades. Y es a lo largo del procedimiento administrativo, de creación del acto, donde deben seguirse ciertos pasos para que la actuación de la Administración sea válida, como ocurre en el caso sub judice pues el procedimiento que desemboca en la emisión del Oficio No. ARCOTEL-DE-2015-0747-OF de 5 de Octubre de 2015, es el establecido en la disposición transitoria a la que me he referido anteriormente. En consecuencia, para que un acto administrativo sea válido este debe estar apegado al principio de legalidad, reserva de Ley y seguridad Jurídica.

El acto unilateral por el cual la ARCOTEL solicita a OTECEL el pago de USD \$ 24'972.047,09, tiene como antecedente las resoluciones emitidas por la extinguida Superintendencia de Telecomunicaciones-SUPERTEL y la propia Ley Orgánica de Telecomunicaciones-LOT constituye un acto administrativo emitido dentro de la actividad jurídica de la administración, se trata de una declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales de forma directa. La alegación de OTECEL para someter la resolución al control del Tribunal Arbitral tiene que ver con su origen, pues sostiene que se trata de valores que devienen de la ejecución contractual, del "contrato de concesión para la prestación del 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", suscrito entre la Secretaria Nacional de telecomunicaciones y OTECEL S.A, el 20 de noviembre de 2008, que establece como método de solución de controversias el arbitraje, incluyendo aquellas que se produzcan de la ejecución del contrato.

Por principio de orden público el acto administrativo emitido el 05 de octubre de 2015 no pudo ser impugnado u "objetado" en sede arbitral, aun cuando las partes hubieran previsto convencionalmente esta posibilidad, pues, lo acordado contraviene la disposición del artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en R. O. N° 145, de 4 de septiembre de 1997, que dispone que, el sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias. De lo dicho se desprende que no pueden someterse a la jurisdicción convencional las controversias no susceptibles de transacción, como ocurre con la recaudación de valores que se originaron en la imposición de una multa por parte de un funcionario público, porque es la consecuencia del ejercicio una potestad pública derivada del supuesto incumplimiento de un contrato, a través del cual el Estado delegó a una persona jurídica la prestación de los servicios de telecomunicaciones. La empresa OTECEL fue seleccionada para que actuara en el área de la prestación del servicio móvil avanzado y servicio telefónico de larga distancia internacional, de acuerdo con los términos y condiciones determinados en la Ley y en el Contrato de Concesión. Por tanto no se trata de una simple recaudación de valores impuestos por concepto de multas, estipulada contractualmente con los efectos de una cláusula penal, sino que es un

acto administrativo efectuado en ejercicio de la función administrativa y, por tanto, impugnabile únicamente en sede administrativa o judicial. La doctrina enseña que "El acto administrativo, en su calidad de acto productor de efectos jurídicos directos, puede ser impugnado mediante la interposición de recursos administrativos y recursos y acciones judiciales. El acto administrativo que se presume legítimo, exigible y hasta ejecutorio es impugnabile administrativa y jurisdiccionalmente por los administrados, en ejercicio del derecho de defensa que ampara la Constitución. La impugnación puede ser en sede administrativa o en sede judicial. En sede administrativa a través del recurso (jerárquico, jerárquico impropio o de alzada, revisión, reconsideración), reclamaciones (mera reclamación, reclamación administrativa previa, queja) y denuncias (mera denuncia, denuncia de legitimada), en virtud del procedimiento administrativo que regula tales medios de defensa de los administrados. En sede judicial, la impugnabilidad del acto puede hacerse por las acciones y los recursos propios del proceso administrativo (acciones de plena jurisdicción, anulación o ilegitimidad, interpretación, etc.)..." (Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006, pp. 398-399).

b.-Que el laudo conceda más allá de lo reclamado.- Es decir cuando el laudo ha sido dictado con incongruencia extra petita, esto es cuando contempla aspectos no pretendidos ni reclamados por las partes y por lo tanto no son objeto del litigio. Para ello, se debe analizar las pretensiones de las partes deducidas no solamente en el convenio arbitral, sino en los diferentes actos del proceso arbitral.

En el presente caso, la ARCOTEL señala que entre las pretensiones que OTECEL S.A., demanda, en el numeral v del acápite VII que: "En el supuesto de que la ARCOTEL cobrase a OTECEL S.A., por la vía coactiva, cualquiera de los valores que constan en el Requerimiento de Pago del 5 de octubre de 2015, el Tribunal Arbitral se servirá disponer en el laudo correspondiente, que se reintegre a mi representada con la diferencia entre el valor que señale el Tribunal y lo que la ARCOTEL hubiese cobrado por la vía coactiva, agregando los correspondientes intereses, a favor de mi representada". A fojas 2769 a 2780 obran copias certificadas del proceso coactivo instrumentado en contra de OTECEL S.A. del cual se desprende que mediante auto dictado el 5 de noviembre de 2015 a las 13h11 la Jueza Nacional de Coactivas de la ARCOTEL dispone como medida cautelar "dirigir un oficio a la Superintendencia de Bancos y Seguros y a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria a fin de que comuniquen a las Instituciones bajo su control y en las que la Compañía coactivada mantenga cuentas corrientes o de ahorros, se proceda a la retención de valor adeudado". En el Laudo el Tribunal, establece: "[...] e) Que en el Cuerpo Quinto del expediente arbitral, consta la copia certificada del Juicio Coactivo seguido por ARCOTEL, en contra de OTECEL S.A. y que entre fojas 2353 a 3539 existen varios oficios de distintos bancos, entre ellos el Banco Solidario, Banco Bolivariano, Banco del Pacífico, Banco del Pichincha, Citibank y PRODUBANCO que dan cuenta de que habría procedido a retener fondos por diferentes valores y en fechas distintas, de las cuentas de la accionante OTECEL S.A., relacionados con los aspectos que han sido resueltos en este laudo arbitral. f) Que, no siendo posible determinar con precisión el valor de estas retenciones ordenadas por ARCOTEL a través de las entidades del sistema financiero nacional, se resuelve que la diferencia entre los valores que hubieren sido cobrados a través de las referidas retenciones de fondos y el valor adeudado por OTECEL S.A., deberá ser reintegrado a OTECEL S.A., con el interés legal. Si los valores retenidos, no llegaren a

superar los US \$ 4'967.753.09 más los intereses legales que se liquiden, OTECEL S.A. deberá pagar la diferencia [...]”, como se aprecia la pretensión hace referencia a un supuesto cobro realizado por la ARCOTEL vía coactiva, mientras que el laudo se refiere al cobro realizado vía retenciones de fondos, en él no se realiza una estimación sobre los efectos jurídicos causados por la orden de retención como medida cautelar y el cobro efectivo, por lo que considero que el Tribunal se pronunció sobre aspectos no comprendidos ni reclamados por las partes.

Así mismo, el argumento de la Procuraduría General del Estado, en el sentido de que el laudo concede más de lo reclamado por la actora, pues dispone la aplicación incorrecta de la tasa de interés que deberá satisfacer OTECEL. Es necesario señalar que, de la revisión de la demanda arbitral en el numeral iv del acápite VII, OTECEL entre sus pretensiones, solicita “Que se liquiden intereses, a partir de la fecha de expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esto es el 18 de febrero de 2015”, sin referirse a la tasa de interés que se aplicaría. La Disposición Transitoria Novena de la LOT, dispone que las empresas operadoras CONECEL S.A y OTECEL S.A., “deberán transferir dichos valores más los intereses legales a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que los mismos ingresen al Presupuesto General del Estado”. Mientras que el laudo dictado de 3 de octubre de 2017 a las 14h11 en su literal d) del numeral XII ordena: “Disponer que los intereses legales que deberán ser pagados por OTECEL S.A., conforme la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se calculen desde el 15 de febrero de 2015 hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago, a la tasa de interés legal correspondiente al 7,41%”, sin considerar la fluctuación mensual que sufren las tasas de interés. Éste contraste pone en evidencia que el laudo concedió más allá de lo reclamado al haberse referido la tasa de interés sin que haya sido objeto de las pretensiones OTECEL.

QUINTA.- DECISIÓN Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA se acepta la demanda, por haber incurrido en la causal del literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y se declara la nulidad del laudo arbitral pronunciado por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación-CIAM de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industriales de Pichincha, el 03 de Octubre de 2017 a las 14h11, y su ampliación dictada el 23 de octubre de 2017 a las 11h00. NOTIFÍQUESE.

f).- ARRIETA ESCOBAR JULIO ENRIQUE, PRESIDENTE

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

LEMA OTAVALO MARÍA BLANCA  
SECRETARIO

