

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No: 17100201800016, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 226

Casillero Judicial Electrónico No: 0703220020

Fecha de Notificación: 21 de noviembre de 2018

A: SR. ANDRÉS FRANCISCO DONOSO ECHANIQUE. VICEPRESIDENTE EJECUTIVO Y COMO TAL REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMPAÑÍA OTECEL S.A.

Dr / Ab: ULLOA BALLADARES EDGAR FABRICIO

PRESIDENCIA

En el Juicio No. 17100201800016, hay lo siguiente:

Quito, miércoles 21 de noviembre del 2018, las 10h03, VISTOS.- Para resolver las acciones de NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL presentadas por el doctor José Luis Peñaherrera Véjar, en su calidad de Director de Patrocinio y Coactivas y Delegado del Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; y, la 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 contra de la Compañía OTECEL S.A. representada por su Presidente Ejecutivo Manuel Casas Aljama, se considera: PRIMERA.- Antecedentes. Acción, contradicción.- 1.1.- El doctor José Luis Peñaherrera Véjar, en su calidad de Director de Patrocinio y Coactivas y Delegado del Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conforme la Resolución No. ARCOTEL-2017-0477 de 13 de junio de 2017; y, la 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, comparecen y presentan, al tenor de lo establecido en el literal d) del Artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, acción de nulidad del laudo arbitral dictado el 20 de diciembre de 2017, que fuera ampliado y aclarado el 26 de enero de 2018, en el juicio arbitral No. 003-2016, seguido por el señor José Manuel Casas Aljama en su calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de OTECEL S.A., en contra de la ingeniera Vanessa Proaño De La Torre en su calidad de Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL y del doctor Diego García Carrión, en su calidad de Procurador General del Estado, tramitado por el Tribunal del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Industriales de Pichincha-CIAM del Distrito Metropolitano de Quito. Para ese efecto, los accionantes señalan que le corresponde al Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones la interpretación de los contratos de concesión conforme lo dispone el último inciso del artículo 38 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuanto con su expedición se suprimieron el Consejo Nacional y la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones. Afirman, que si bien el Contrato de Concesión (año 2008) se suscribió previa a la expedición de ésta Ley (año 2015) se considera aplicables las normas contenidas en ella, conforme lo señalado en su disposición transitoria primera. Sostienen que, el Laudo se encuentra inmotivado por cuanto el Tribunal Arbitral, no establece la normativa aplicable para determinar el concepto de SIM CARD, sino que interpreta las estipulaciones contractuales que a su decir, se aplican al caso, no siendo de su competencia esta interpretación primaria. Adicionalmente, el uso de normas civiles en temas de carácter técnico no mantiene una razonabilidad aplicativa al caso, pues se trata de un contrato administrativo de concesión regido por el derecho administrativo, y no, de un contrato de orden civil suscrito entre particulares. Agregan que, la lógica del Tribunal Arbitral pretende establecer que el valor de la SIM no está sujeto al pago del derecho variable de concesión, para llegar a esa conclusión el Tribunal no consideró que: i) El "Manual para la recopilación de datos administrativos y de las TIC" de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, particularmente

lo dispuesto en los indicadores 151c y 151p; por el contrario, estimó normas de carácter civil que se refieren a bienes muebles incluidos los muebles que por su naturaleza se vuelven inmuebles-; ii) La definición del servicio de telecomunicaciones constantes en normas nacionales Ley Orgánica de Telecomunicaciones- e internacionales Regulaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT-, no coinciden con la apreciación de los árbitros que lo definen como “recurrente, periódico y de tracto sucesivo”; iii) La naturaleza jurídica de la SIN CARD recogida por el Tribunal no considera criterios técnicos y por el contrario utilizando el Anexo 1 del Contrato de Concesión, sin mayor análisis técnico-jurídico, la vincula en la “venta de terminales y similares” concluyendo que el bien SIN CARD es un “similar” para quedar exento del pago del derecho variable de concesión, dando como resultado la conclusión ilógica a la que arriban en el laudo. Alegan que, el parámetro de la comprensibilidad que comporta la obligación del juzgador de desarrollar un fallo entendible, diáfano y comprensible para las partes procesales y también para el gran auditorio social, permite establecer con claridad sus argumentos, tiene relación directa con los dos requisitos anteriores en tanto, una resolución judicial construida por premisas debidamente concatenadas y coherentes entre sí, otorgan claridad y comprensibilidad en el fallo. Para justificar que el laudo es incomprensible basta según su afirmación- realizar la transcripción del párrafo 41, el que señala: “No se discute si la SIM está intrínsecamente relacionada con el SMA, porque no hay alegación en contrario; lo que se discute es que si un prerequisite como la SIM, al estar relacionado con el acceso al servicio, se contagia con la naturaleza del mismo. En este punto el Tribunal Arbitral tiene clara la distinción entre acceso al servicio y servicio, el tener aptitud para acceder no implica de ninguna manera beneficiarse de un servicio. El servicio existe desde el momento de su consumo, a cuyo efecto, el carácter tasable es relevante”, del que resalta que el “servicio existe desde el momento de su consumo” lo que es un error de concepto, pues la venta de la SIM CARD no genera inmediatamente el consumo del servicio sino que lo habilita. En lo relativo a la violación de conceder más allá de lo reclamado, la ARCOTEL sostiene que el vicio ultra petita, “se da en el momento mismo de la diligencia de lectura y entrega de una copia del laudo, constituido por la falta de subsunción entre la norma (artículo 38 último inciso de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), el hecho y lo contractual (cláusula Tres letra e del Contrato de Concesión)”. Los árbitros, no siendo competentes para ello- interpretan el Contrato de Concesión de OTECEL S.A. de forma primaria, por ello resuelven más allá del objeto del litigio, considerando que la pretensión se reduce a determinar “si el valor de la venta de la SIM debe ser considerado como ingreso del SMA” la incongruencia ultra petita, radica expresamente en la interpretación que realiza, puesto que viola la intención de los contratantes que reserva al Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, aquella facultad conforme así se acordó en la cláusula 4.3, que señala: “En caso de persistir la duda sobre la definición de un término le corresponde al CONATEL interpretarlo y tal interpretación será obligatoria. La Sociedad Concesionaria tendrá derecho a impugnar la interpretación efectuada por CONATEL de conformidad con la cláusula sesenta y ocho (68), solución de controversias”; es decir, la intervención arbitral se viabiliza una vez que se cuente con esta interpretación administrativa. Que, con la finalidad de interpretar el contrato, el Tribunal usó como norma facultativa el artículo 18 del Código Civil que permite a los jueces incluidos los árbitros con facultades jurisdiccionales a interpretar la Ley, considerando al “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 bandas de frecuencias esenciales” como un contrato-Ley, cuando según lo determina el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva se trata de un contrato administrativo La Procuraduría General del Estado-PGE, por su parte sostiene que el numeral 3 del informe presentado por la doctora Rosa Llumiquinga, perito designada por el Tribunal Arbitral, respondiendo la pregunta “Del precio de adquisición del CHIP por parte de los usuarios del servicio de telefonía móvil avanzado, señale el valor que corresponde al precio de la tarjeta SIM (CHIP) y el valor que correspondía al servicio prestado por OTECEL”, manifestó: “3.5. En el año 2012 el precio de

venta de tarjeta SIM fue de USD 3,57 y el precio del servicio prestado fue de USD 2,68 esto para los meses de enero a febrero de 2012, y para los meses de marzo a diciembre de 2012, el precio unitario registrado por la venta de la tarjeta SIM fue de USD 6,25 y valor del servicio prestado fue de USD 0,00. 3.6. Para el año 2013 el precio de venta de la tarjeta SIM fue de USD 6,25 y el precio del servicio prestado fue de USD 0,00. 3.7. En el año 2014 en los meses de enero a mayo de 2014, el precio de venta de la tarjeta SIM fue de USD 6,25 y el precio del servicio prestado fue de USD 0,00 y para los meses de junio a diciembre de 2014 el precio registrado en las facturas de venta de la tarjeta SIM fue de USD 2,68 y el precio por el servicio prestado fue de USD 2,68". Como se aprecia, de marzo a diciembre de 2012, el año 2013 y de enero a mayo de 2014, el precio de venta de la tarjeta SIM fue de USD 6,25 mientras que el precio del servicio fue de USD 0,00. Considerando las variaciones en el precio de la tarjeta SIM en los años indicados con respecto a otros ejercicios económicos se solicitó una aclaración de esta situación. La perito en su informe ampliatorio de 26 de junio de 2017, con respecto al periodo correspondiente a marzo a diciembre de 2012, 2013 y de enero a mayo de 2014, señala: "En atención a lo estrictamente solicitado en ese punto, dejando a criterio del Tribunal, presento un ejercicio en el que se procede a dar un valor a los ingresos por la venta de las tarjetas SIM y un valor al servicio dentro del período solicitado. De acuerdo a la revisión de la información que se ha efectuado durante la realización del informe pericial, para efectuar el cálculo se debe tomar en cuenta los siguientes aspectos. Para el cálculo, el precio de la tarjeta SIM es de USD 3,57 esto equivale al 57,1% y el precio del servicio en USD 2,68, esto equivale a 43.92%". De lo dicho se desprende que en los periodos antes indicados, la operadora cargó la totalidad de ingreso en la cuenta correspondiente a la venta de la tarjeta SIM, es decir, en el rubro que, a su criterio, no constituía parte de la base de cálculo para el pago de 2,93% de derechos de concesión variable y 1% de contribución a FODETEL, situación que fue obviada por el Tribunal, desestimando que la operadora dejó de cancelar los valores a que está obligada con respecto al tramo del ingreso que en realidad corresponde al servicio, que se puede apreciar en los años 2009, 2010, 2011 enero y febrero de 2012 y junio a diciembre de 2014, según reza el mismo informe pericial de la doctora LlumiQuinga que indica: "En el año 2009 el precio de la tarjeta SIM fue de USD 2,68 y por el precio de servicio prestado fue de USD 1,78. En el año 2010 el precio de la tarjeta SIM fue de USD 2,68 y por el precio del servicio prestado fue de USD 3,57. En el año 2011 el precio de la tarjeta SIM fue de USD 2,68 y por el precio del servicio prestado fue de USD 3,57. Para los meses de junio a diciembre de 2014 el precio registrado en las facturas de venta de la tarjeta SIM fue de USD 2,68 y el precio por el servicio prestado fue de USD 2,68". La operadora demandó que se declare que los ingresos provenientes de la comercialización de la Tarjeta SIM no constituyen ingresos por servicio. Sin embargo, en los periodos de marzo a diciembre de 2012, para el año 2013 y de enero a mayo de 2014, se aprecia que todo el ingreso fue incorporado en la cuenta correspondiente a la venta de la tarjeta SIM, pese a que parte de esos ingresos provienen de la prestación del servicio, como señala la perito en la ampliación de su informe. El criterio del Tribunal, permite que OTECEL S.A., perciba más de lo reclamado, pues estaría recibiendo también el monto calculado sobre la base imponible proveniente de la prestación del servicio que fue "empaquetado" en la venta de la tarjeta SIM, pese a que su reclamación fue que se devuelva el valor correspondiente al calculado sobre el monto de la comercialización de la misma, valor que excede al reclamado 1.2.- Citado con las demandas al señor Andrés Francisco Donoso Echanique, en su calidad de Vicepresidente Ejecutivo y Representante Legal de la compañía OTECEL S.A., comparece al proceso y contestando las acciones de nulidad propuestas por ARCOTEL y PGE, señala que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones por mandato de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, subrogó a la Superintendencia de Telecomunicaciones y al Consejo Nacional de Telecomunicaciones. Afirma que, el Contrato de Concesión 2008 establece en su cláusula 18.2, que OTECEL debe pagar al Estado, anualmente, como derecho variable de concesión, el valor equivalente al 2, 93% de los ingresos facturados y percibidos por la prestación del SMA, durante los quince años de vigencia, señalando, también que el pago deberá realizarse cada 30 de abril del año siguiente al cierre del respectivo ejercicio

económico; así mismo la cláusula 19.1 establece, la obligación de contribuir anualmente con un monto equivalente al 1% de los ingresos facturados y percibidos por la prestación del SMA, durante el año inmediato anterior, para el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones en Áreas Rurales y Urbano Marginales. Que la definición de Ingresos por el SMA, están recogidos en el Anexo 1 que los define como "...aquellos que proviene del uso de los mismos y que se facturan ya sea mediante pensión básica, cargo por el acceso, cobro por minuto, cobro por evento, por bits o cualquier otra modalidad", excluyendo expresamente los ingresos "venta de terminales y similares, venta de activos, ingresos financieros". Del mismo modo, en que define a los ingresos facturados y percibidos como "aquellos que provienen de la facturación total por concepto del uso de los servicios concesionados de voz, video o datos dentro de la red". Sostiene que, OTECEL efectivamente pagó el valor correspondiente al 2,93% y contribución al FODETEL, por los años 2008 a 2012. Sin embargo, mediante "Notificación de Cobro No. DGAF/DGJ/2012 002, emitida por la SNT, recibida el 18 de abril de 2012, se notificó un cobro por US\$ 439.809,11, correspondiente a una revisión realizada sobre los valores pagados por concepto de la aplicación del 2,93%, sobre los ejercicios económicos 2008, 2009 y 2010, cuya diferencia según la SNT "radica básicamente en el tratamiento de ingresos que OTECEL S.A. considera como exentos y la SNT los toma como sujetos del Derecho de Concesión y contribución a FODETEL", estos se referían a lo recaudado por OTECEL, en concepto de venta de tarjetas SIM's o CHIP's. Sin embargo, OTECEL consideró que dichas ventas de SIM's no estaban sujetas al pago del 2,93%, ni contribución al FODETEL, por cuanto, está expresamente excluido de conformidad con el anexo 1 y no correspondía a ingresos ni facturación por la prestación del SMA concesionado. Del mismo modo, mediante oficio 2012-0609 de 11 de mayo de 2012, la SNT le dispuso el pago de: i) US\$ 439.809,11 en concepto del 2,93%; y, ii) US\$ 44.004,15 en concepto de contribución al FODETEL que procedió realizar bajo protesta. Con el mismo criterio, mediante oficio No. ARCOTEL-EQR-2016-002-OF la ARCOTEL, emitió una reliquidación respecto de lo pagado por el 2,93% por parte de OTECEL, en relación con los ejercicios 2011, 2012 y 2013 y ordenó la cancelación de US\$ 759.298,83, OTECEL procedió a pagar. Así mismo, mediante oficio No. ARCOTEL-EQR-2015-0092OF, la ARCOTEL emitió una reliquidación respecto de lo pagado por derechos anuales de concesión 2,93%, en relación con el ejercicio 2014 y con fecha 24 de diciembre de 2015, mediante oficio No. ARCOTEL-DFN-2015-0215-OF, emitió una nota de cobro en la que ordenó a OTECEL el pago de US\$ 178.396,38, que procedió al igual que en los anteriores casos- a pagar bajo protesta. Refiere que, con fecha 10 de febrero de 2016, presentó una demanda arbitral amparada en la cláusula 68 del Contrato de Concesión 2008, la que tenía como principal argumento determinar que no existe justificación jurídico-contractual ni técnica que permita aseverar que los resultados de la venta de tarjetas SIM constituyen "ingresos del servicio" o "ingresos facturados y percibidos" por la prestación del SMA, de conformidad con el Anexo 1, y por lo tanto no son objeto del pago de 2.93% por derechos variables de concesión y 1% por contribución a FODETEL, en aplicación de las cláusulas 18.2 y 19.1 del Contrato de Concesión 2008, alegación que probó, lo que llevó a los árbitros a considerar que se trata de un elemento del hardware, al igual que lo es el terminal o teléfono celular o su batería, que tiene por objetivo lograr que el SMA sea prestado, razón por la cual constituyen "terminales o similares" excluidos expresamente del pago de los valores mencionados, que en ese sentido no existe vicio de ultra petita en lo resuelto por el Tribunal Arbitral, puesto que la decisión es un fiel reflejo de lo solicitado por OTECEL, aquello se desprende de las pretensiones de su demanda arbitral y lo resuelto por el laudo. Sin embargo, aclara que la impugnación que realiza la PGE y la ARCOTEL en relación a los valores que por ventas de tarjetas SIM supuestamente "empaquetados" en la facturación por SMA, debió ser realizada al momento de contestar la demanda arbitral, para que sea uno de los elementos a analizarse como parte de la litis, no obstante la PGE nunca introduce este alegato fáctico en la manera como ha sido detallado en su acción de nulidad, en consecuencia nunca fue materia de la litis, por lo que el laudo arbitral carece de vicio alguno de incongruencia y por lo tanto la pretensión en relación con la causal d) del artículo 31 de la LAM propuesta por la PGE debe ser desechada. En lo relativo a la falta de

motivación del Laudo, señala que la Corte Constitucional expresamente ha afirmado que la revisión relativa a la motivación de los laudos está excluida de las causales taxativas de la LAM y que la PGE en realidad pretende un examen de los mecanismos empleados por el Tribunal Arbitral para la determinación de si las ventas por tarjetas SIM gravan el 2.93% por derechos de concesión y 1% por contribución a FODETEL que debe cancelar OTECEL a ARCOTEL lo que por esta vía es improcedente. Finalmente, señala que la ARCOTEL no sustenta su acción en ninguna de los presupuestos establecidos en el artículo 31 de la LAM, incluso cuando alega la falta de motivación, admite que esta no se encuentra prevista como causa de nulidad. Mientras que cuando alega ultra petita, equivocadamente la sustenta en el literal e) que se refiere a la violación de los procedimientos previstos por la Ley o por las partes para designar árbitro o constituir el tribunal arbitral. SEGUNDO.- Competencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Validez procesal.- 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, soy competente para conocer y resolver la presente causa. De otro lado, se declara la validez del proceso, al no existir omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera viciar de nulidad la presente causa, 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 están contempladas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. TERCERO.- Naturaleza Jurídica del Convenio Arbitral.- El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, expresamente autorizado por la Constitución (artículo 190), mediante el cual las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, confían la decisión del conflicto que los enfrenta a uno o más particulares, que adquieren el carácter de árbitros y administrarán justicia resolviendo esa disputa específica, a través de un procedimiento arbitral que finaliza con una decisión plasmada en un laudo arbitral, cuya obligatoriedad las partes han aceptado de antemano. En nuestro ordenamiento jurídico, el arbitraje se define a partir de dos elementos constitutivos básicos que son: el primero, la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica, por lo cual, desde esta perspectiva, los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional; y, el segundo, la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado, aunque es la Constitución la que provee su fundamento último, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han “habilitado” a los árbitros. El poder de los árbitros para resolver un determinado conflicto tiene su origen, así, en la voluntad compartida de las partes de atribuirles competencia y en virtud del reconocimiento que de los efectos de dicha voluntad hizo el Estado en su ordenamiento jurídico. La autoridad de los árbitros se funda, entonces, en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. Ese acuerdo voluntario puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación comercial. En otras palabras, son las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad y posterior consenso entre ellas, las que han de definir qué conflictos de una determinada relación jurídica han de ser sometidos a la resolución del árbitro o Tribunal Arbitral. Aquí es justamente donde radica una de las diferencias entre el sistema arbitral y la justicia ordinaria, pues los particulares ejercen esa función jurisdiccional en virtud de la habilitación que les han conferido, en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual, las partes que se enfrentan en un conflicto determinado. Este acuerdo de las partes está contenido en lo que se ha dado en llamar cláusula compromisoria, pacto arbitral, convenio arbitral, etc., que según nuestra Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, “es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.” (Artículo 5). En la especie, el “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”, celebrado entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y OTECEL S.A., el 20 de noviembre de 2008, ante el doctor Fernando Arregui Aguirre, Notario Trigésimo Noveno del Cantón Quito, contiene una cláusula compromisoria (CLAUSULA SESENTA Y OCHO 68) que determina el alcance de esa habilitación al tribunal de arbitramento, esta cláusula compromisoria en su parte pertinente establece que las partes “renuncian a la jurisdicción ordinaria y no podrán alegar en su defensa incompetencia del Tribunal de Arbitraje alegando inmunidad soberana, ni sujeción a jurisdicciones distintas previstas en acuerdos de protección recíprocas de inversiones previstas en otros instrumentos celebrados por la República del Ecuador o cualquier otra excepción semejante que cuestione la competencia exclusiva y excluyente del Tribunal de Arbitraje” debe entenderse, que única y exclusivamente se han de someter al arbitraje cuestiones derivadas de la relación jurídica contractual cuya naturaleza sea transigible. Este es uno de los límites constitucionales (límite material del arbitraje) impuestos por la Norma Suprema cuando se determina que tanto el arbitraje, cuanto la mediación, al igual que los otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, se pueden aplicar con sujeción a la ley y en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (artículo 190 constitucional); este límite también está previsto en la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación cuando se determina en su artículo 1 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...”. Ahora bien, el legislador no ha definido expresamente que es lo que se debe entender por materia transigible, no obstante aquello no puede ser impedimento para la plena realización de la justicia, por lo que apoyados en el ordenamiento jurídico vigente, se puede afirmar, sin duda alguna, que los asuntos de naturaleza transigible, comprende todo aquello que puede ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. Esto implica a su vez que hay otros asuntos que por su naturaleza no son transigibles ni están sujetos a disposición de las partes, por lo que las cuestiones que tiene que ver con estos asuntos deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República, como por ejemplo tenemos que el estado civil de las personas no es transigible, así como tampoco lo es el orden público; respecto de ellos, ninguna cláusula o pacto compromisorio puede habilitar a un tribunal de arbitramento puesto que no se puede disponer de lo que no se tiene. CUARTO.- Motivación.- La acción de nulidad (antes de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación se denominaba “recurso de nulidad”), considerada como la única vía legal para atacar un laudo arbitral, es extraordinaria y limitada, por decisión del legislador. Tal acción ha sido concebida como mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral más no como vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo. Por eso, las causales para acudir a la acción de anulación son restringidas si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia, por ello se considera como una limitación que impide al juzgador entrar a revisar el “fondo del asunto”, así lo señala el autor Ángel Bonet Navarro en su artículo “El control de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral, (sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre) en “Derecho Privado y Constitución” Número 6, mayo-agosto de 1995. Es decir, corresponde examinar si proceden las causales de nulidad alegadas por las actoras, sin embargo, no tengo competencia para analizar el asunto de fondo. Con esta precisión, atañe establecer si existe mérito suficiente para que la nulidad del laudo arbitral planteada con fundamento en los literales d) y e) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, prospere. Sin embargo, previamente me referiré a la falta de motivación alegada por los accionantes como causa de nulidad. 4.1.- Sobre la falta de motivación del Laudo Arbitral que -conforme alegan los actores- se encuentra prevista en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.- La Corte Constitucional en sentencia No. 302-15-SEP-CC de 16 de septiembre de 2015, al respecto señala: “[...] la acción de nulidad no es el mecanismo que

permite examinar cuestiones fuera de las referidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo cual, esta Corte, para el Control Constitucional de los laudos arbitrales, faculta a las partes, como se señaló anteriormente, a presentar la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales que vulneren derechos constitucionales, al no ser la acción de nulidad de laudo arbitral el mecanismo eficaz e idóneo para examinar transgresiones constitucionales que no se encuadren en las causales legales sujetas a su revisión [...]” Es decir que, la facultad que entrega el legislador al Presidente de la Corte Provincial de Justicia en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se encuentra limitada a los supuestos taxativamente señalados en esta disposición, este límite material establecido en la Ley, impide al suscrito revisar-por esta vía- el laudo aplicando el test de motivación formulado por la Corte Constitucional, por lo tanto al no haberse previsto a la “falta de motivación” como una de las causas para sustentar la acción de nulidad, se desestima esta alegación.

4.2.- La causal prevista en el literal d) del artículo 31 de la LAM, contiene dos hipótesis normativas que podrían, en caso de que se justifiquen, causar la nulidad del laudo. a) Que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas a arbitraje; y, b) conceda más allá de reclamado. Los actores han alegado la segunda, por lo que en el análisis me referiré exclusivamente a ella: Que el laudo conceda más allá de lo reclamado.- Haciendo referencia a esta hipótesis normativa, los accionantes coinciden en el argumento de que, conforme lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la cláusula 4.3 del Contrato, le corresponde al Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL interpretar de manera obligatoria la definición de algún término que se encuentre en duda, facultad que al ser asumida por los Árbitros les lleva a resolver más allá del objeto de controversia. Llegando la Procuraduría General del Estado a sostener que -según se colige del informe ampliatorio presentado por la perito Rosa Llumiquinga- en los períodos de marzo a diciembre de 2012, año 2013 y enero a mayo de 2014 los ingresos de la operadora fueron incorporados en su totalidad a la venta de la tarjeta SIM o CHIP’s, a pesar de que parte de éstos provenían de la prestación del servicio, lo que le permite recibir también el monto calculado sobre la base imponible originada en la prestación del servicio empaquetado en la venta de la tarjeta SIM, pese a que la pretensión de la operadora fue que se le devuelva el valor correspondiente al calculado sobre el monto de la comercialización de la misma, valor que excede lo reclamado; es decir se incurriría en el vicio ultra petita. Al respecto tenemos: El doctor Santiago Andrade Ubidia en su obra “La Casación Civil en el Ecuador” (pág. 147) señala que “el vicio ultra petita se da cuando se resuelve más allá de lo pedido”. Así mismo la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en Resolución No. 75-2002, juicio No. 286-2001, publicada en el Registro Oficial No. 626 de 25 de julio de 2002, menciona que se entiende por “ultra petita, el vicio por el cual se incurre cuando la sentencia provee más de lo pedido, o sea se falla con exceso de poder”. Es decir que el término ultra petita se emplea para indicar que el juzgador ha concedido a la parte litigante más de lo que ella había pedido, lo que significa que la sentencia no puede dar cuantitativamente más de lo que se pretende en la demanda. Para determinar si el laudo es nulo por este vicio procesal, basta contrastar las pretensiones del actor de la demanda arbitral con lo resuelto por Tribunal de Arbitraje; en la demanda formulada por el señor José Manuel Casas Aljama, en su calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de OTECEL S.A., que obra a fojas 575 a 586, en contra de la ARCOTEL y de la Procuraduría General del Estado-PGE, se pretende: “...para que en sentencia se declare que los ingresos provenientes de la venta o comercialización de las tarjetas SIM o Chips, no constituyen ingresos por servicios, e ingresos facturados y percibidos, sino que constituyen ingresos provenientes de fuentes distintas al Servicio Móvil Avanzado, y por lo tanto excluidos del pago de derechos de concesión variables estipulados en el Contrato; y, a que se disponga que los valores pagados por OTECEL a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones-SNT, y a la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones-ARCOTEL, por el anotado concepto en el que se imputaron además, intereses de mora más los correspondientes intereses, desde la fecha de pago, se le reintegren a mi representada, OTECEL S.A., en un plazo no mayor de treinta (30) días desde la promulgación del Laudo”, fijando además la cuantía en US\$ 1’693.301,82 (UN MILLON SEISCIENTOS NOVENTA

Y TRES MIL TRESCIENTOS UNO CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA). El Laudo, en su parte resolutive, decide: “A. Declarar que los ingresos facturados y percibidos por la venta de la SIM objeto de la presente causa no constituyen ingreso para efecto del pago del valor variable del dos por ciento con noventa y tres céntimos (2,93%) por derechos de concesión, referido en la Cláusula 18.2 del Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado y del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional y uno por ciento (1%) para el FODETEL, referido en la cláusula 19.1 del Contrato de Concesión. B. Declarar el derecho de OTECEL para exigir el reembolso y la obligación de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL de reembolsar los valores pagados por OTECEL en su turno-, a la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones-SNT y, posteriormente, a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, por concepto de valor variable del dos con noventa y tres centésimos por ciento (2,93) por derechos de concesión sobre el ingreso percibido por la venta de la SIM, incluyendo el valor de los intereses que a su tiempo fuera pagado. Por lo que se ordena que la demandada ARCOTEL proceda dentro de los treinta (30) días posteriores a la ejecutoria de este laudo a la devolución total de los valores recibidos”, es decir que, empata casi de manera matemática- con las pretensiones planteadas en la demanda arbitral; por lo tanto, no se configura la incongruencia ultra petita. 4.3.- La causal prevista en el literal e) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación opera cuando en el procedimiento seguido para designar los árbitros o constituir el Tribunal de arbitramento no se han observado los parámetros legales o contractuales. Es decir, cuando su integración está viciada porque, los árbitros no reúnen las cualidades para serlo o no prever en su designación lo establecido en la Ley o en la Convención. En la especie, no se ha evidenciado violación alguna a los procedimientos previstos en la Ley o por las partes para designar árbitros, afirmación que la corrobora el doctor José Miguel Torres Hidalgo, abogado de la ARCOTEL en la Audiencia llevada a cabo el día Viernes 16 de noviembre de 2017 a las 10h30; por lo que, se rechaza esta alegación. Ahora bien, en lo relativo a la falta de competencia del Tribunal de Arbitramiento, para interpretar el alcance del concepto “ingresos del servicio” y sus componentes; de los que ha decidido quitar a la SIM o CHIP por considerarla que se encuentra enmarcada dentro de la exclusión expresa bajo la premisa “y similares” a los que hace referencia esta misma definición contractual, constante en el Anexo 1, debo enfatizar que la naturaleza jurídica de la acción de nulidad de laudo arbitral cuyas causales se encuentran previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, no me permite pronunciarme sobre su incompetencia. Tampoco me encuentro facultado para realizar una valoración del informe pericial presentado por la doctora Rosa Llumiquinga, designada perito por el Tribunal Arbitral, y que ha servido de sustento a la PGE para alegar incongruencia ultra petita; ya que desnaturaliza la presente acción, pues como se dijo en líneas anteriores, no nos encontramos dentro de una nueva instancia. De lo señalado se concluye que, en el laudo no se hallan presentes las causales a las que se refieren los literales d y e del artículo 31 de la LAM. QUINTO.- Resolución.- Por las consideraciones antes expuestas ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza la acción de nulidad propuesta en contra del laudo arbitral de 20 de diciembre de 2017 ampliado y aclarado el 26 de enero de 2018, dictado por el Tribunal de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriana Británica y de la Cámara de Industriales de Pichincha CIAM Distrito Metropolitano de Quito, en el juicio arbitral No. 003-2016 del año 2014 seguido por el señor José Manuel Casas Aljama en su calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de OTECEL S.A., en contra de la ingeniera Ana Vanessa Proaño De La Torre, en su calidad de Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL y del doctor Diego García Carrión en su calidad de Procurador General del Estado.- Notifíquese.

f: ARRIETA ESCOBAR JULIO ENRIQUE, PRESIDENTE

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

LEMA OTAVALO MARÍA BLANCA
SECRETARIA