

ANÁLISIS DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA FACULTAD DE LAS PARTES A SOMETERSE A UN ARBITRAJE CONFIDENCIAL EN ARBITRAJES DONDE INTERVENGA EL ESTADO ECUATORIANO, ANÁLISIS DOCTRINARIO.

Mario Javier Benítez Gómez
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

RESUMEN

Durante los últimos años el Estado ecuatoriano se ha visto involucrado en varios procesos arbitrales derivados de distintos incumplimientos contractuales, principalmente relacionados con Sectores Estratégicos y Contratación Pública, al respecto la Procuraduría General del Estado, en su rendición de cuentas del año 2022, determina que el Estado Ecuatoriano “*recibió demandas en arbitrajes en sede nacional por un total de USD. \$ 48’631.561,60. Los tribunales que conocieron estos casos fijaron un monto a favor de las demandantes por USD. \$ 21’670.381,82*”. Es decir, durante el año 2022, el Estado Ecuatoriano tuvo en disputa un monto de USD 48’631.561,60, de los cuales tuvo que pagar USD 21’670.381,82, valor que evidentemente afecta al erario público y del cual no se tiene control alguno, es decir, como administrados no tenemos acceso a verificar si dichos valores se desprenden de un litigio y una defensa adecuada por parte de los funcionarios asignados o en su defecto, verificar si los acuerdos alcanzados no atentan contra norma expresa o los intereses del Estado.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo busca determinar la importancia de una política pública que facilite y garantice el Derecho de acceso a la información pública y el Derecho de fiscalización que la Constitución de la República nos otorga como ciudadanos, el presente trabajo hace un acercamiento a el fondo y estructura del Derecho de acceso a la información pública y el Derecho de fiscalización, todo esto en base en jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias y Pronunciamientos de Organismos de Derechos Humanos y el marco normativo vigente, una vez determinados el fondo y la estructura del Derecho de acceso a la información pública y el Derecho de fiscalización, se realiza un breve análisis y estudio de la institución del arbitraje en la legislación ecuatoriana, haciendo especial énfasis a las normas que son aplicables y pertinentes para todo el proceso arbitral relacionado con instituciones del Estado.

Definidas estas instituciones, el presente trabajo determina la compatibilidad entre el Derecho de acceso a la información pública y fiscalización vs la facultad del Estado y sus instituciones de proponer o aceptar llevar un arbitraje en confidencialidad. Todo esto en un marco metodológico descriptivo y analítico, el trabajo determina las limitaciones que el arbitraje confidencial o privado representa para los administrados en cuanto a su Derecho de acceso a la información pública y fiscalización. Adicionalmente, busca determinar si este tipo de arbitrajes pueden permitir la corrupción o acuerdos desfavorables bajo el velo de la confidencialidad y el desconocimiento general por parte de los administrados.

Palabras clave: *Arbitraje, Confidencialidad, Acceso a la información Pública, Información Privada, Fiscalización*

During the last years, the Ecuadorian State has been involved in several arbitration processes derived from different contractual breaches, mainly related to Strategic Sectors and Public Procurement. In this regard, the State Attorney General's Office, in its rendering of accounts for the year 2022, determines that the Ecuadorian State "received claims in arbitration at the national seat for a total of USD \$ 48'631,561.60. The courts that heard these cases fixed an amount in favor of the plaintiffs for USD. \$ 21'670,381.82". In other words, during the year 2022, the Ecuadorian State had in dispute an amount of USD 48'631,561.60, of which it had to pay USD 21'670,381.82, value that evidently affects the public treasury and of which there is no control, that is, as administrators we do not have access to verify if such values arise from a litigation and an adequate defense by the assigned officials or, failing that, to verify if the agreements reached do not attempt against express norm or the interests of the State.

By virtue of the above, this paper seeks to determine the importance of a public policy that facilitates and guarantees the Right of access to public information and the Right of oversight that the Constitution of the Republic grants us as citizens, this paper makes an approach to the substance and structure of the Right of access to public information and the Right of oversight, all based on jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador, Judgments and Pronouncements of Human Rights Organizations and the current regulatory framework, once determined the substance and structure of the Right of access to public information and the Right of oversight, a brief analysis and study of the institution of arbitration in Ecuadorian law is made, with special emphasis on the rules that are applicable and relevant to the entire arbitration process related to state institutions.

Having defined these institutions, this paper determines the compatibility between the right of access to public information and oversight vs. the power of the State and its institutions to propose or accept to carry out a confidential arbitration. All this in a descriptive and analytical methodological framework, the work determines the limitations that confidential or private arbitration represents for the administered in terms of their right of access to public information and oversight. Additionally, it seeks to determine whether this type of arbitration may allow corruption or unfavorable agreements under the veil of confidentiality and the general ignorance on the part of the parties involved.

Key words: Arbitration, Confidentiality, Access to Public Information, Private Information, Control.

1. Introducción

El arbitraje y el Estado Ecuatoriano

Podemos entender al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos, a través del cual las partes intervinientes en un conflicto aceptan voluntariamente resolverlo con la intervención y decisión de un tercero, el arbitraje se caracteriza por su flexibilidad en virtud de la voluntad de las partes intervinientes, esta flexibilidad determina las características o reglas a través de las cuales se desarrollará el camino para la resolución del conflicto. Los métodos alternativos de solución de conflictos y en este caso el arbitraje, están orientados o tienen el

objetivo de ser una alternativa a la justicia ordinaria, permitiéndoles a las partes intervinientes, llegar a una solución expedita y bajo sus términos.

En Ecuador, el arbitraje ha sido reconocido y ha formado parte de la legislación ecuatoriana desde el año 1953 a partir de la promulgación de una sección específica en el Código de Procedimiento Civil, denominada “Juicio por arbitraje”, esta figura pretendía crear un tercero imparcial entre las empresas públicas de la época y los particulares, todo esto tomando en consideración que el Poder Judicial es parte del Estado y por lo tanto se tenía duda de su imparcialidad. La primera Ley que trató de manera específica esta materia en el Ecuador, fue expedida en 1993 bajo la consigna de “Ley de Arbitraje Comercial”, cuyo objetivo principal era la resolución de conflictos mercantiles entre privados, distinguiéndose así del “Juicio por arbitraje”, ya que la norma ya no tenía el fin de crear un tercero imparcial entre el Estado y los particulares.

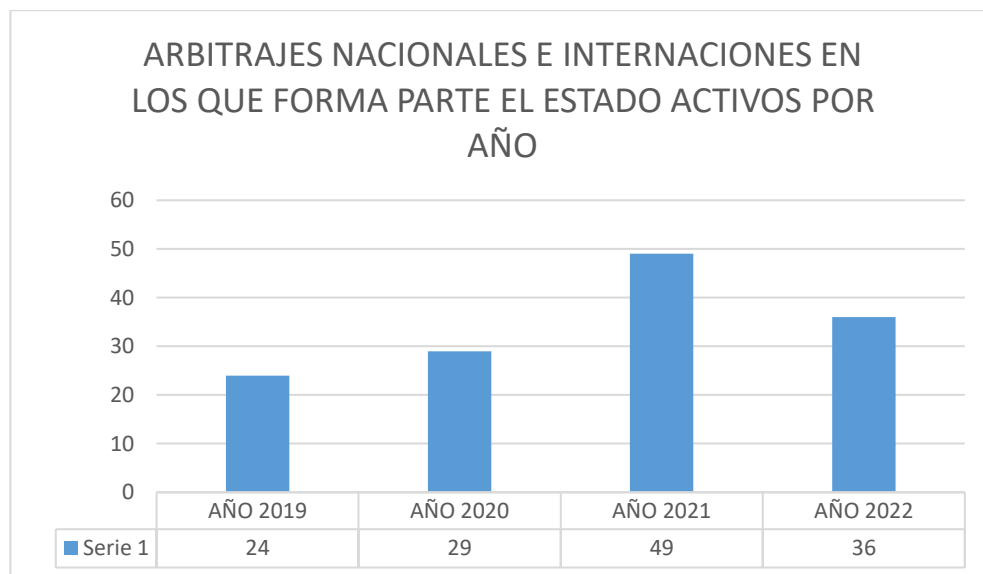
Con este antecedente, y con el avance e introducción del mercado ecuatoriano en el extranjero, fue necesaria la implementación de una ley de arbitraje y mediación actualizada, que le permita al Estado ecuatoriano brindar una alternativa eficiente, justa y expedita en relación a la justicia ordinaria. Es así como el 4 de septiembre de 1997 se publicó la Ley de Arbitraje y Mediación, Ley que podríamos considerar como la base legislativa del arbitraje en el Ecuador, misma que se regula y regla a través del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, emitido por el Presidente Guillermo Lasso, a través del Decreto Ejecutivo 165, Registro Oficial 524-S, de 18 de agosto de 2021.

Adicionalmente a lo anterior, es importante destacar que la Constitución de la República del Ecuador, aprobada el 20 de octubre de 2008 en la Asamblea Constituyente de Montecristi, reconoce a los métodos alternativos de solución de conflictos como una alternativa para la resolución de ciertas materias consideradas transigibles por la Ley, entre las cuales consta el arbitraje en derecho en materia de Contratación Pública, según se detalla en el artículo 190. (Constitución de la República del Ecuador, 2008):

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

El grado constitucional de reconocimiento a los métodos alternativos de solución de conflictos, pretende ser un auxilio y alternativa a la justicia ecuatoriana, justicia que a lo largo de la historia se ha caracterizado por su falta de celeridad, calidad y recursos. Esta deficiencia administrativa y jurisdiccional ha obligado al estado ecuatoriano, no solo a reconocer los métodos alternativos de solución de conflictos como una salida para los problemas particulares, sino también como una alternativa aplicable a ciertos conflictos en los que se vea involucrada la administración pública. Entonces el Estado ecuatoriano bajo ciertas circunstancias y requisitos puede transigir, conciliar, mediar y participar en arbitrajes, tanto a nivel nacional como internacional.

En virtud del avance normativo descrito en párrafos anteriores, la utilización del arbitraje por parte de empresas e instituciones públicas ha ido creciendo a lo largo de los años, es así que, en base en la información provista por la Procuraduría General del Estado, podemos determinar el siguiente cuadro, mismo que determina el número de arbitrajes activos en los que litiga el Estado ecuatoriano:



Fuente: Información Solicitada y Proporcionada por la Procuraduría General del Estado.

De la información descrita en el cuadro inmediatamente anterior, podemos determinar que el arbitraje va tomando más fuerza y es cada vez más utilizado en la resolución de conflictos entre el Estado ecuatoriano y terceros. Con este antecedente y al ser el arbitraje parte de las transacciones y acuerdos cotidianos del Estado, es importante destacar que como se expuso

previamente, el arbitraje tiene ciertas diferencias en relación con lo que podríamos llamar justicia ordinaria, entre las cuales destaco principalmente la facultad de las partes a decidir y regular la aplicación del principio de publicidad dentro de cualquier arbitraje, al respecto Luis Gómez define al principio de publicidad de la siguiente manera: “El principio de publicidad es constituido y se enmarca en la necesidad de conocer el desarrollo, aplicabilidad, obligatoriedad y justicia que se da en determinados trámites, dados para dar, hacer, restituir los derechos de las personas en determinadas circunstancias”. (2014)

Respecto a el principio de publicidad, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública manifiesta lo siguiente:

“Principio de Publicidad de la Información Pública. - **El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado.** Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONGs), **están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.**”
(las negritas me pertenecen)

Con lo anterior, podemos determinar que este principio se estructura y se reconoce legalmente como el derecho de los administrados de tener acceso y conocer el desarrollo de los procesos en los que se vea envuelto el Estado, esto resulta esencial tomando en cuenta que de dichos procesos se desprenderán consecuencias y obligaciones jurídicas o económicas que pueden afectar al Estado. Todo esto sobre la base de que las actuaciones públicas siempre tienen que estar enmarcadas en buscar el beneficio de sus mandantes, razón por la cual estos últimos tienen el derecho a vigilar, fiscalizar y condenar las actuaciones estatales que sean contrarias a Derecho o al interés público.

Con el fin de precautelar el interés público y el Derecho de los administrados, el principio de publicidad se complementa y viabiliza a partir del Derecho que tenemos todos los

ciudadanos a acceder a la información pública, Derecho reconocido en el artículo 18 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, misma que señala lo siguiente:

“Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.”

Una de las finalidades que persigue el principio de publicidad y el derecho de acceso a la información pública, es el control y la fiscalización por parte de los mandantes, respecto a las actuaciones estatales dentro de cualquier proceso o trámite, al respecto, la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH ha señalado lo siguiente: “El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental y universal, por lo que toda persona, sin consideración de fronteras, tiene derecho a solicitar acceso a la información tal y como lo establece el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. (2015)

Así las cosas, el principio de publicidad y el Derecho de acceso a la información pública se convierten en algo inexorable cuando se trata de procesos en los que el Estado ha intervenido o intervendrá, pues será de interés público los temas que ahí se traten y sus actuaciones en los diferentes procesos, esto resulta de vital importancia cuando es público y notorio que el Estado ecuatoriano se ha caracterizado por verse involucrado o contaminado por distintos casos de corrupción, falta de planificación e incumplimientos contractuales, escenarios que han generado casos tan emblemáticos como los que se destacan a continuación:

Caso:	Monto a pagar por parte del Estado ecuatoriano:	Fuente:
Ecuador vs Perenco	USD 374 millones de dólares.	Medio digital Primicias.
Ecuador vs Gente Oil	USD 11 millones de dólares.	Medio digital Primicias.

Ecuador vs Maessa (miembro del Consortio GPL)	USD 17.4 millones de dólares.	Medio digital Primicias.
---	----------------------------------	--------------------------

De los casos citados previamente, podemos determinar que el resultado de los procesos arbitrales puede afectar gravemente al erario público, razón por la cual es de suma importancia que los administrados en nuestra calidad de fiscalizadores, tengamos acceso y podamos vigilar la adecuada actuación del Estado dentro de estos procesos, y a través de esto, tener la certeza que la defensa o el acuerdo dado en el proceso arbitral cumplieron con los más altos estándares de eficiencia y tienen estricta relación con el bien común e intereses del Estado.

Por lo descrito en líneas anteriores y tomando en cuenta el impacto que pueden tener los distintos arbitrajes, es de suma importancia garantizar a los administrados su derecho a acceder a la información pública que se genere o trate en dichos arbitrajes, razón por la cual, la confidencialidad y acceso limitado a la información, podrían entenderse como un limitante o atentado al Derecho a acceder a información pública. Ante esta disyuntiva, el presente trabajo determina y propone la importancia de una política pública que les permita a los administrados estar informados de los arbitrajes en los que se vea involucrado el Estado y de esta manera fiscalizar y abogar por una actuación o acuerdos que nos permitan minimizar las consecuencias de un arbitraje y evitar casos de corrupción.

2. Problema

Como se expuso en líneas anteriores, el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que se ha ido desarrollando en el Ecuador a través de la historia, en base en las necesidades de la sociedad de la época, actualmente el arbitraje es una institución básica del comercio nacional e internacional que cada día va tomando más fuerza en las relaciones comerciales, al ser el Estado parte de mercado, este se ve obligado a utilizar y aceptar el arbitraje para todo tipo de relaciones comerciales de índole contractual.

Bajo la normativa vigente, actualmente el Estado puede someterse a arbitraje bajo ciertos lineamientos y requisitos, los convenios arbitrales a los que decide someterse el Estado pueden ser índole público o confidencial, siendo este último una limitación al Derecho de acceso a la

información pública, ya que limita el acceso y restringe la información de estos procesos a unos pocos funcionarios a cargo del tema.

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que los arbitrajes pueden llegar a tener consecuencias millonarias que afecten al erario público, es de suma importancia determinar una política pública que le permita a los administrados tener acceso a la información que emana de los procesos arbitrales en los que se ve involucrado el Estado, y de esta forma verificar y abogar por una adecuada actuación del Estado o un acuerdo favorable que nos ayude a reducir o minimizar las consecuencias negativas del proceso arbitral.

3. Marco Teórico Referencial

3.1. El arbitraje como método alternativo de solución de conflictos

3.1.1. Breve historia del arbitraje.

Como se mencionó previamente, el arbitraje se define como una forma alternativa de solución de conflictos, orientado a ser una disyuntiva al poder del Estado para ejercer y administrar justicia, la institución jurídica del arbitraje se ha venido desarrollando y perfeccionado a través de la historia y de la idiosincrasia de cada cultura o sociedad, convirtiéndose en una herramienta esencial en las diferentes relaciones interpersonales que busquen una solución determinada, al respecto el autor Juan Carlos Villalba, ha determinado que:

“El arbitraje es una de las formas más antiguas utilizadas para resolver conflictos, siendo la doctrina unánime en ubicar su génesis en aquellos tiempos en que las relaciones humanas se encontraban en un estado primario, en los cuales aún imperaba el sistema de la venganza”. (2009).

El arbitraje en el Derecho Romano.

Una de las principales culturas en desarrollar métodos alternativos de solución de conflictos fue la Romana, cultura en donde la figura del *Paterfamilias* tenía gran relevancia y poder sobre la resolución de los problemas o disputas que surgían en su núcleo familiar, esta figura en palabras del autor Felipe Amunátegui se define como: “El *paterfamilias* es la figura central al interior del esquema familiar romano. Como hemos visto, las relaciones de parentesco agnaticias se estructuran entorno a él, determinando la sujeción al *pater* la pertenencia a la familia *proprio iure*.” (2003)

Esta figura resulta esencial en el presente trabajo, ya que una de sus funciones a través de sus facultades de patria potestad, era conocer y resolver los conflictos que se daban entre los miembros de su núcleo familiar, es así que el autor Juan Villalba manifiesta “En el derecho romano inicialmente era el propio jefe del grupo familiar pater familias el que trataba de conciliar a las partes;” (2009), siendo la cabeza del hogar el encargado de conocer cualquier controversia y tomar una decisión sobre esta, sin la intervención del Estado.

Con el tiempo, la opción de resolver un conflicto sin la intervención del imperio fue ganando más fuerza y aceptación, es así como en la Ley de las XII Tablas ya se ven los primeros indicios de regulaciones respecto a conflictos de índole privada, que eviten la venganza privada y promuevan un acuerdo, es así que el autor Juan Villalba nos dice:

“En la Ley de las XII Tablas aparece reglamentado el procedimiento en el cual un magistrado impone pactos entre las partes de forma que la imposición de una sanción pecuniaria fija sustituye la venganza privada y obliga a las partes a someterse al arbitraje, en el cual se fallaría sobre los reclamos formulados. Igualmente, en esta ley se hace mención del Legis actio per iudicis arbitrive postulationem, en el que se establece que en el caso de división de una herencia se designará un árbitro, considerada por algunos autores la primera forma de arbitraje legal conocida en la historia.” (2009)

Una de las principales características de esta regulación era la importancia de la voluntad de las partes a someterse a un litigio privado, la aceptación expresa de las partes a someterse a la decisión de un tercero y a aceptar y cumplir su decisión respecto al litigio. Características similares y aplicables a lo que podemos considerar arbitraje moderno.

El arbitraje en la Edad Moderna.

En esta etapa histórica, el arbitraje se desarrolló principalmente en Europa, debido a el auge comercial y a la imposición de nuevas formas de gobierno y Estado, es así que por ejemplo en Francia, a través de edictos reales se impuso la obligatoriedad del arbitraje para ciertas materias relacionadas al comercio y a la partición de bienes sucesorios, es importante destacar que esta imposición afectaba a materias en las que se litigaban derechos patrimoniales de privados,

teniendo tal fuerza que, en 1791, el arbitraje obtuvo del rango de reconocimiento constitucional. Al respecto el autor Robert et al señalan lo siguiente:

“La revolución gustaba de este modo de justicia al margen de los poderes constituidos, en reacción a los abusos de algunas justicias reales. Así, en ese momento se vio florecimiento de disposiciones legales favorables al arbitraje haciéndolo obligatorio en infinidad de materias. El artículo 1º del decreto del 16-24 de agosto de 1790 lo demuestra: “El arbitraje es el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos, los legisladores no podrán expedir disposiciones que tiendan a disminuir las ventajas y eficacia del compromiso.” (1983)

Con este antecedente, en España en 1812 la constitución de Cádiz le dio a la institución del arbitraje el grado constitucional, reconociéndolo como un derecho de su población a dar por terminado un conflicto a través de árbitros elegidos por las partes, este reconocimiento constitucional permitió que el arbitraje se desarrollara dentro de país, y fuera principalmente utilizado para la resolución de conflictos mercantiles y patrimoniales. Al igual que en la edad media, las asociaciones fueron un elemento esencial para el auge y la consolidación del arbitraje, la formación de la Unión Europea permitió consolidar y regularizar un sistema arbitral para todos los países miembros, lo que constituyó un gran paso para la consolidación del arbitraje comercial internacional.

El arbitraje en América Latina

El arbitraje en América latina se ha visto estrictamente relacionado al momento político y comercial de la región, ha sufrido épocas de rechazo a esta institución debido al autoritarismo de ciertos gobiernos y doctrinas que pretendieron monopolizar el ejercicio de administración de justicia, un claro ejemplo de esto fue la denominada cláusula calvo, una doctrina propuesta por Carlos Calvo, que pretendía implementar como principio general la competencia del estado central para resolver cualquier conflicto con extranjeros, lo que era un claro limitante para el comercio internacional y los conflictos que se deriven de dicho comercio.

Paulinamente, a través del crecimiento del comercio internacional la región se vio obligada a aceptar de manera oficial el arbitraje, ya que este constituía una práctica común y necesaria para el correcto desempeño del comercio internacional, podríamos decir que la globalización fue un factor esencial para el desarrollo del arbitraje en la región.

Así las cosas, queda claro que el arbitraje se ha convertido en un método alternativo de solución de conflictos indispensable para el comercio, que no puede ser excluido de la legislación de cada Estado.

3.1.2. Breve historia del arbitraje en el Ecuador

Podríamos decir que el arbitraje es oficialmente reconocido en Ecuador en el año 1953 a partir de la promulgación de una sección específica en el Código de Procedimiento Civil, denominada “Juicio por arbitraje”, esta figura pretendía crear un tercero imparcial entre las empresas públicas de la época y los particulares, sin embargo, esta figura no tuvo los resultados esperados ya que no era aplicada frecuentemente, al respecto Edgar Neira nos dice:

“Sin embargo de que esta normativa se mantuvo en las codificaciones de 1960 y 1978, la repercusión que alcanzo en la práctica fue mínima. El prestigio e independencia de que gozaba la justicia ordinaria determinaba que todas las controversias involucraban a entidades de Derecho Público sean resueltos por órganos de justicia común” (2007)

Otra de las razones por las cuales el “Juicio por arbitraje” era muy poco aplicado, se debía a que esta institución era extremadamente reglamentaria, las partes no tenían libertad de llevar un proceso privado, adicionalmente, se preveía un recurso de apelación a la sentencia arbitral, recurso que tenía que ser resuelto por la justicia ordinaria, lo que destruía la esencia del arbitraje en cuanto a su rapidez y falta de intervención estatal.

Ley de Arbitraje Comercial de 1963.

A través del Decreto Supremo 735, R.O. 90,28-X-1963, se promulgo la primera Ley especializada en arbitraje del Ecuador, dicha norma se presentaba como una alternativa y considerable mejora en consideración a las disposiciones del “Juicio por Arbitraje” reconocido en el Código de Procedimiento Civil. Esta norma pretendía simplificar y tratar principalmente los conflictos que se deriven de actividades comerciales, adicionalmente, a diferencia del Código de Procedimiento Civil, esta norma les daba la facultad a las partes de someterse a arbitraje aun cuando no exista una cláusula compromisoria previa, lo que en el papel constituía un gran avance para la aplicabilidad del arbitraje, es así que su artículo 1 numeral 1 manifestaba:

“Sin perjuicio del juicio de arbitraje establecido en la Sección 33ª del Código de Procedimiento Civil, reconoce la validez de las cláusulas compromisorias o de los

convenios en que las partes acuerden someter las controversias comerciales existentes o futuras, a los Tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio, o a los Tribunales o comisiones nacionales o internacionales de arbitraje” (1963).

Es importante destacar que los principales y más respetados centros de arbitraje eran los de las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, lo que coincide con las asociaciones gremiales y comerciales, mismas que en la antigüedad eran las encargadas de dirigir los arbitrajes entre privados.

Otro aspecto importante de esta normativa era el reconocimiento y grado que tenían los laudos nacionales e internacionales para la legislación ecuatoriana, es así que dichos laudos eran inapelables y de obligatorio e inmediato cumplimiento para las partes desde su notificación, esta figura abría las puertas al arbitraje internacional, al respecto la norma manifestaba lo siguiente:

La Ley de Arbitraje Comercial de 1963, en su art. 17, inc. 2^{do}, derogada por la LAM, disponía: “Las sentencias arbitrales dictadas por los Tribunales de las Cámaras de Comercio o por las Entidades Nacionales o Internacionales de arbitraje son inapelables y se ejecutarán desde que fueren notificadas las partes (2016, p.279)

Es importante destacar que esta norma no permitía la aplicación de ningún tipo de medida cautelar dentro del proceso, al respecto María Jara, justifica esta prohibición manifestando lo siguiente:

“Tradicionalmente, se impuso la visión que reservaba a los jueces estatales la posibilidad de expedir medidas cautelares, al identificar plenamente la facultad de dictar tales medidas con el ejercicio de la potestad de imperium, 1002 es decir, el poder de constreñir al cumplimiento de lo decidido mediante el uso de la fuerza del Estado. las legislaciones sobre arbitraje solían omitir cualquier mención a medidas cautelares, como sucedió en la Ley de Arbitraje Comercial ecuatoriana de 1963, o negaban explícitamente la posibilidad de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares, como sucedió en decisiones de las cortes españolas,¹⁰⁰⁵ argentinas¹⁰⁰⁶ y uruguayas,¹⁰⁰⁷ por citar algunos ejemplos.”(2016, p. 296, 297)

Según se describe en líneas anteriores, podríamos afirmar que la Ley de arbitraje comercial se implementó como la primera Ley especializada en arbitraje del país, cuyos objetivos eran fomentar el uso del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos y prepararnos a

nivel normativo para las exigencias y necesidades del comercio internacional, para el cual es indispensable que exista y se contemple una figura independiente, rápida y válida para la solución de controversias.

El Reconocimiento Constitucional y la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

El 4 de septiembre de 1997, a través del Registro oficial No. 145, se publica la Ley de Arbitraje y Mediación, esta norma constituye uno de los más grandes avances en cuanto a MASC en la historia ecuatoriana, esta norma buscaba consolidar el arbitraje dentro del sistema jurídico ecuatoriano, a través de un proceso simple y expedito que les permita a las partes solucionar sus controversias sin la necesidad de acudir a la justicia estatal.

Esta norma derogó todas las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, incluyendo la figura del “Juicio por arbitraje”, en el que intervenían las empresas estatales, por lo que a través de esta norma se fijaron los nuevos lineamientos bajo los cuales el estado o sus instituciones podían someterse a arbitraje, es importante destacar que esta norma le dio mucha más fuerza y reconocimiento al arbitraje internacional y entre otros avances consolidó y permitió la aplicación de medidas cautelares por parte de los árbitros.

Si bien esta norma constituye uno de los más grandes avances en cuanto a MASC, esta institución se consolidó en el país cuando fue reconocida a nivel constitucional en 1998, este reconocimiento permitió que los MASC sean cada vez más utilizados tanto en las relaciones entre privados y en las relaciones entre el estado y un privado, al respecto la Constitución de 1998 manifestaba lo siguiente:

“Artículo 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.”

Dicho reconocimiento y grado constitucional se reafirmó en la Constitución vigente del 2008, constitución que manifiesta lo siguiente:

“Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

De lo expuesto podemos afirmar que el arbitraje y los MASC son instituciones que han ido evolucionando a lo largo de la historia de Ecuador hasta pasar a formar parte de su Constitución, se han ido adaptando a las necesidades del mercado ecuatoriano e internacional, reformándose constantemente para poder cumplir su objetivo de ser una forma de poder solucionar ciertos conflictos de manera expedita y sin la intervención de la burocracia estatal.

3.2. El arbitraje en la actualidad.

Como se expuso previamente, el arbitraje desempeña un papel fundamental en la actualidad a nivel nacional como internacional, en un mundo cada vez más globalizado e impulsado por el comercio y las relaciones contractuales, es de suma importancia que exista un método alternativo de solución de conflictos que les permita a las partes involucradas en divergencias resolver sus conflictos de una manera expedita sin la intervención judicial de un Estado y bajo sus propias reglas.

En concordancia de lo anterior, el arbitraje es cada vez más utilizado en distintas ramas e instituciones a nivel nacional e internacional, es así que, en la actualidad, tenemos varios tipos de arbitraje, como lo son el arbitraje deportivo, arbitraje de consumo, arbitraje internacional, arbitraje comercial internacional y demás tipos de arbitraje, que nos permiten concluir que el arbitraje es una práctica usual, que cada día va tomando mas fuerza en todas las esferas de interacción humana, incluida en las relaciones entre y con Estados.

Al respecto de la importancia del arbitraje, Carla Cepera Altamirano, manifiesta lo siguiente:

“actualmente, existe una creciente tendencia respecto de la utilización de esta forma alternativa de resolver las controversias. Esto debido a varios factores como la saturación de procesos en el sistema judicial y la tendencia a un derecho global, es decir, que responda a las nuevas corrientes nacionales e internacionales. Esto ocurre también gracias a los beneficios propios del sistema arbitral como la flexibilidad que tienen las partes para

decidir la sede del arbitraje, el idioma que se utiliza, la normativa aplicable, la confidencialidad del proceso, entre otros” (2013)

Es importante destacar del texto antes citado, que la importancia y constante aplicación del arbitraje se debe principalmente a sus características o atributos flexibles, que les permiten a las partes dirigir y planificar sus posibles controversias a conveniencia de sus necesidades y su giro de negocio, por lo que resulta una alternativa eficaz a otros métodos alternativos de solución de conflictos.

3.2.1. Características Generales del Arbitraje.

Como se destacó en párrafos anteriores, la importancia y constante aplicación del arbitraje se debe principalmente a sus características y atributos flexibles, mismos que permiten a las partes determinar el camino o proceso a través del cual se desarrollaran las posibles controversias, podríamos destacar como sus principales características las siguientes:

Autonomía y Voluntad de las Partes: Esta es una de las principales y más importantes características del arbitraje, esta característica se refiere a que las partes intervinientes en un arbitraje pueden definir las reglas y camino a seguir en el proceso arbitral, pudiendo llegar a acuerdos antes o después de iniciado el litigio, estos acuerdos pueden ser en cuanto a la forma y al fondo del arbitraje, la autonomía y voluntad de las partes es la base del arbitraje en la actualidad.

Neutralidad: Está característica se refiere a que el arbitraje siempre se lleva ante un árbitro o varios árbitros imparciales. Esta característica les permite a las partes tener confianza en el sistema y en el laudo, ya que garantiza que todo el proceso se desarrollara sin discriminación, intereses particulares o cualquier conducta que pueda poner en riesgo la integridad del arbitraje o laudo.

Flexibilidad: Está característica se refiere a que las partes tienen la libertad y autonomía para decidir las condiciones a través de las cuales se llevará el arbitraje, esta flexibilidad comprende la facultad de decidir la sede del arbitraje, idioma, número de árbitros, tipo de arbitraje, número de audiencias o cualquier detalle relacionado.

Especialización: Está característica se relaciona a la facultad de las partes de acceder a sedes o árbitros especializados para un tema en específico, esto se encuentra estrictamente relacionado a el avance y la aplicación del arbitraje para distintos temas, un ejemplo de esta

especialización son los tribunales de arbitraje deportivo en Suiza, en donde se tratan temas estrictamente relacionados al deporte.

Ejecución Nacional e Internacional: Gracias al avance y mayor aplicación del arbitraje, este es reconocido en la mayoría de los Estados, razón por la cual, tanto los arbitrajes nacionales como internacionales pueden ser ejecutados en los distintos estados, lo que implica que las decisiones dadas en un arbitraje nacional o internacional sean vinculantes y aplicables.

Reconocimiento Internacional: Esta característica se encuentra estrictamente relacionada a la anterior y se refiere al reconocimiento de los Estados del arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos, vinculante y aplicable en sus legislaciones internas.

Celeridad y Eficiencia: Esta característica se refiere a que en la mayoría de casos, el arbitraje resulta una alternativa más rápida y eficiente en relación a la justicia ordinaria, ya que el mismo se desarrolla al ritmo y en base de los acuerdos de las partes, por lo que se pueden omitir trámites burocráticos.

3.2.2. Justificación y Concepto de Confidencialidad

Como se expuso previamente, el arbitraje constituye un método alternativo a la justicia estatal u ordinaria, que se ha ido desarrollando a través del tiempo en las diferentes culturas y en base a las necesidades de cada época, es así que podríamos destacar que el arbitraje en sus inicios fue principalmente ideado y utilizado para resolver conflictos de índole mercantil entre comerciantes privados. Una de las ventajas que encontraban los sujetos sometidos a arbitraje era la posibilidad de llevarlo bajo estricta confidencialidad, lo que permitía salvaguardar su buen nombre, negocios personales y la información tratada en el litigio del conocimiento público, al respecto el autor Fernández Rosas manifiesta:

“La confidencialidad. Concebida ésta como escudo protector contra la divulgación a una persona no implicada en el litigio, o a la opinión pública, de una información relativa o producida en el marco de un procedimiento arbitral¹, se configura en el arbitraje como una de sus grandes ventajas y, en ocasiones, es la razón por la cual las partes en un conflicto optan por este foro privilegiado para resolver sus contenciosos². Su justificación responde esencialmente a la salvaguarda de los intereses de las partes y a la continuidad de sus relaciones negociales.”(2009)

Respecto a la importancia y justificación de la confidencialidad, Peña Ordóñez, manifiesta que:

En innumerables casos, la confidencialidad resulta imprescindible para precautelar que se hagan públicas prácticas comerciales de empresas, situaciones financieras, secretos de las compañías, etc. que pudieran dañar o perjudicar, como consecuencia de la publicidad a una de las partes y de ahí deviene la necesidad de establecerlo en la cláusula arbitral.”

Ahora bien, siendo la confidencialidad un elemento base y una de las razones de la existencia y necesidad del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, es importante tener claro que se comprende por confidencialidad dentro del arbitraje, al respecto el autor Fernández Rosas manifiesta:

“Consecuentemente, la confidencialidad en el arbitraje confiere un derecho a las partes, para que ninguna persona vinculada al procedimiento arbitral revele nada de lo que suceda en el mismo, lo que marca una clara diferencia del concepto de privacidad o reserva en el arbitraje, que se limita a que las partes puedan prohibir la presencia de personas extrañas a dicho proceso arbitral”. (2009)

Con este antecedente, teniendo claro la justificación y el concepto de confidencialidad dentro del arbitraje, es importante destacar que, dentro de nuestra legislación, el arbitraje confidencial se reconoce y aplica a través de la Ley de Arbitraje y mediación, al respecto dicha norma manifiesta lo siguiente:

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

De lo anterior, podemos destacar dos características importantes de la confidencialidad dentro de la normativa ecuatoriana, la primera de ellas, es la facultad de las partes de convenir la confidencialidad de un arbitraje, aun cuando esta confidencialidad pueda atentar contra derechos de terceros, este punto resulta importante y esencial en arbitrajes donde participa el Estado ecuatoriano, ya que la confidencialidad podría representar una limitación al derecho de los administrados a acceder a información relacionada a fondos públicos y buena administración, la segunda característica importante es que la confidencialidad solo puede

nacer y ser aplicable cuando nace de la voluntad de las partes, es decir, esta no puede ser una imposición arbitraria de un tercero o de una de las partes, respecto a la facultad de convenir de las partes, el autor Shubham Sarkar manifiesta lo siguiente:

“En el contexto de todo lo anterior, la Corte Suprema determina que una parte en un procedimiento de arbitraje no puede considerarse obligada por un deber de confidencialidad a menos que las partes hayan celebrado un acuerdo por separado al respecto. En consecuencia, se deduce que AIT no ha incurrido en incumplimiento de contrato al permitir la publicación de la decisión emitida por el panel arbitral durante el procedimiento.” (2009)

Por lo anterior, podríamos concluir que el la confidencialidad dentro del arbitraje nace de la necesidad de las partes de proteger cierta información cuya divulgación podría ser perjudicial para ellas, al respecto la legislación ecuatoriana prevé y contempla la confidencialidad de un arbitraje únicamente cuando este ha sido pactado previamente por ambas partes, sin importar los intereses o derechos de terceros, es importante destacar que bajo la legislación actual, el Estado ecuatoriano podría no aceptar la aplicación de cláusula de confidencial alguna como política pública de acceso a la información pública y transparencia en la administración, aún más cuando se trate de arbitrajes en los que se litigue sobre recursos e intereses públicos.

Límites a la confidencialidad

Como se expuso previamente, la confidencialidad es un derecho y facultad de las partes intervinientes en un arbitraje, sin embargo, existen algunas limitaciones a esta institución, limitaciones que se encuentran contempladas en la doctrina y en distintitos laudos internacionales, limitaciones que se exponen brevemente a continuación:

A. Acuerdo entre las partes:

Como se expuso previamente, la confidencialidad dentro de un arbitraje nace de la voluntad y el consenso entre las partes respecto a esta obligación, sin embargo, dentro de la cláusula acordada y aceptada por las partes, pueden existir limitaciones a la confidencialidad acordadas por las mismas partes, es decir, que el acuerdo que da origen a la confidencialidad contenga casos y excepciones en las que esta no sea aplicable, al respecto el autor Peña Ordóñez, establece:

“Se plantea como límite a la obligación de confidencialidad, el acuerdo expreso entre las partes. El principio de autonomía de las partes permite ello, y es que es claro, así como a través del consentimiento expreso los sujetos involucrados en el procedimiento arbitral pueden pactar la confidencialidad, éstas mismas pueden deshacerlo, permitiendo con ello el revelamiento de información o de los documentos existentes dentro del procedimiento arbitral a terceros, la publicidad del laudo, o lo que éstas así convengan. (2021, pg.56)

De lo expuesto podemos destacar que la autonomía de la voluntad de las partes, puede limitar o eliminar la confidencialidad de un proceso arbitral, siendo la confidencialidad un producto de los intereses y de la voluntad de las partes litigantes.

B. Orden Judicial:

Esta obligación se contempla y analiza en caso como Ali Shipping, en donde se prevé y se autoriza que la corte pueda ordenar la revelación del todo el proceso o parte del el, bajo ciertas circunstancias, es así que la jurisprudencia inglesa también contempla la orden de una corte como limitación al derecho de las partes a un arbitraje confidencial, al respecto, Peña Ordoñez manifiesta a manera de ejemplo lo siguiente:

“En esa línea, el precedente jurisprudencial arbitral del caso ciudad de Moscú vs Bankers Trust vino a reforzar la citada excepción por autorización de la Corte, al contar con un fallo favorable la ciudad de Moscú, en el cual la Corte autorizó la publicación en general del resumen de Lawtel, 139 con el objeto de poder restaurar la reputación de la ciudad de Moscú, permitiendo así que terceros ajenos al arbitraje pudieran conocer el laudo.” (2021)

C. Interés y orden público:

Esta limitación consiste en buscar la transparencia dentro de arbitrajes en donde intervienen instituciones de derecho público, principalmente cuando se trata de inversiones, salud o justicia, esta limitación busca precautelar los intereses del estado y de los particulares en temas que resultan trascendentales para la satisfacción de ciertos derechos y obligaciones, al respecto Fernández Masiá señala:

“Frente a la tradicional confidencialidad, en los últimos años se ha venido apoyando la idea de la transparencia, entendida como la condición que permite al público en general acceder a la información de los datos relativos a los procedimientos arbitrales y, bajo

ciertas condiciones a algunos terceros ajenos a la disputa, a intervenir en dichos procedimientos. (2019, pg. 21)

Al respecto de esta limitación, Peña Ordoñez a manera de ejemplo propone el siguiente caso:

“Tiene como precedente el caso australiano *Esso Australia Resources Ltd v. Plowman*.
171 En este caso, esta entidad suscribe dos contratos para la venta de gas natural con dos empresas públicas australianas *The Gas and Fuel Corporation of Victoria (GFC)* y *The State Electricity Commission of Victoria (SEC)*. En estos contratos se había pactado la revisión de precios, particularmente si existían modificaciones a nivel impositivo. Adicionalmente, las partes habían pactado arbitraje en dichos contratos, frente a la posibilidad de desaveniencias que pudieran suscitarse al existir incrementos de precios del combustible, durante el decurrir del contrato. Así *Esso Australia Resources Ltd.* buscaba un incremento de precio como consecuencia de un nuevo impuesto, y bajo las disposiciones contractuales debía establecer las razones para el citado incremento, para lo cual reveló en un arbitraje los documentos necesarios para conocimiento de la contraparte *GFC* y *SEC*, pero pretendió que éstos no fueran notificados a las autoridades australianas, ni a la población. Sin embargo, el ministro, encargado del área hidrocarburífera del país, en el arbitraje defendió que estos documentos e información debía conocerlos la población.”(2021)

A criterio del autor, esta limitación resulta esencial al momento de analizar los arbitrajes en donde interviene el Estado, esto debido a que la confidencialidad puede ser utilizada para ocultar y precautelar intereses privados en relaciones contractuales con el Estado, un ejemplo de la importancia de este principio se puede observar en los distintos arbitrajes en los que ha intervenido el estado y como administrados nos hemos tenido que limitar a aceptar laudos que contemplan obligaciones económicas que afectan el erario público, obligaciones que tienen que ser canceladas aun cuando no se pueda tener acceso al proceso arbitral, no se conocen los puntos de debate, no se conoce la calidad de la intervención del estado en dichos procesos y demás limitaciones que atentan contra el derecho de los administrados de acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado.

Es importante destacar que la presión pública y mediática han logrado controlar o mitigar la actuación del estado dentro de ciertos procesos, un ejemplo de esto es la diferencia entre la actuación del Estado en la primera instancia vs la actuación del estado en la segunda instancia del habeas corpus del ex vicepresidente Jorge Glass, evidentemente la presión social y política le obligó al estado a ser más activo y diligente en un proceso dentro del cual en una primera fase su actuación no fue la adecuada y no cumplía con los estándares mínimos para una correcta defensa de los intereses de una institución pública.

3.3. El arbitraje en la legislación ecuatoriana.

Como se expuso previamente, la legislación nacional prevé y contempla que el estado y sus instituciones se puedan someter a arbitraje, sin embargo, esta facultad para ser válida debe cumplir con las siguientes condiciones contempladas en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2004):

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

Según lo descrito en líneas anteriores, el arbitraje nace y se perfecciona a través de la voluntad de las partes, ahora bien, en base al contenido de la norma citada, podemos concluir que el estado ecuatoriano puede someterse a arbitraje únicamente con la firma de un convenio arbitral, al respecto, la Ley de Arbitraje y Mediación define al convenio arbitral como:

“El convenio arbitral 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.”

Con base en la norma previamente citada, el convenio estatal podrá ser celebrado en dos momentos distintos, en un primer momento en el cual se pacta el convenio como el proceso para la resolución de una controversia que aún no ha pasado, y un segundo momento en el que se celebra el convenio para la resolución de un conflicto ya conocido por las partes, es importante destacar que en este último caso es de vital importancia tener un dictamen favorable por parte de la Procuraduría General del Estado.

Respecto al segundo momento en el que se celebra un convenio para la resolución de un conflicto ya conocido entre las partes, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación manifiesta lo siguiente:

“1. Cuando en el contrato no se hubiere pactado arbitraje, el contratista podrá solicitar a la entidad contratante la suscripción de un convenio arbitral para que un tribunal de arbitraje resuelva las diferencias existentes o futuras que tengan relación con dicho contrato. La entidad deberá responder a la solicitud en el término máximo de treinta (30) días. Dentro del mismo término, las partes podrán negociar el contenido del convenio arbitral. Si la entidad no da respuesta a la solicitud en el tiempo establecido en este artículo, se entenderá que ha aceptado el convenio arbitral propuesto por la contratista. 2. El contratista presentará su solicitud adjuntando el proyecto de convenio arbitral. De requerirse autorización de la Procuraduría General del Estado, la contratista presentará también el proyecto de solicitud de autorización.”

Del contenido del Reglamento podemos destacar que la normativa prevé una aceptación tácita de un convenio arbitral propuesto por la otra parte, esta aceptación tácita podría en juego los intereses del estado, ya que por una omisión en la respuesta de la solicitud el Estado podría someterse y obligarse a un proceso arbitral aun cuando este no sea conveniente para el interés público.

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

Esta característica se refiere a que el Estado podrá someterse a arbitraje únicamente en circunstancias donde exista una relación contractual, al respecto es importante destacar que el Estado ecuatoriano provee y cumple muchos de sus servicios y obligaciones a través de terceros, es así que existen contratos en salud pública, obra civil, explotación de recursos, contratación pública y demás casos en los que sería aplicable el arbitraje, razón por la cual el Estado podría someterse a arbitraje casi en cualquier tema o controversia, existen muy pocos casos en los que el estado no podría someterse a arbitraje, razón por la cual resulta de suma importancia para el administrado poder conocer acerca de cada proceso en el que el Estado intervenga, aun más cuando el resultado de estos arbitrajes pueda tener afectaciones y consecuencias en Derechos básicos como la salud y el acceso a servicios públicos.

c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

No se puede hacer un mayor análisis de este particular, el mismo consiste en un requisito de forma para que el convenio arbitral sea válido, la selección de los árbitros puede ser expresa o en base a la norma o reglamento aplicable para cada centro o sede de arbitraje.

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

Este literal prevé que los convenios arbitrales únicamente serán aplicables y vinculantes para el Estado, siempre y cuando la persona que los suscriba cuente con la capacidad legal para obligarse a nombre del Estado, es importante destacar que la falta de capacidad podría acarrear la nulidad de toda la relación contractual, por lo que este particular resulta indispensable para la validez de la relación contractual y del convenio arbitral.

Respecto a los requisitos legales para que el Estado pueda someterse a arbitraje, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación prevé lo siguiente:

“1. El Estado y las entidades del sector público definidas en el artículo 225 de la Constitución de la República, podrán someterse a arbitraje nacional o internacional: a. Celebrando un convenio arbitral antes del surgimiento de la controversia: b. Celebrando un convenio arbitral luego del surgimiento de la controversia: o, c. Cuando la ley o un tratado internacional así lo permitan. 2. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República, se requerirá aprobación previa del convenio arbitral por parte del Procurador General del Estado para el caso referido en el numeral 1) literal b) del presente artículo; o cuando el arbitraje a pactar sea internacional, de conformidad con el artículo 3 de este Reglamento. 3. Si el Estado o una entidad del sector público hubiese pactado arbitraje, los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica sometida a su conocimiento, incluyendo los actos de terminación, caducidad, o sancionadores expedidos en el marco de la relación jurídico contractual, indistintamente del órgano administrativo que los emita.”

Estas características son similares y guardan sentido con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, explican las características del arbitraje y limitan la competencia para resolver de los árbitros dentro del proceso, mismos que solo podrán conocer y resolver

sobre cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica sometida a su conocimiento, incluyendo los actos de terminación, caducidad, o sancionadores expedidos en el marco de la relación jurídico contractual, indistintamente del órgano administrativo que los emita.

Arbitrajes Internacionales

La Ley de Arbitraje y Mediación respecto a arbitrajes internacionales que se celebren en el extranjero o en territorio ecuatoriano prevé las siguientes características y alcances del arbitraje, mismos que son aplicables para los arbitrajes en los que interviene el estado.:

“Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;
- b) b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad. “

Respecto a estas características, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación prevé dos casos, un primer escenario, en donde el arbitraje internacional se desarrolla en territorio ecuatoriano, respecto a este particular el Reglamento manifiesta lo siguiente:

“Los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación son exigibles únicamente cuándo un arbitraje internacional tiene sede en el Ecuador. 2. Para dichos efectos se entenderá que un vehículo de inversión constituido en el territorio ecuatoriano tiene domicilio fuera del Ecuador cuando el inversionista que ejerza control efectivo sobre dicho vehículo tenga un domicilio en un Estado diferente.”

El segundo escenario planteado por la norma corresponde a arbitrajes internacionales que se desarrollen fuera del territorio ecuatoriano, en cuyo caso se estipula lo siguiente:

“Las entidades que conforman el sector público, en los contratos que celebren, podrán pactar arbitraje internacional con sede en el extranjero, previa autorización del Procurador General del Estado. 2. Para la autorización referida en el numeral 1 de este artículo, se deberá observar únicamente que el convenio arbitral no contravenga, en materia de arbitraje, la legislación del lugar de la sede escogido. La autorización, por tanto, no calificará la conveniencia o no de su suscripción.”

De lo antes citado podemos concluir que el Estado ecuatoriano prevé y acepta la facultad de someterse a arbitrajes en sedes internacionales únicamente cuando la contraparte no tiene su domicilio en el país, cuando las obligaciones estatales o el litigio se desarrollen principalmente fuera del territorio ecuatoriano y cuando la relación contractual se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción. Ahora bien, estas características generales se desarrollan en el Reglamento a la Ley de arbitraje y mediación, normativa que regula los arbitrajes internacionales dentro y fuera del territorio ecuatoriano, en la que para el primer caso son exigibles únicamente los requisitos del artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación, a diferencia del segundo caso en donde solo se podrá pactar un arbitraje internacional en el extranjero con previa autorización del Procurador General del Estado, autorización que se producirá únicamente en cuanto a la compatibilidad del convenio arbitral con la legislación extranjera aplicable.

A manera de conclusión podemos destacar que el gobierno central a través del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación pretende impulsar y promover el arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos en los que se vea involucrado el Estado, esto se denota en el poco o nulo control de la facultad de las autoridades de cada institución para obligarse a arbitraje y en la existencia de una aceptación tácita de un convenio arbitral propuesto por la otra parte.

3.4. Estado ecuatoriano y arbitraje: Estáticas.

Ahora bien, teniendo en cuenta el origen, características e importancia del arbitraje en la legislación ecuatoriana, es pertinente conocer la realidad y aplicabilidad del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos en los que interviene el Estado ecuatoriano, esto se hará a través de la información proporcionada por la Procuraduría General del Estado, en su oficio 02755, de fecha 3 de julio de 2023:



Arbitrajes Internacionales en los que se encuentra involucrado el Estado ecuatoriano:

Gráfico 1:

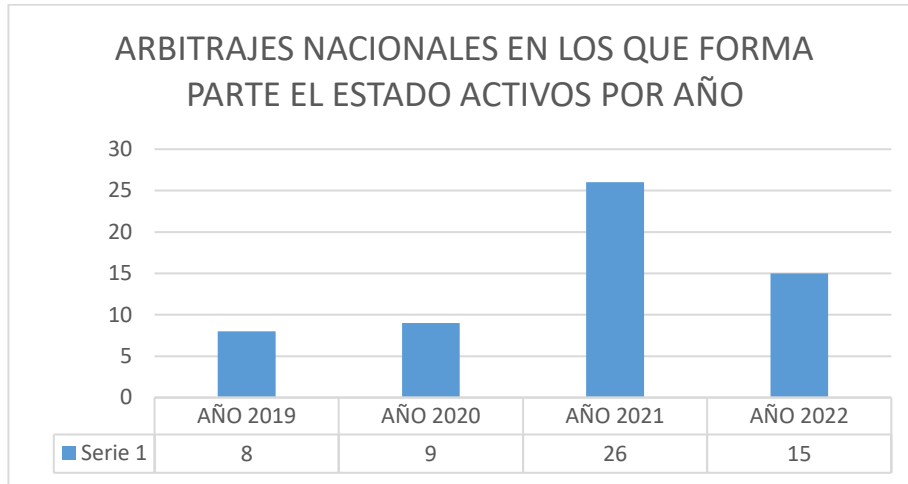


Gráfico 2:

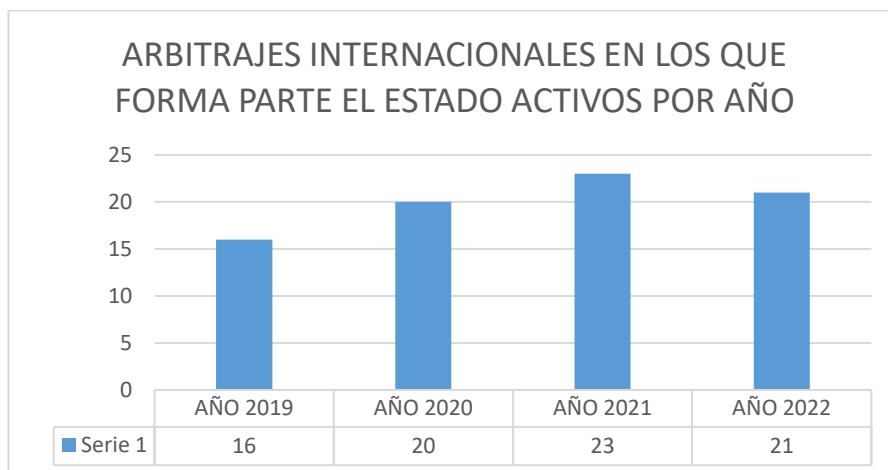


Gráfico 3:



Estos gráficos nos permiten determinar que el arbitraje es cada vez mas utilizado en controversias en las que se ve involucrado el Estado ecuatoriano, es así que los casos se han ido incrementando desde el año 2019, lo que nos permite determinar la importancia de la fiscalización y control de las actuaciones estatales dentro de estos procesos, adicionalmente destacamos que existen más arbitrajes internacionales que nacionales.

Arbitrajes confidenciales en los que se encuentra involucrado el Estado ecuatoriano:

Gráfico 1:

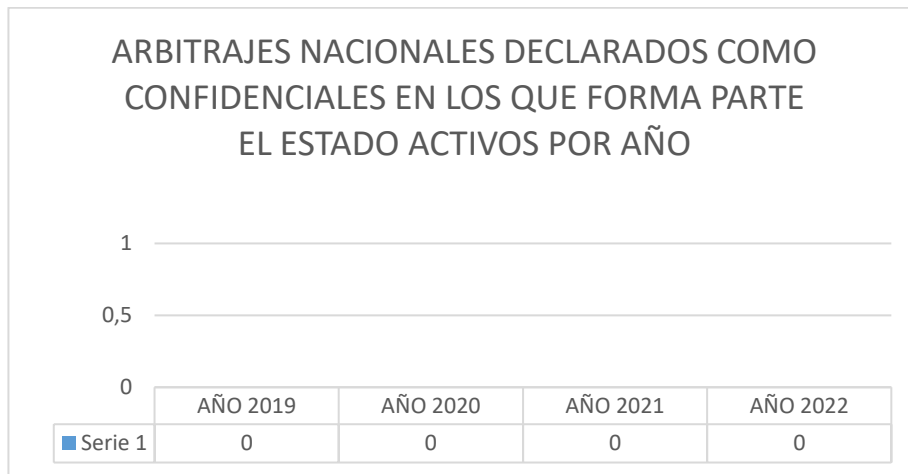
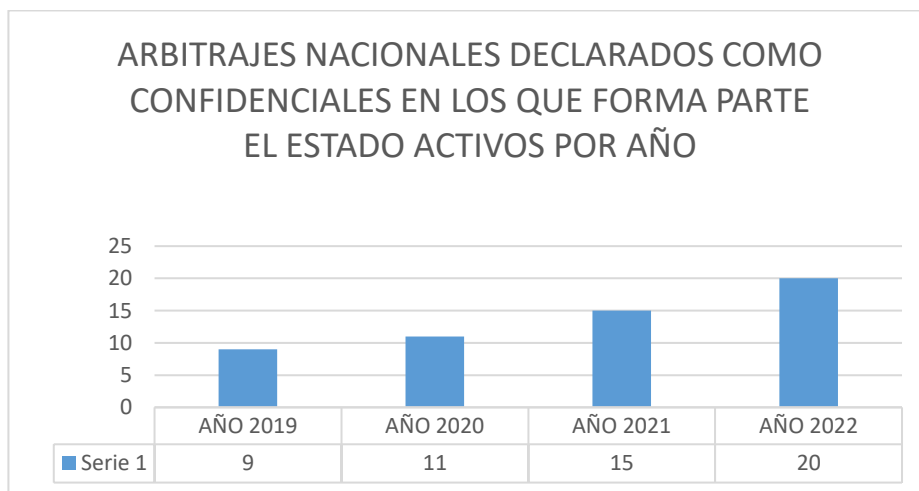


Gráfico 2:



En virtud de la información previamente determinadas en los Gráficos 1 y 2 podemos determinar que la confidencialidad no se a utilizado en arbitrajes en sede nacional, sin embargo, en arbitrajes en sede internacional, la confidencialidad esta presente en la mayoría de arbitrajes vigentes durante los distintos años, es así que, en el 2019, de 16 arbitrajes 9 fueron

confidenciales, en el 2020, de 20 arbitrajes 11 fueron confidenciales, en el 2021 de 23 arbitrajes 15 fueron confidenciales y en el 2022, de 21 arbitrajes 20 fueron confidenciales.

Es importante destacar que la ciudadanía en general no tiene acceso a los arbitrajes descritos como confidenciales, se entera de estos únicamente por notas periodísticas o comunicados de las instituciones involucradas, razón por la cual no se puede saber a ciencia cierta si la actuación Estatal dentro de estos arbitrajes fue la adecuada.

Valores a los que ha sido condenado el Estado ecuatoriano:

Gráfico 1:



Gráfico 2:



Nota: La Procuraduría General del Estado no tenía un momento específico o aproximado de los valores a los que ha sido condenado el Estado ecuatoriano en arbitrajes internaciones en los años 2019 y 2020.

Ahora bien, mediante la información descrita en el Gráfico 1 y 2 del presente apartado, podemos determinar que las cuantías a determinarse y exigirse en los arbitrajes a nivel nacional e internacional son un rubro altamente considerable que afecta de manera directa al erario nacional, tomando en cuenta que muchas de esas cuantías superan a los presupuestos determinados para otras instituciones y funciones del Estado.

Es importante destacar que, en virtud de las cuantías y número de procesos arbitrales, es de suma importancia que el Estado cuente con una defensa diligente y apta que le permita afrontar estos conflictos de la manera más adecuada, con el fin de reducir los posibles perjuicios estatales y llegar a acuerdos beneficiosos para el Estado, razón por la cual resulta de suma importancia contar con un proceso/política pública de acompañamiento y fiscalización a las actuaciones estatales dentro de los procesos arbitrales.

3.5. El arbitraje confidencial y el Derecho de acceso a la información pública.

El Derecho al acceso a la información pública y el Derecho a fiscalizar.

La Constitución Política del Ecuador reconoce al Derecho a acceder a la información pública generada en entidades estatales, dentro de esta información podríamos entender que se comprenden todas las actuaciones administrativas, judiciales y arbitrales en las que pudiera verse involucrada cualquier institución estatal, el objetivo de este derecho podría traducirse en el derecho que tenemos como mandantes de conocer y exigir cuentas sobre la administración de nuestros recursos, al respecto la Constitución del 2008 manifiesta lo siguiente:

“Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.”

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional en su sentencia 161-18-SEP-CC de 2 de mayo de 2022, determina al derecho al acceso a la información pública como:

“El derecho de las personas acceder a información pública, con la misma excepción regulada ya en la Constitución Política de 1998, esto es cuando la ley establezca la reserva de información. Adicionalmente, proscribire la reserva cuando se trata de violación a derechos humanos. En síntesis, se debe entender como información pública todo dato generado en entidades públicas o privadas que manejen fondos del estado o relacen funciones delegadas por este”

Con esta delimitación del alcance del Derecho al acceso a la información pública, podríamos entender que el mismo entra en conflicto en relación a arbitrajes confidenciales en los que interviene el Estado, ya que como se explicó anteriormente, en su mayoría estos arbitrajes tratan temas de índole contractual que pueden tener una consecuencia económica y lesiva para ciertos derechos, es por esto que resulta de vital importancia que el administrador pueda acceder a estos arbitrajes con el fin de poder fiscalizar la actuación del Estado e intentar salvaguardar recursos y derechos.

Al respecto imaginemos el siguiente caso, actualmente el estado busca salvaguardar y precautelar el derecho a la salud de los ciudadanos a través de convenios firmados por el Ministerio de Salud con farmacias privadas, este convenio resulta de vital importancia para todas y cada una de las personas que requieren medicación para poder sobrevivir o superar dolencias, con este antecedente imaginemos que existe un convenio arbitral con una cláusula de confidencialidad, en un hipotético incumplimiento del Estado o de la parte privada, la suspensión del convenio afectaría principalmente al derecho a la salud de las personas, mismas que no van a conocer el estado del proceso, en donde la actuación negligente del estado podría constarle al erario público sanciones económicas y podría en riesgo la cadena de abastecimiento de los insumos médicos, adicionalmente es importante destacar que la vigilancia social de un arbitraje puede evitar transacciones que resulten perjudiciales para el Estado y sus mandantes, poniendo al interés público sobre el interés privado.

El acceso de los administrados a este proceso podría en un primer punto presionar al Estado para que actúe de una manera diligente dentro del arbitraje y en un segundo punto les permitiría a las instituciones correspondientes prepararse para una posible falta de suministros

médicos, tomando en cuenta que otras instituciones de Salud distintas al Ministerio no podrían tener acceso a la información del arbitraje. Como se expuso previamente, la presión ejercida por la sociedad en general tiene como consecuencia una mayor atención de las autoridades respecto a un problema, un ejemplo de esta premisa es la comparación de la actuación del Estado en el Habeas Corpus de Jorge Glass, antes y después de que el caso se haga mediático.

El arbitraje confidencial vs el derecho de los administrados al acceso a la información pública y el derecho a fiscalizar.

Como se expuso previamente, el arbitraje constituye un método alternativo de solución de conflictos que les permite entre otras cosas a las partes someterse a un procedimiento expedito, que puede ser en equidad o derecho, que puede o no ser catalogado por las partes como confidencial y busca ser una alternativa a la justicia ordinaria.

A través de la historia esta institución se ha desarrollado en base a las necesidades de cada cultura, es así que en un principio el arbitraje fue propuesto y utilizado principalmente para temas de índole comercial entre privados, sin embargo, a lo largo de la historia el estado se ha visto en la necesidad de aceptar y aplicar para sí mismo el arbitraje, es así que este buscaba en un inicio tener un tercero imparcial entre el Estado y la otra parte, ya que en estricto sentido en la justicia ordinaria el estado funge de juez y parte.

Posteriormente, el avance del comercio internacional obligado a el Estado a desarrollar el arbitraje para poder mantenerse dentro del mercado, ya que en su mayoría este compuesto por proveedores o mercaderes de índole privada que tenían como una práctica cotidiana someter cualquier controversia a arbitraje.

Con estos antecedentes el Estado ha desarrollado una legislación específica para someterse a procesos arbitrales, dentro de esta legislación se prevé que dentro del convenio arbitral el Estado en conjunto con la otra parte pueda de considerarlo pertinente declarar el proceso como confidencial, lo que conlleva a que un grupo limitado de personas y funcionarios tengan acceso a el proceso arbitral.

Esta limitación evidentemente contempla que los ciudadanos, autoridades y demás instituciones estatales no involucradas dentro del proceso, no tengan acceso al mismo y no tenga la facultad de observar, fiscalizar y aprobar los acuerdos o actuaciones que se desarrollen

dentro del proceso arbitral, actuaciones o acuerdos que podrían afectar al erario público y a derechos consagrados en la Constitución.

Con este antecedente podemos determinar que el Derecho al acceso a la información pública y la facultad de los ciudadanos a fiscalizar se ve afectada por los arbitrajes confidenciales en donde participa el Estado y se litigan temas de interés público, como recursos naturales, recursos económicos o provisión de servicios y garantías básicas para el cumplimiento de ciertos Derechos.

Es importante destacar que la facultad de las partes de acogerse a un arbitraje confidencial se encuentra consagrado en una Ley, lo que tendría menos fuerza frente a el Derecho de acceso a la información pública que tiene grado constitucional.

3.6. La importancia de una política pública de acceso a la información de procesos arbitrales.

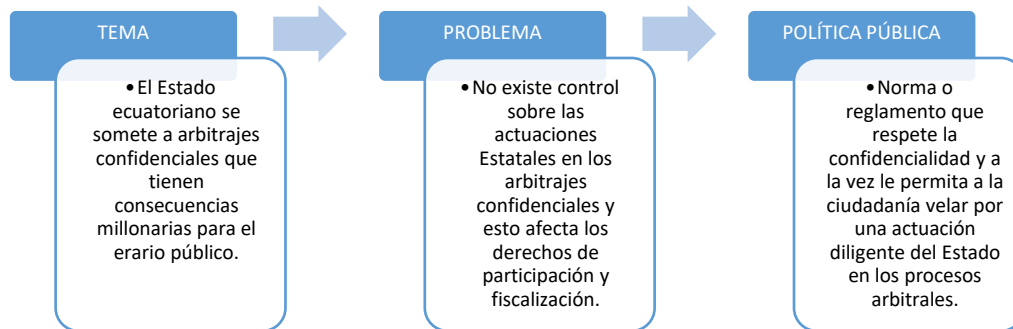
Podríamos definir a las políticas públicas como la solución o mecanismo de respuesta Estatal frente a una problemática determinada, al respecto André-Noël Roth, manifestó lo siguiente:

“Las políticas públicas son un instrumento desarrollado por los Estados modernos a través de los gobiernos; son un instrumento de transformación de la sociedad; finalmente, la política pública consiste en la determinación de un objetivo por medio de la movilización de las herramientas del Estado, entre ellas, la ley y el dinero, para lograr una transformación del comportamiento de las personas que supuestamente son responsables de algún problema público; entonces, en ese sentido, la política pública es un instrumento de transformación de la sociedad que actúa sobre los comportamientos de las personas.”(2019)

La génesis de cualquier política pública comienza en el reconocimiento de un problema y el planteamiento de una solución por parte del Estado, esto fue destacado por Wayne Parsons, quien manifestó lo siguiente:

“La génesis de una política pública implica el reconocimiento de un problema. Qué cuenta como problema y cómo se define depende de la manera en que los diseñadores las políticas buscan aproximarse a un tema o evento”(2007)

Respecto a lo anterior, Wayne Parsons en su libro denominado Políticas Públicas, plantea un ejemplo bastante simple de cómo funciona una política pública, ejemplo que adaptamos al presente trabajo:



Con este antecedente es preciso destacar que el Estado ecuatoriano reconoce a las políticas públicas como un mecanismo a través del cual se desarrollará de manera progresiva el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución de la República y tratados Internacionales, es así que el artículo 11 de la constitución expresamente manifiesta:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”

En virtud de lo anterior, y de la evidente afectación del Derecho de los administrados respecto a su facultad de acceder a la información pública y a fiscalizar la actuación Estatal en los distintos arbitrajes determinados como confidenciales, es de suma importancia la implementación de una política pública que les permita satisfacer el derecho antes dicho.

La participación ciudadana regulada dentro de los arbitrajes confidenciales le permitiría al Estado ecuatoriano contar con un mecanismo de control que asegure o en su defecto encamine una participación diligente y orientada a los intereses nacionales en cada arbitraje, todo esto tomando en cuenta que, como se desprende de las cifras antes citadas, los arbitrajes representan un valor económico de afectación importante sobre el presupuesto del Estado.

Resultados

El presente trabajo demuestra que el arbitraje declarado como confidencial afecta a los derechos de los administrados respecto a su facultad de acceder a la información pública y a fiscalizar, podemos destacar que actualmente contamos con una legislación que regula únicamente el sometimiento y aceptación a un convenio arbitral, lo que nos deja en un vacío normativo y sin control en donde bajo la premisa de confidencialidad el Estado y sus funcionarios pueden actuar libremente y sin control alguno, pudiendo desenvolverse sin un mínimo de capacidad durante un proceso arbitral o transigir aun en contra del interés público, del presente trabajo podemos concluir que la confidencialidad puede actuar como una cortina que cubre las actuaciones del Estado frente a un proceso arbitral, en donde pudieron existir un sinnúmero de irregularidades a las cuales el administrado nunca tendrá acceso.

4. Conclusiones

En base al presente trabajo y su desarrollo podemos concluir que el arbitraje nació de la necesidad de los privados de tener un método alternativo a la justicia estatal, que les permita resolver sus conflictos de una manera rápida y confidencial, protegiendo así sus intereses e información relevante de la opinión pública.

A lo largo del tiempo esta institución se volvió parte esencial del comercio nacional e internacional, por lo que los Estados se vieron obligados a reconocer al arbitraje al mismo nivel que su justicia ordinaria, aceptando bajo ciertas circunstancias someterse al mismo para formar parte del mercado.

Con este antecedente a lo largo de la historia los estados han desarrollado legislación específica para esta institución, es así que actualmente el Estado reconoce al arbitraje a nivel constitucional y regula el arbitraje a través de una normativa específica, normativa que contempla y legisla la facultad del Estado para someterse a un arbitraje.

Como se mencionó anteriormente, actualmente la normativa vigente solo regula la capacidad y requisitos que tiene que cumplir el Estado para poder someterse a un arbitraje, la norma prevé y reconoce el arbitraje privado, por lo que el Estado puede someterse al mismo sin limitación o control alguno.

Esta facultad estatal de someterse a un arbitraje privado limita la facultad de los ciudadanos y de otras instituciones estatales no involucradas de conocer, acceder y fiscalizar toda la

información y actuaciones estatales dentro del arbitraje, es decir, el Estado en uso de la confidencialidad puede actuar de manera negligente dentro de un arbitraje y por tanto provocar laudos que afecten al erario público y distintos derechos derivados de la provisión de servicios.

5. Recomendaciones.

Con base en los resultados obtenidos en el presente trabajo, concluimos que es importante determinar una política pública que permita a los administrados vigilar, conocer y fiscalizar todas las actuaciones del Estado dentro del proceso arbitral y precautelar actuaciones mínimas que debería tener el Estado dentro de un arbitraje, sería importante facultarle a la Contraloría General del Estado a acceder a la información de todos y cada uno de los arbitrajes declarados como confidenciales, a través de un examen especial que le permita controlar las actuaciones estatales dentro de un proceso sin sacrificar la confidencialidad.

Es importante concluir que es imposible y contraproducente tan siquiera pensar en eliminar la figura del arbitraje confidencial para el Estado, ya que esta es inherente al arbitraje y su eliminación podría desincentivar el comercio nacional e internacional con el Estado ecuatoriano, lo que podría acarrear el no cumplimiento de obligaciones y servicios para con sus ciudadanos.

6. Bibliografía

- Amadeo, José Luis, Arbitraje según la jurisprudencia de la Corte, Buenos Aires, Ad-hoc, 2005.
- Amunátegui, C. (2006). El origen de los poderes del paterfamilias. Santiago de Chile, Chile.
- Benetti Salgar, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, 2nda. ed., Bogotá, Temis, 2001.
- Brito, Extinción de la concesión, en Aspectos administrativos en las leyes de urgencia y de presupuesto, Mdeo. 2002, p. 230 y 231.
- Calvo, Corbella, “La aplicación del arbitraje a los entes públicos. El caso de España”, en Carlos Alberto Soto Coaguila (dir.), Tratado de Derecho Arbitral, t. I, pp. 625 a 636,
- Código de Procedimiento Civil, 12 de julio de 2005, Registro Oficial 58
- Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008, publicada en el registro oficial 449.
- Corte I.D.H., Caso de Claude Reyes y otros. Sentencia del 19 de septiembre de 2006
- Fernández, Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional, Ed. Palestra, Lima 2006, ps. 333, 334 y 341.

- J. (2009). Crisis del paradigma de la confidencialidad en el arbitraje comercial. Oviedo, España.
- Gómez, L.(2015) El principio de publicidad y sus efectos jurídicos en los juzgados de paz. Quito, Ecuador.
 - Huerta Ochoa, El Concepto de Interés Público y su Función en Materia de Seguridad Nacional, 2005,
 - Ley de Arbitraje y Mediación, 14 de diciembre de 2006, publicada en el registro oficial 417.
 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de agosto de 2008, registro oficial 395
 - López Peña, Dilema del interés Público en el Derecho Administrativo, 2019, Pamplona, España.
 - Moor, Intérêts publics et intérêts privés, en La pesée globale des intérêts, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1996, p. 24.
 - Núñez, A. (2011). La confidencialidad en el arbitraje. Lima, Perú.
 - Pezo, E. (2014). ¿Puede un juez dictar una medida cautelar en apoyo de un arbitraje con sede en el extranjero? Lima, Perú.
 - Sentencia No. 10-18 CN, Emitida por la Constitucional del Ecuador, del 12 de junio de 2019.
 - Tablante, C. (2018). Impacto de la Corrupción en los Derechos Humanos. Querétaro, México.
 - Villalba, J, (2008), Orígenes y panorama actual del arbitraje. Bogotá, Colombia.
 - Parsons, W, (2007), Políticas Públicas, FLACSO, México
 - Roth, A, (2019), Las políticas públicas y la gestión pública: un análisis desde la teoría y la práctica, Quito, Ecuador