



**Universidad del Azuay**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas**  
Escuela de Derecho

**LA DUALIDAD ENTRE LA  
CONFIDENCIALIDAD Y EL DERECHO DE  
ACCESO A LA INFORMACIÓN EN  
ARBITRAJES CON EL ESTADO  
ECUATORIANO**

Autor:

**Matías Agustín Peralta Rosales**

Director:

**Ab. Paulina Lissette Recalde Poma**

**Cuenca - Ecuador**

**2025**

**DEDICATORIA**

A mis padres, por su amor, confianza y apoyo incondicional en cada etapa de mi vida.

A mis abuelos, cuya vida ejemplar y valores de integridad, esfuerzo y rectitud, inspiran  
cada uno de mis logros.

A mis hermanos, por ser mi fuerza, refugio y motivo de superación constante.

A mis amigos y compañeros por su lealtad y cariño a lo largo del camino.

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a la Abogada Paulina Recalde Poma por su orientación, aportes y compromiso académico y humano que fue fundamental para el desarrollo de esta investigación.

A mis padres por su apoyo incondicional.

A mis abuelos por ser fuente de ejemplo e inspiración.

## RESUMEN

El arbitraje se ha consolidado como un mecanismo alternativo de solución de conflictos de gran relevancia por sus características y principios propios, entre los que destaca la confidencialidad, concebida como una ventaja esencial que protege información de las partes. Sin embargo, cuando el Estado interviene como parte en arbitraje, este principio adquiere una dimensión particular, pues al estar en juego recursos públicos y decisiones que afectan el interés general, surge la necesidad de conocer cómo se gestionan dichos recursos y se defienden los intereses colectivos, lo que genera una tensión entre la confidencialidad y el principio de publicidad y el derecho de acceso a la información. El objetivo de la investigación es estudiar los límites normativos del arbitraje confidencial con el Estado y su compatibilidad con los principios de publicidad y acceso a la información, buscando criterios para su armonización. La problemática radica en la ausencia de regulación específica de la confidencialidad, generando inseguridad jurídica y cuestionamientos respecto de la transparencia. El estudio se desarrolló mediante un enfoque jurídico-dogmático y comparado. Los resultados demostraron que, aunque la confidencialidad es un principio fundamental del arbitraje, su aplicación absoluta en procesos con el Estado puede contravenir los principios de publicidad y acceso a la información. Asimismo, se identificó una contradicción derivada de la publicidad de las acciones de nulidad y ejecución de laudos, que vulnera la confidencialidad. Por ello, se propone reformar la Ley de Arbitraje y Mediación para garantizar la reserva y un régimen especial para los arbitrajes con el Estado.

**Palabras clave:** Arbitraje, confidencialidad, publicidad, acceso a la información, Estado.

## ABSTRACT

Arbitration has become a highly relevant mechanism for alternative dispute resolution due to its inherent characteristics and principles, among which confidentiality stands out as a key advantage for the protection of information between the parties. However, when the State participates as a party in arbitration, this principle assumes a special dimension, since the involvement of public funds and decisions that affect the general interest generate a need to understand how those resources are managed and how collective interests are safeguarded. This situation creates a tension between the principle of confidentiality, on the one hand, and the principles of publicity and the right of access to information on the other.

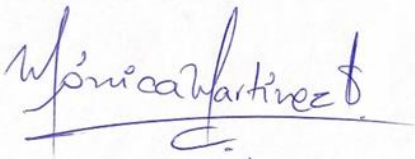
The objective of this research is to examine the normative limits of confidential arbitration involving the State and its compatibility with the principles of publicity and access to information, with the aim of identifying criteria for their harmonization. The core issue lies in the absence of specific legal regulation regarding confidentiality, which produces legal uncertainty and raises concerns about transparency.

The study employed a legal-dogmatic and comparative methodology. The results demonstrate that, although confidentiality is a fundamental principle of arbitration, its absolute application in proceedings involving the State may conflict with the principles of publicity and public access to information. Additionally, the research identified a contradiction arising from the public nature of actions for annulment and enforcement of arbitral awards, which effectively undermines the confidentiality initially agreed upon by the parties.

Consequently, this study proposes a reform of the Arbitration and Mediation Law to establish clear provisions on confidentiality and, specifically, to implement a special legal regime for arbitrations involving the State.

**Keywords:** Arbitration, confidentiality, publicity, access to information, State.

Approved by:

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos". The signature is written in a cursive style and is underlined with a single horizontal line.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, PhD (C)

Cod. 29598

## ÍNDICE

1.1. El Arbitraje: Generalidades y Principios .....	4
1.2. El Arbitraje Confidencial.....	10
1.3. Normativa Aplicable del Arbitraje en Ecuador .....	23
<b>CAPÍTULO 2: PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN .....</b>	<b>32</b>
2.1. Antecedentes, Generalidades y Conceptos .....	32
2.2. La Publicidad en los Conflictos Judiciales con el Estado .....	35
2.3. La Publicidad y el Derecho de Acceso a la Información como Principios Rectores para la Fiscalización de Recursos Públicos .....	43
<b>CAPÍTULO 3: PUBLICIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN VS CONFIDENCIALIDAD: ARBITRAJES EN CONFLICTOS CON EL ESTADO ECUATORIANO .....</b>	<b>51</b>
3.1. Delimitación del Conflicto.....	51
3.2. Legislación Internacional- Derecho Comparado.....	55
3.3. Propuesta de Solución .....	60
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>68</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>72</b>

## INTRODUCCIÓN

El arbitraje se ha consolidado como uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos más eficaces en el derecho contemporáneo, especialmente por su celeridad, especialización técnica, neutralidad e independencia en la resolución de controversias. Su consolidación en el Ecuador ha sido progresiva, impulsada tanto por la globalización del comercio como por la necesidad de descongestionar la justicia ordinaria y ofrecer a las partes un proceso flexible y adaptado a sus necesidades. Sin embargo, en los arbitrajes que han sido pactados como confidenciales y el Estado ecuatoriano o sus instituciones intervienen como parte, el arbitraje adquiere una dimensión jurídica distinta, pues se encuentran principios de derecho público y de derecho privado que pueden entrar en tensión. En este sentido, la confidencialidad inherente al arbitraje, considerada como una de sus principales ventajas, se enfrenta al principio constitucional de publicidad y al derecho fundamental de acceso a la información, generando un conflicto normativo y doctrinario de alta relevancia que merece atención en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La Constitución reconoce en su artículo 190 los métodos alternativos de solución de conflictos, entre ellos el arbitraje, otorgándoles los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad, cuando una de las partes es el Estado, exige conciliar la eficacia y reserva del proceso arbitral con la transparencia y la rendición de cuentas que caracterizan la gestión pública. Por lo tanto, la falta de una regulación específica sobre cómo armonizar estos principios ha derivado en vacíos normativos e interpretaciones diversas sobre los límites, alcances y excepciones a las que se puede ver sujeta la confidencialidad en arbitrajes con el Estado Ecuatoriano.

Bajo este contexto, la problemática central de la presente investigación radica en determinar cómo se puede armonizar la confidencialidad propia del arbitraje con los principios constitucionales de publicidad y acceso a la información pública, particularmente en aquellos casos donde el Estado es parte. Esta tensión se origina en que, cuando el Estado interviene como parte en un arbitraje confidencial, se comprometen recursos públicos, se toman decisiones que pueden afectar el interés general y se ejercen potestades derivadas de la soberanía popular. Así, este conflicto, además de jurídico, coloca en juego la confianza ciudadana en la gestión pública, la transparencia del uso de los recursos estatales y la

legitimidad de las decisiones arbitrales que inciden en el interés público. Es decir, si bien el principio de confidencialidad cumple una función protectora para las partes, garantizando discreción y libertad en la negociación y resolución de controversias, su aplicación absoluta puede confrontarse con el deber estatal de rendición de cuentas y de someter sus actuaciones al escrutinio público.

El objetivo general de esta investigación consiste en estudiar los límites normativos del arbitraje confidencial con el Estado ecuatoriano y su compatibilidad con los principios de publicidad y acceso a la información, proponiendo mecanismos jurídicos que permitan su armonización. Para ello, se desarrolló una metodología de tipo jurídico-dogmático y comparado, basada en el análisis normativo de la: Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), el Código Orgánico de la Función Judicial y la normativa internacional aplicable, complementada con doctrina especializada y jurisprudencia relevante de cortes nacionales e internacionales.

En primer lugar, se aborda los fundamentos teóricos y normativos del arbitraje, sus principios generales y su desarrollo en país, destacando el principio de confidencialidad como elemento estructural del proceso arbitral y de esta investigación Posteriormente, se analiza el principio de publicidad y el derecho de acceso a la información pública, estudiando su contenido y función como garantía constitucional en la fiscalización de los recursos públicos. Y, finalmente, se desarrolla el análisis comparativo y la propuesta de solución, mediante la formulación de una reforma normativa que permita equilibrar la confidencialidad y la transparencia en arbitrajes donde interviene el Estado, evitando contradicciones procesales como las derivadas de la acción de nulidad o la ejecución de laudos arbitrales que forman parte de las anomias jurídicas que mantiene el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de la confidencialidad.

En este sentido, la investigación demuestra que la tensión entre confidencialidad y publicidad no debe interpretarse como una confrontación incompatible, sino como un espacio de diálogo normativo y doctrinario en el que ambos principios pueden coexistir bajo un esquema de regulación calibrada. En este punto, el estudio propone una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación que garantice la reserva procesal en los procedimientos judiciales

derivados de los laudos arbitrales y establezca límites razonables a la confidencialidad cuando se vean comprometidos el interés público, los derechos colectivos o los de la naturaleza. Esta propuesta pretende contribuir al fortalecimiento del sistema arbitral ecuatoriano, consolidando su legitimidad y compatibilidad con los valores democráticos y constitucionales del Estado de Derecho.

# **CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES Y NORMATIVA APLICABLE DEL ARBITRAJE EN ECUADOR**

## **1.1. El Arbitraje: Generalidades y Principios**

El arbitraje se ha consolidado como un mecanismo alternativo de solución de conflictos de creciente relevancia en el derecho contemporáneo, tanto a nivel nacional como internacional. Su implementación responde a la necesidad de las partes de resolver controversias con mayor celeridad, eficiencia, especialización técnica, neutralidad e independencia. Esta modalidad se sustenta en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad y ha emergido como una institución jurídica contemporánea idónea para garantizar un proceso especializado, confidencial y ajustado a las necesidades específicas de cada conflicto.

En términos generales, el arbitraje puede definirse como aquella técnica jurídica que permite a las partes resolver conflictos a través de una decisión vinculante sin la necesidad de recurrir a tribunales estatales, garantizando imparcialidad y neutralidad en la resolución del litigio (Redfern y Hunter, 2009). En esencia, este método se fundamenta del acuerdo libre y voluntario de las partes, quienes, mediante una cláusula compromisoria o compromiso arbitral, acuerdan sustraer su disputa de la jurisdicción ordinaria para ser resuelta en sede arbitral. Finalmente, la decisión tomada en sede arbitral, conocida como laudo arbitral, equivale, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a sentencia judicial ejecutoriada, respaldada a nivel internacional por la Convención de Nueva York de 1958, asegurando su fuerza vinculante y su eficacia transfronteriza.

En el marco de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), el arbitraje se enmarca como una institución hetero compositiva, es decir, como un mecanismo en el que un tercero imparcial emite una decisión vinculante para las partes, lo que lo diferencia así de otros MASC autocompositivos como la conciliación o la mediación. Sin embargo, a diferencia de procesos judiciales en vía ordinaria, el arbitraje se caracteriza por una mayor flexibilidad procedimental, confidencialidad, la manera de elegir los árbitros que

resolverán la disputa, entre otras ventajas que lo convierten en una opción atractiva y eficaz para la resolución de controversias.

Cabe destacar que el arbitraje como MASC tiene un origen eminentemente contractual, pues es resultado de la voluntad de las partes de acudir ante un árbitro o tribunal arbitral en lugar de a tribunales judiciales. Esta opción consensual trasciende de la mera elección del mecanismo, ya que el principio de la autonomía de la voluntad no solo permite elegir el arbitraje como método de resolución, sino también decidir sobre aspectos fundamentales como la sede, idioma, número de árbitros, procedimiento aplicable, confidencialidad e incluso el derecho sustantivo que regirá el fondo del conflicto (Born, 2021).

La evolución y desarrollo constante del arbitraje ha sido vasto y ha experimentado una creciente expansión, tanto en el ámbito privado como en controversias que involucran a Estados y a sus instituciones. Esta evolución es consecuencia, en parte, de la necesidad de contar con resoluciones especializadas, neutrales y más céleres que los tribunales de justicia ordinarios, especialmente en materias contractuales complejas. No obstante, en el caso de controversias en las que el Estado forma parte, surgen tensiones relevantes en torno a la legitimidad del arbitraje y la sujeción a principios del derecho público, como la transparencia, el control ciudadano y el acceso a la información pública. Esta discusión se encuentra latente en la actualidad y es de gran controversia de acuerdo a doctrinarios del derecho.

En palabras de Redfern y Hunter (2009), el arbitraje ha sido, a lo largo de su historia, apreciado por ofrecer un proceso más flexible, confidencial y adaptado a las necesidades de las partes en conflicto. No obstante, esa misma confidencialidad, cuando se proyecta a controversias con el Estado, puede entrar en tensión con principios constitucionales, como el de publicidad y rendición de cuentas. Por lo tanto, si bien la privacidad y reserva del proceso arbitral son valores reconocidos por la doctrina arbitral clásica, la evolución del arbitraje moderno, esencialmente en sede administrativa y de inversiones, ha exigido repensar el alcance y los límites de dicha confidencialidad.

Por su parte, Van Harten (2009) ha señalado que cuando el arbitraje se utiliza para resolver conflictos que involucran recursos públicos, resulta necesario equilibrar el interés legítimo de las partes en mantener cierta reserva procesal con el derecho del público a conocer cómo se gestionan los intereses del Estado. Este debate adquiere especial relevancia

en jurisdicciones como la ecuatoriana, donde la Constitución reconoce la transparencia y el acceso a la información pública como principios fundamentales del régimen democrático

El arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, tiene ciertos principios que lo sustentan, pues constituyen su base jurídica y estructural. Estos principios no solo orientan su funcionamiento, sino que garantizan que el procedimiento arbitral se desarrolle conforme a estándares de justicia, equidad y seguridad jurídica. Sin embargo, resulta esencial no confundir las características del arbitraje con sus principios, pues al hablar de celeridad, especialización, neutralidad, carácter consensual y entre otros, se estaría refiriendo a sus características. Mientras que, por otro lado, la autonomía de la voluntad, la imparcialidad e independencia, la igualdad y derecho de defensa, el *Kompetenz-Kompetenz*, la confidencialidad, la flexibilidad procedimental y la finalidad y ejecutoriedad del laudo han sido principios reconocidos ampliamente (Blackaby et al. 2015; Born, 2021) quienes unánimemente señalan que estos principios no son meras directrices éticas, sino verdaderas garantías que orientan la actuación del tribunal arbitral, que preservan la igualdad procesal y material de las partes, y fortalecen la confianza en el sistema arbitral.

Asimismo, estos principios, reconocidos doctrinalmente, rigen el arbitraje no solo en un ámbito nacional, sino internacional. Sin embargo, el desarrollo de estos principios no está exento de tensiones o conflictos, especialmente cuando el arbitraje involucra al Estado y, por tanto, se relaciona con intereses y derechos públicos. En tales casos, principios como la confidencialidad pueden entrar en conflicto con garantías constitucionales, como el derecho de acceso a la información pública y el principio de publicidad, lo que plantea importantes desafíos jurídicos que requieren ser analizados con rigor dogmático y contextual. Es por ello que resulta fundamental entender la naturaleza jurídica del arbitraje conjuntamente con sus principios, para posteriormente entender como estos pueden entrar en conflicto con derechos y garantías reconocidas constitucionalmente por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En primer lugar, la autonomía de la voluntad es considerado por doctrinarios como el principio angular del arbitraje, pues reconoce a las partes la facultad de decidir libremente si someter sus controversias a un tribunal arbitral en lugar de la jurisdicción ordinaria. Esta potestad de las partes se manifiesta a través de cláusulas compromisorias o compromisos arbitrales, que permiten a las partes decidir libremente aspectos esenciales del arbitraje, como

la sede, idioma, número de árbitros, procedimiento y derecho aplicable. Según Born (2021), la autonomía de la voluntad constituye el principio central del arbitraje, que justifica su existencia, pues es la expresión de la libertad contractual de las partes en la configuración de su mecanismo de solución de controversias. No obstante, esta autonomía no es absoluta, ya que debe ejercerse dentro de los límites que impone el orden público y la ley aplicable. Dentro del contexto ecuatoriano, este principio se encuentra recogido en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), que reconoce la libertad de las partes para someter sus conflictos a arbitraje y acordar las reglas de procedimiento. Asimismo, posteriormente, se deberá tener en cuenta que en casos de arbitraje que involucren al estado ecuatoriano, procederá únicamente el arbitraje en derecho y, conforme al artículo 4 del Reglamento a la LAM, requerirá dictamen favorable de la Procuraduría General del Estado en arbitraje internacional en el extranjero o cuando se quiera pactar arbitraje una vez que ya se haya presentado la disputa.

Por otro lado, otros principios esenciales del arbitraje son la imparcialidad y la independencia del tribunal arbitral, pues ambos constituyen una garantía esencial para la legitimidad del arbitraje. Sin embargo, no deben confundirse, pues mientras la imparcialidad se refiere a un criterio mayormente subjetivo que implica la capacidad del árbitro de actuar sin preferir a una u otra postura con base en opiniones anteriores o cuestiones extrañas a las que se discuten en la controversia, la independencia se refiere a un criterio objetivo de ausencia de relaciones o vínculos entre el árbitro y las partes que puedan influir en las actuaciones o decisiones de este. Es decir, la imparcialidad consiste en que el árbitro o los miembros del tribunal arbitral deben carecer de todo interés personal en la controversia y no estar vinculado de manera que pueda comprometer su objetividad. Según Cleis (2017), la independencia e imparcialidad constituyen condiciones sine qua non para que el laudo pueda considerarse expresión auténtica de justicia, pues garantizan la confianza de las partes en el proceso. En Ecuador, este principio se encuentra relacionado íntimamente con el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que establece causales de excusa y recusación aplicables tanto para vía ordinaria como para la vía arbitral. Finalmente, es necesario destacar que la imparcialidad hace alusión a la ausencia de prejuicios o inclinaciones, sea a favor o en contra, de cualquiera de las partes, mientras que, por otro lado, la independencia se refiere a

que el árbitro no mantenga relaciones personales, profesionales o económicas que puedan afectar su objetividad.

Otro principio arbitral reconocido doctrinalmente es la igualdad y el derecho de defensa, principio que aplica tanto en sede ordinaria como en vía arbitral, pues hace referencia únicamente a que el arbitraje debe garantizar a todas las partes de un conflicto con un trato equitativo y brindar las mismas oportunidades de presentar sus alegaciones y pruebas. Este principio se vincula estrechamente con el debido proceso, por su parte, Born (2021) señala que la igualdad procesal es un principio que impide un trato preferencial o desventajoso a una de las partes. Es decir, este principio garantiza que todas las partes dentro de un proceso arbitral dispongan de las mismas oportunidades procesales para exponer sus argumentos, presentar pruebas y rebatir las del contrario. De acuerdo al artículo 18 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) señala que el respeto a la igualdad procesal es un requisito indispensable para asegurar la validez del procedimiento y proteger el debido proceso.

Por otro lado, el principio *Kompetenz- Kompetenz* reconoce la potestad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia, incluyendo las objeciones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral. Según Redfern y Hunter (2009), el principio *Kompetenz- Kompetenz* garantiza la eficacia del arbitraje, evitando que la jurisdicción ordinaria interfiera prematuramente en el desarrollo del procedimiento. Es decir, este principio es aquel que faculta al tribunal arbitral para pronunciarse sobre su propia jurisdicción, resultando fundamental para evitar dilaciones indebidas, pues impide que los tribunales judiciales de vía ordinaria interfieran prematuramente en el desarrollo del arbitraje.

Por su parte, la confidencialidad constituye un principio esencial que a menudo constituye una ventaja decisiva frente a la vía judicial ordinaria. Este principio resulta fundamental cuando las partes dentro de un proceso buscan proteger información que no desean que sea de conocimiento público, tales como fórmulas empresariales, secretos industriales o datos sensibles. Es decir, la confidencialidad supone que las actuaciones, pruebas, laudos arbitrales y en general que toda la información sustanciada durante el proceso arbitral, no pueda ser divulgada a terceros sin el consentimiento de las partes. En el caso ecuatoriano, el artículo 34 de la LAM (2018) autoriza a las partes a pactar la confidencialidad

del procedimiento arbitral siempre que no se afecten derechos de terceros; en ese caso, únicamente podrán conferirse copias de lo actuado a las propias partes, a sus abogados o al juez que conozca la acción de nulidad. Como señalan Blackaby et al. (2015), la confidencialidad “preserva la integridad del proceso arbitral y protege los intereses estratégicos y comerciales de las partes”.

Otro principio fundamental del arbitraje es la flexibilidad procedimental, que, a diferencia del proceso judicial, en los procesos arbitrales se permite a las partes diseñar procedimientos adaptados a sus necesidades y a la naturaleza jurídica del conflicto. Al respecto, cabe señalar que la flexibilidad procedimental resulta siendo una ventaja fundamental del arbitraje, pues permite a las partes elaborar un proceso que resulte acorde a sus necesidades y por ende más eficiente y especializado. Es decir, este principio de flexibilidad procedimental es aquel que permite a las partes adaptar las reglas procesales a las necesidades del caso, alejándose así de la rigidez que muchas veces caracteriza a la justicia ordinaria.

Otro principio esencial del arbitraje, reconocido por la doctrina arbitral es la finalidad y ejecutoriedad del laudo, entendida como aquel principio que confiere al laudo arbitral el carácter de decisión definitiva, vinculante y susceptible de ejecución forzosa. Este principio garantiza que el arbitraje no se limite a un mecanismo meramente consultivo, sino que opere y funcione como una verdadera jurisdicción alternativa, capaz de generar efectos jurídicos plenos. Por su parte, Carbonneau (2007) señala que la ejecutoriedad del laudo constituye la expresión más clara de que el arbitraje efectivamente es una jurisdicción alternativa.

En el contexto ecuatoriano, la finalidad y ejecutoriedad del laudo se encuentra expresamente reconocido y respaldado por el artículo 32 de la LAM, que manda que el laudo arbitral produce los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada de última instancia, por lo tanto, puede ser exigido coactivamente conforme lo dispone el COGEP. Es decir, este reconocimiento normativo expreso garantiza la eficacia del arbitraje como mecanismo legítimo de solución de controversias y consolida su equivalencia funcional con la jurisdicción ordinaria.

Por lo tanto, una vez comprendido de manera breve los principios que rigen y guían el arbitraje, es necesario comprender que estos garantizan su legitimidad, transparencia,

independencia y eficacia en la resolución de conflictos. Por su parte, la autonomía de la voluntad, la imparcialidad, la competencia, la confidencialidad y la ejecutoriedad del laudo, entre otros, son aquellos principios que aseguran que el proceso arbitral este acorde a estándares de justicia y equidad aceptados en el derecho contemporáneo. Sin embargo, cuando el arbitraje involucra al Estado, estos principios, especialmente el de confidencialidad, pueden entrar en tensión con derechos y garantías constitucionales como la publicidad y el acceso a la información pública, cuya finalidad es garantizar la transparencia en la gestión de los recursos y decisiones estatales. Esta eventual colisión obliga a un análisis equilibrado que permita armonizar la eficacia y reserva propias del arbitraje con el mandato constitucional de rendición de cuentas y control ciudadano.

## **1.2. El Arbitraje Confidencial**

Como ya se ha mencionado previamente, la confidencialidad en el arbitraje constituye uno de sus principios fundamentales, pues orienta y define su naturaleza jurídica. Sin perjuicio de su carácter de principio rector, la confidencialidad también se configura como una característica inherente a este método alternativo de solución de conflictos, siendo con frecuencia una razón determinante por la cual las partes optan por la vía arbitral en lugar de acudir a la jurisdicción ordinaria. La relevancia de este principio y característica no se limita a supuestos en los que se pretende resguardar información comercial estratégica, secretos industriales, fórmulas o conocimientos técnicos, sino que se extiende a un deber jurídico de las partes, de los árbitros y de las instituciones arbitrales de abstenerse de divulgar cualquier información producida o incorporada en el procedimiento. Este deber comprende, entre otros, la reserva respecto de los escritos procesales, los medios probatorios, las actas y grabaciones de audiencias, así como del contenido íntegro del laudo arbitral.

Born (2021) señala que la confidencialidad es uno de los principales atractivos del arbitraje, pues otorga la seguridad a las partes de que su disputa se resolverá fuera del escrutinio público, protegiendo información comercial y estratégica. Esta apreciación doctrinal demuestra con precisión uno de los fundamentos que motivan a las partes a optar por la vía arbitral: la garantía y certeza de la privacidad en el tratamiento de un conflicto, evitando así la exposición de la información sustanciada dentro del procedimiento ante

terceros no involucrados y garantizando que aspectos sensibles de la relación jurídica permanezcan fuera del dominio público.

Por otro lado, desde una perspectiva jurídico-procesal, la confidencialidad no solo actúa como elemento diferenciador frente a la jurisdicción ordinaria, sino que constituye un elemento esencial para generar confianza y seguridad en las partes. En efecto, la práctica arbitral asegura que la información producida o sustanciada durante el procedimiento, sean escritos, pruebas documentales y testimoniales, grabaciones y actas de audiencias, así como el laudo arbitral con su motivación, se mantenga en un ámbito privado y restringido únicamente para las a las partes, los árbitros y, de acuerdo al ordenamiento jurídico ecuatoriano, al juez que eventualmente conozca la acción de nulidad del laudo. Por lo tanto, esta garantía de reserva constituye un incentivo importante para el uso del arbitraje, específica y mayoritariamente en aquellos conflictos de naturaleza comercial o técnica, donde la revelación y divulgación de datos podría implicar perjuicios económicos, pérdida de ventajas competitivas o afectaciones reputacionales de cualquiera de las partes dentro del conflicto.

Asimismo, dentro del contexto ecuatoriano, la propia LAM en su artículo 34 reconoce expresamente la facultad de las partes de pactar la confidencialidad del arbitraje, que, en tal caso, impondría a árbitros, secretarios y funcionarios de los centros de arbitraje la obligación de guardar reserva sobre las actuaciones y documentos que integran el expediente. Sin embargo, resulta fundamental señalar que, de acuerdo a este mismo artículo, la confidencialidad no constituye por sí mismo una obligación del arbitraje, sino que constituye una posibilidad que podría ser pactada de común acuerdo por las partes. Además, es necesario destacar que, en la práctica, al ser la mayoría de arbitrajes administrados, los centros de arbitraje incluyen una regulación y obligación de confidencialidad en aquellos arbitrajes en los que se haya pactado la confidencialidad. Por ejemplo, este deber se encuentra alineado con las disposiciones de reglamentos institucionales como el del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, cuyo artículo 6 establece que todo lo actuado en el arbitraje es confidencial salvo acuerdo expreso de las partes en sentido contrario o exigencia legal. Asimismo, el reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Producción del Azuay, en su artículo 44, regula la confidencialidad y establece expresamente las personas que podrán acceder a las copias de lo actuado durante el proceso.

Finalmente, esta regulación y obligación de guardar la confidencialidad se establece en la mayoría de Centros de Arbitraje y Mediación acreditados en el país, sin ser la excepción los reglamentos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (AMCHAM) y del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Comercio de Ambato e Industrias y Producción de Tungurahua.

En el ámbito internacional, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL), si bien no impone un deber general de confidencialidad, reconoce la facultad de las partes para pactarla y la potestad de los árbitros para dictar órdenes de protección de información sensible. Asimismo, legislaciones comparadas, como la Ley Modelo de la CNUDMI y la normativa inglesa (Arbitration Act, 1996), han reforzado la tendencia a considerar la confidencialidad como un valor esencial de la institución arbitral, aunque con ciertos matices y excepciones orientados a proteger el interés público como ya se abordará en los próximos capítulos.

En otras palabras, la afirmación Born (2021) resulta trascendental cuando se contrasta el arbitraje con la jurisdicción ordinaria, donde rige el principio constitucional de publicidad, lo que implica que, salvo ciertas excepciones, las actuaciones del órgano jurisdiccional ordinario son de libre acceso para el público y la prensa. Esta apertura, que en materia judicial garantiza transparencia y control social, resultaría incompatible con el interés de mantener en reserva información estratégica, industrial o comercial, objetivo que el arbitraje satisface de manera eficaz y lo caracteriza.

Por otro lado, pero bajo los mismos lineamientos, Lew & Kröll (2003) sostienen que la confidencialidad, junto con la flexibilidad procedimental, constituye uno de los elementos que explican muchas veces la preferencia del arbitraje sobre los procesos judiciales ordinarios, mismos que se caracterizan por la publicidad como regla general. En este sentido, esta reserva o protección de datos que implica la confidencialidad del arbitraje tiene como objeto la creación de un espacio procesal seguro, donde las partes presenten alegatos y pruebas sin temor a que la información sustanciada durante el proceso llegue a ser de conocimiento público.

De acuerdo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, el arbitraje no consolida una obligación general de confidencialidad, dejando a las partes y a

los reglamentos institucionales la determinación de su alcance. Sin embargo, instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sí incluyen disposiciones específicas. Por ejemplo, el artículo 22.3 del Reglamento de la CCI faculta al tribunal a adoptar medidas para proteger la confidencialidad de la información y del laudo. Mientras que, por su parte, el artículo 75 del Reglamento de Arbitraje de la OMPI establece expresamente la obligación de no divulgar información relativa al procedimiento, salvo acuerdo en contrario o mandato legal.

Por su parte, la LAM (2018) no consagra de manera expresa la confidencialidad como un principio rector general, sin embargo, su estructura evidencia un diseño orientado a preservar la privacidad del procedimiento. En este sentido, la disposición del artículo 32 señala que el laudo tiene la misma eficacia que una sentencia ejecutoriada de última instancia y efecto de cosa juzgada, y que se puede ejecutar ante el juez competente de primera instancia, sin embargo, ello podría comprometer la confidencialidad del proceso arbitral, no obstante, ello no es objeto de este estudio. Además, este marco normativo debe armonizarse con Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), que establece la divulgación de información pública como regla general, reservando únicamente aquella cuya confidencialidad esté prevista en la ley. No obstante, esto será objeto de análisis posteriormente.

En este contexto, la confidencialidad, como principio rector del arbitraje, presenta ventajas sustanciales que han contribuido a que este MASC gane progresivo reconocimiento y aceptación, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Entre otras ventajas, destaca la capacidad de proteger información sensible o estratégica cuya divulgación, en un procedimiento público, podría ocasionar perjuicios de difícil o imposible reparación para las partes involucradas. Esta salvaguarda reviste de especial importancia en controversias que versan sobre secretos industriales, fórmulas de producción, patentes, información financiera reservada o planes de negocio de alto valor competitivo.

Por otro lado, la confidencialidad del arbitraje no protege únicamente los intereses económicos de las partes, sino que también contribuye a preservar la integridad de relaciones comerciales y contractuales que, de hacerse públicas las disputas, podrían verse gravemente afectadas. Es decir, la reducción de la exposición mediática es fundamental debido a que

construye un entorno procesal más equilibrado, mitigando la presión de la opinión pública y evitando que terceros no legitimados intervengan, influyan o interfieran en el normal desarrollo del procedimiento arbitral.

Este clima de discreción favorece la apertura y disposición de las partes para explorar vías de solución consensuada, como acuerdos transaccionales, antes de la emisión del laudo. Al eliminar la presión de los reflectores públicos, se incentiva un diálogo más franco, real y constructivo, orientado a la satisfacción de intereses mutuos y a la preservación de relaciones de largo plazo, lo que reafirma la función del arbitraje no solo como método alternativo de solución de conflictos, sino también como herramienta de gestión eficiente y estratégica de controversias.

Bajo este contexto, la confidencialidad, entendida como principio rector del arbitraje, presenta ventajas sustanciales que han favorecido su consolidación y creciente reconocimiento tanto a nivel nacional como internacional. Uno de sus beneficios más relevantes se encuentra la protección de información sensible o estratégica, cuya divulgación en un procedimiento público podría ocasionar daños de difícil o imposible reparación para las partes involucradas. Esta protección resulta especialmente significativa en disputas que versan sobre secretos industriales, fórmulas de producción, patentes, datos financieros reservados o planes de negocio con alto valor competitivo.

Es decir, la reserva de la información no solo protege los intereses económicos, sino que también preserva la estabilidad de relaciones comerciales y contractuales que podrían verse seriamente afectadas por la exposición pública de la controversia. A su vez, la limitación de la cobertura mediática contribuye a crear un entorno procesal más equilibrado, reduciendo la presión de la opinión pública y evitando injerencias indebidas de terceros ajenos al procedimiento.

El mantenimiento de la discreción favorece un clima propicio para la negociación y la búsqueda de soluciones consensuadas, como acuerdos transaccionales, antes de la emisión del laudo. Es decir, al eliminar el factor de exposición pública, las partes pueden dialogar de forma más abierta, constructiva y estratégica, orientando la resolución del conflicto hacia la satisfacción de intereses mutuos y la preservación de vínculos comerciales de largo plazo. De este modo, el arbitraje se reafirma no solo como un mecanismo eficaz de resolución de

controversias, sino también como una herramienta de gestión preventiva y eficiente de riesgos empresariales.

Por lo tanto, se ha logrado evidenciar que la confidencialidad del arbitraje, tanto como principio y característica del mismo, fortalece las relaciones comerciales, el mercado y que ha ido ganando progresivamente mayor importancia en la actualidad debido a que las partes, respetando siempre la autonomía de la voluntad de cada una de ellas, puede decidir someter sus conflictos bajo este carácter con el objeto de proteger información sensible que podría afectarlos a sí mismos o incluso tener repercusiones en el mercado. Sin embargo, si bien es un principio esencial y que ha ido ganando cada vez más aceptación por las características que tiene, también posee ciertas controversias o tensiones que merecen atención.

En primer lugar, cuando la confidencialidad en el arbitraje involucra al Estado o a instituciones públicas, adquiere una dimensión mucho más compleja que en las controversias estrictamente privadas o comerciales. En el arbitraje comercial tradicional, la reserva procesal se entiende como una garantía para las partes de que la información revelada durante el procedimiento no será divulgada sin su consentimiento. No obstante, cuando una de las partes es el Estado, o una entidad que administra fondos públicos, el principio de confidencialidad se enfrenta inevitablemente a garantías y derechos propios del derecho público, como la publicidad, la transparencia y la rendición de cuentas.

En este sentido, Banifatemi & Gaillard (2018) han señalado que la participación del Estado en arbitrajes internacionales exige un replanteamiento del alcance de la confidencialidad, pues afecta a los intereses colectivos. Este enfoque ha encontrado eco en la evolución normativa internacional, por ejemplo, el Reglamento de Transparencia en Arbitrajes entre Inversionistas y Estados de la CNUDMI (2014) constituye un punto de inflexión al imponer obligaciones de divulgación procesal incluso cuando las partes pactaron confidencialidad, priorizando así el interés público sobre el acuerdo privado.

Por otro lado, López (2020) ha analizado cómo en países como Chile, y en general en la región latinoamericana, la tendencia ha sido hacia la apertura informativa en arbitrajes donde participan órganos estatales, particularmente en contratos administrativos y concesiones de infraestructura. De acuerdo al autor, esto responde tanto a exigencias

constitucionales como a la presión de organismos internacionales para garantizar el control ciudadano y sobre la gestión contractual del Estado.

Dentro del contexto jurídico ecuatoriano, ya se ha hecho alusión al artículo 34 de la LAM que hace referencia al arbitraje, no obstante, no establece reglas específicas para los casos en que el Estado es parte. Mencionado artículo manda lo siguiente<sup>1</sup>:

Es decir, existe un reconocimiento de la confidencialidad dentro de la ley ecuatoriana siempre que haya sido pactada y conforme a las disposiciones de los reglamentos de los centros de arbitraje y mediación, sin embargo, la falta de regulación precisa respecto de este principio del arbitraje ha generado interpretaciones divergentes. Por un lado, hay quienes defienden la aplicación estricta de la reserva procesal incluso en arbitrajes estatales, respaldándose en la autonomía de la voluntad y en la eficacia del convenio arbitral. Mientras que, por otro lado, están quienes sostienen que la información relacionada con la gestión de recursos públicos no puede quedar sujeta a un pacto de confidencialidad que restrinja el acceso y control ciudadano. Por lo tanto, la ausencia de parámetros y normativa clara permite que existan conflictos normativos y a cuestionamientos de legitimidad sobre la ejecución de laudos dictados en sede confidencial.

Es necesario también tener en cuenta que históricamente, la práctica arbitral en controversias estatales se ha movido en un espectro que va desde la opacidad total hasta modelos de transparencia casi absoluta. Anteriormente, resultaba frecuente que incluso la existencia del arbitraje permaneciera oculta, pero con auge de tratados internacionales como el CIADI y la progresiva inclusión de cláusulas de transparencia, se ha reducido ese hermetismo que erróneamente caracterizaba a este MASC. Por su parte Van Harten (2009) ha advertido que esta transformación no es meramente técnica, sino que es resultado del cambio a un gran paradigma, señalando que la legitimidad del arbitraje con el Estado depende, sobre todo, de la confianza pública del proceso arbitral y que se encuentre sujeto a escrutinio democrático.

---

<sup>1</sup> Artículo 34 LAM: 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

Bajo este contexto, la confidencialidad en el arbitraje no constituye un principio absoluto ni universal, sino que su alcance y aplicación dependen tanto de la legislación vigente como del acuerdo de las partes. En los arbitrajes en los que interviene el Estado o una institución pública, esta sujeción normativa adquiere especial relevancia, pues las disposiciones sobre transparencia y acceso a la información pueden imponer la divulgación de documentos, actuaciones o audiencias, incluso en contra de la voluntad de las partes. Tal situación podría entrar en abierta contradicción con el principio de confidencialidad propio del arbitraje, configurando un escenario que, hasta el momento, resulta impensable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por su parte, Van Harten (2009) argumenta que la opacidad en los arbitrajes estatales desgasta la confianza ciudadana y puede interpretarse como una privatización de la justicia en detrimento de la rendición de cuentas. En este sentido, el autor señala que la confidencialidad excesiva no solo afecta la percepción de legitimidad del caso concreto, sino que pone en riesgo la aceptación social del sistema arbitral en general, esencialmente en aquellos casos en los que se ve involucrado el erario público.

En este mismo sentido Carbonneau (2007) defiende que la adaptabilidad del arbitraje es su mayor fortaleza, pero que, al mismo tiempo, resulta su mayor desafío cuando interactúa con el estado o instituciones públicas. Por lo tanto, la búsqueda de equilibrio entre una eficiencia procesal y transparencia democrática se vuelve crucial para preservar tanto la integridad del proceso como la confianza pública.

Con todos estos antecedentes, ha habido quienes se han preocupado por buscar este equilibrio, es por ello que Kohler (2013) propone un modelo de “transparencia calibrada” el cual permita divulgar la información relevante para el escrutinio público, protegiendo al mismo tiempo datos estratégicos o sensibles. Este enfoque plantea que la transparencia y la confidencialidad no deben concebirse como valores incompatibles, sino como principios complementarios que, correctamente equilibrados, fortalecen la legitimidad del arbitraje. No obstante, resulta muy subjetiva su apreciación pues lo “relevante” es un término que deja abiertas muchas especulaciones y poca certeza, generando desconfianza y, eventualmente, inseguridad jurídica.

La evolución de la confidencialidad en arbitrajes con el Estado refleja una transición desde un paradigma de reserva casi absoluta hacia un modelo de transparencia regulada, que cada vez se ha hecho más exigente internacionalmente. Este cambio responde a la presión social, las obligaciones constitucionales y las exigencias del derecho internacional, que demandan mayor acceso a la información en procedimientos que involucran intereses públicos y un mayor control democrático. La discusión doctrinal y pareciera inclinarse no en eliminar la confidencialidad, sino en redefinirla y replantearla para que cumpla su función sin contradecir los principios democráticos fundamentales.

Por otra parte, de una manera más crítica, existen ciertos autores que resultan escépticos respecto de la confidencialidad del arbitraje en conflictos con el estado. Por su parte, Franck (2019) cuestiona que la mera existencia de cláusulas de confidencialidad en arbitrajes con el Estado puede servir en ciertas ocasiones como un “escudo procesal” que evita el escrutinio público sobre la gestión de fondos y recursos estatales. Asimismo, el autor sostiene que, si bien el arbitraje tiene ventajas evidentes en términos de especialización y eficiencia, la falta de acceso a la información en estos procesos alimenta percepciones de opacidad y favorece narrativas políticas contrarias a los mecanismos arbitrales internacionales. En este punto, resulta clave señalar que este no es únicamente un cuestionamiento teórico, sino que en la práctica varios países han enfrentado crisis de confianza pública precisamente por la confidencialidad en la resolución de controversias contractuales estatales, precisamente por la cantidad considerable de recursos estatales que entran en juego.

En este mismo sentido, Bjorklund & Brosseau (2017) señalan que, cuando existe hermetismo excesivo en disputas estatales, el arbitraje corre el riesgo de ser percibido como un mecanismo “elitista” desconectado de la ciudadanía en general. Es decir, subraya que esta percepción negativa del arbitraje puede derivar en reformas legislativas restrictivas, como ha ocurrido en algunos países que han denunciado tratados o modificado su legislación para imponer mayores requisitos de publicidad. Por ejemplo, Australia desmontó la confidencialidad automática en arbitrajes estatales, Canadá y Suiza se adhirieron al Convenio de Mauricio sobre Transparencia en los Arbitrajes de Inversión entre Estados e Italia incluyó una reforma que otorga mayor acceso público. Así, la presión social y política se convierte en un factor determinante en la evolución normativa sobre confidencialidad.

En este mismo sentido, Canadá y Estados Unidos, bajo el marco del antiguo TLCAN (NAFTA), es ilustrativa. A partir de ese momento, la presión pública llevó a la adopción de disposiciones de transparencia que obligaban a publicar memoriales, laudos y audiencias, incluso cuando las partes hubiesen pactado confidencialidad. Sin embargo, este cambio no eliminó la confidencialidad en su totalidad, pero sí redefinió su alcance, delimitando de forma más precisa qué información podía mantenerse reservada.

En el ámbito latinoamericano, México ha mostrado que una apertura informativa controlada puede coexistir con la preservación de intereses estratégicos. En este contexto, en ciertos arbitrajes de inversión, se ha permitido la publicación de laudos y escritos procesales mientras se protege información técnica o comercial sensible, como planos de infraestructura o estrategias operativas.

No obstante, hay quienes toman una postura mucho más radical. Van Harten (2009) sostiene que, en arbitrajes que involucren al estado o a sus instituciones, la confidencialidad sea la excepción y no la regla, argumentando que la transparencia absoluta fortalece el control democrático y reduce el riesgo de corrupción o mal manejo de fondos públicos. Sin embargo, esta postura un poco más hermética sido criticada por otros, como Kaufmann-Kohler (2013), quien advierte que una apertura total podría desincentivar la disposición de las partes a recurrir al arbitraje y, en ciertos casos, comprometer la eficacia del proceso.

En contextos comparados, la Unión Europea ha introducido mecanismos híbridos en el marco de su política de inversiones, estableciendo que los procedimientos sean, por regla general, públicos, pero que el tribunal pueda ordenar la confidencialidad parcial de ciertos elementos para proteger la seguridad o los intereses comerciales esenciales. Esto, según Titi (2021), refleja un consenso internacional emergente: la confidencialidad no desaparece, pero se subordina a criterios objetivos y verificables.

No obstante, el debate es constante y se ha extendido al plano judicial. Tribunales nacionales de Reino Unido y Australia, por ejemplo, han tenido que pronunciarse sobre la divulgación de documentos arbitrales relacionados con contratos estatales, en ocasiones ordenando su publicación pese a la oposición de las partes. Estos precedentes, analizados por Mistelis & Smit (2019), muestran que la confidencialidad en arbitrajes con el Estado está cada vez más sujeta a control judicial externo. Sin embargo, esto también genera

incertidumbre y desconfianza, pues, como ya se señaló, hay quienes acuden al arbitraje exclusivamente con el fin de proteger su información y que la misma no sea de conocimiento público, pero si existe la mínima posibilidad de que a futuro esa información sea pública, por un control judicial y democrático, es posible que este principio arbitral ya no sea considerado como una evidente ventaja frente a la justicia ordinaria, sino más bien una fuente de incertidumbre e inseguridad jurídica.

En el contexto ecuatoriano, si bien aún no existe una doctrina jurisprudencial consolidada sobre el alcance de la confidencialidad en arbitrajes estatales, la tendencia regional y global sugiere que, tarde o temprano, esta tensión será objeto de debate ante la Corte Constitucional o la Corte Nacional de Justicia. La ausencia de lineamientos claros aumenta la incertidumbre jurídica y deja amplio margen para interpretaciones dispares. Además, Pérez (2019) señala que en Ecuador no se ha logrado un consenso respecto a las reglas del arbitraje en materia de derecho público, lo que genera sesgos y desconfianza, destacando la necesidad de regular adecuadamente el arbitraje con el sector público, alineando los parámetros de la LAM con la Constitución de la República y el Código Orgánico Administrativo (COA), para confirmar que el arbitraje es una alternativa idónea para fomentar la inversión.

En esta misma línea, resulta indispensable señalar que mantener la confidencialidad absoluta en estos casos no resulta únicamente insostenible en términos democráticos, sino que puede ser contraproducente para el mismo Estado, pues puede alimentar sospechas de irregularidades incluso cuando el proceso ha sido legítimo y transparente internamente. En este punto, la percepción ciudadana, juega un rol central. Estudios de opinión en países que han abierto parcial o totalmente sus arbitrajes estatales, como Colombia y Perú, muestran que la publicación de laudos y documentos procesales incrementa la confianza pública en las instituciones y en la validez de las decisiones adoptadas. Según Polanco (2019), este efecto es particularmente visible en sectores como infraestructura y energía, donde las inversiones son cuantiosas y de alto impacto social.

No obstante, también existe el riesgo de que la sobreexposición mediática distorsione la comprensión técnica del caso, generando juicios políticos prematuros e incluso erróneos. Esto ya ha sido advertido por Rogers (2014), quien señala que la transparencia sin contexto

adecuado puede ser utilizada para manipular la narrativa del arbitraje, debilitando su imparcialidad percibida.

Es decir, la discusión doctrinal contemporánea no se limita a determinar si la confidencialidad debe mantenerse o eliminarse, sino a diseñar mecanismos que permitan un equilibrio dinámico, adaptable a las particularidades de cada caso. Este enfoque flexible, que combina la protección de información sensible con el acceso a datos esenciales para el control ciudadano, parece perfilarse como la tendencia dominante en el arbitraje con participación estatal.

Dentro del contexto ecuatoriano, la evolución de este debate puede depender no únicamente de reformas normativas, sino también de un cambio en la cultura jurídica y política respecto del arbitraje. La construcción de confianza pública exige que la confidencialidad deje de ser entendida como un valor absoluto y pase a concebirse como una herramienta modulable, siempre compatible con los principios de transparencia y rendición de cuentas que informan al Estado de derecho.

La confidencialidad, tanto como principio y como característica del arbitraje, constituye uno de los pilares fundamentales que han permitido consolidar a este MASC como una alternativa eficaz y atractiva frente a la justicia ordinaria. Su función principal es salvaguardar la información sensible y preservar un espacio procesal libre de presiones externas, garantizando así la integridad del procedimiento y la confianza entre las partes. No obstante, se ha logrado evidenciar que su aplicación en controversias donde el Estado o una de sus instituciones son parte plantea retos jurídicos y prácticos de gran complejidad, debido a que se confronta con valores igualmente fundamentales, como la publicidad, la transparencia y el control ciudadano en la gestión de recursos públicos.

Los puntos divergentes entre doctrinarios demuestran que, si bien la confidencialidad contribuye a la eficacia y neutralidad del arbitraje, en los casos estatales puede generar opacidad y, con ello, cuestionamientos sobre su legitimidad. Además, este riesgo se intensifica en contextos donde la sociedad demanda mayor apertura y donde el escrutinio público es un mecanismo esencial para prevenir actos de corrupción, irregularidades contractuales o desviaciones en la administración pública, esencialmente en el contexto latinoamericano. Es decir, la tensión no es únicamente normativa, sino que también es

respecto de la percepción ciudadana sobre si la justicia arbitral sirve al interés general o si, por el contrario, actúa como un enclave cerrado que priva a la ciudadanía de información relevante y del control ciudadano.

Asimismo, la evolución internacional ha dejado claro que el equilibrio entre confidencialidad y transparencia no es una meta uniforme ni sencilla, sino un proceso de constante que depende de la normativa, la cultura jurídica y las expectativas sociales de cada jurisdicción. Modelos como la “transparencia calibrada” propuestos por la doctrina ofrecen alternativas que buscan armonizar ambos valores, pero su implementación exige precisiones normativas y criterios claros que eviten la discrecionalidad y reduzcan la inseguridad jurídica y la subjetividad. En este sentido, la experiencia comparada pareciera inclinarse a que el desafío no consiste en eliminar la confidencialidad, sino en redefinir sus límites en función del interés público.

Por otro lado, desde la perspectiva crítica, mantener un régimen de confidencialidad rígido e inmutable en arbitrajes con el Estado puede derivar en consecuencias contraproducentes, pues no se arriesga únicamente la legitimidad de este MASC, sino que también se debilita la confianza en la imparcialidad de las decisiones, especialmente cuando el acceso a la información se percibe como un derecho coartado. En este contexto, se puede incluso fomentar la judicialización de los arbitrajes a través de acciones de nulidad o demandas de acceso a la información, lo que contraviene el espíritu de celeridad y eficiencia que caracteriza a este MASC.

En el contexto ecuatoriano, la ausencia de una regulación detallada y diferenciada para el arbitraje estatal en materia de confidencialidad mantiene abierto un vacío interpretativo que favorece posturas extremas que se discuten internacionalmente. Esto pone en evidencia la posible necesidad de reformas legislativas que clarifiquen el alcance de este principio en el contexto de contratos públicos y controversias estatales, definiendo con precisión qué información puede ser protegida y cuál debe ser de dominio público. Así, se aseguraría no solo la coherencia del sistema jurídico, sino también el cumplimiento de los estándares democráticos y constitucionales vigentes.

La confidencialidad del arbitraje, lejos de ser un valor y principio absoluto, se lo debe entender como un principio susceptible de modulaciones, especialmente en procedimientos

que involucran intereses ciudadanos. El reto radica en diseñar un modelo que preserve la eficiencia y la especialización del arbitraje sin sacrificar la transparencia exigida en un Estado constitucional de derechos y justicia como lo es el ecuatoriano. Únicamente mediante esta armonización será posible mantener el equilibrio entre la eficacia procesal y la legitimidad democrática, asegurando que el arbitraje continúe siendo un mecanismo confiable tanto para las partes como para la sociedad. Sin embargo, el riesgo de un escrutinio público a aquellos procedimientos que por su naturaleza quieren adquirir la calidad de confidenciales, podría poner entre dicho a varios acuerdos comerciales.

### **1.3. Normativa Aplicable del Arbitraje en Ecuador**

Dentro del contexto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el arbitraje goza de un sólido y múltiple respaldo normativo, que no se limita únicamente a su reconocimiento y regulación en el plano legal, sino que se proyecta también en el ámbito constitucional e internacional. A nivel constitucional, la Carta Magna ecuatoriana reconoce expresamente a los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), entre los que se incluye el arbitraje, como métodos legítimos para dirimir controversias, otorgándoles efectos equivalentes a los de una sentencia judicial ejecutoriada de última instancia. Mientras que, en el plano legal, diversas leyes desarrollan las condiciones, procedimientos y alcances de los MASC, con especial atención a aquellas controversias en las que intervenga el Estado ecuatoriano o sus instituciones.

Sin embargo, pese a la amplitud del marco normativo con el que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe una ausencia de regulación específica que atienda las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado ecuatoriano es parte. Este vacío se evidencia, por ejemplo, en lo relativo al principio de confidencialidad, pues actualmente su única regulación se encuentra en el artículo 11 del reglamento de la LAM y en el artículo 34 de la LAM, disposición que establece que las partes, sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral. Tal regulación no contempla distinción alguna entre arbitrajes de naturaleza privada y aquellos en los que interviene el Estado, omitiendo así parámetros diferenciados que garanticen, la reserva procesal y el cumplimiento de principios constitucionales como la publicidad y el derecho de acceso a la información pública.

Asimismo, este vacío normativo cobra relevancia cuando se recuerda que la participación del Estado en un arbitraje implica necesariamente la gestión de intereses públicos y, con frecuencia, de recursos provenientes del erario nacional. Por lo tanto, la inexistencia de lineamientos claros sobre cómo armonizar la confidencialidad con el derecho de acceso a la información pública abre la puerta a interpretaciones divergentes y a posibles conflictos normativos.

Respecto a los requisitos para que el Estado ecuatoriano pueda someterse a un arbitraje, la Constitución, en su artículo 190, además de reconocer los MASC, dispone que, en los casos en que el Estado sea parte, únicamente procederá el arbitraje en derecho y siempre y cuando que exista un pronunciamiento previo y favorable de la Procuraduría General del Estado. Esta exigencia busca salvaguardar la legalidad y coherencia de los compromisos arbitrales asumidos por las entidades públicas, actuando como un mecanismo de control previo. Sin embargo, es necesario recordar que este mismo artículo señala expresamente que estos procedimientos únicamente se podrán aplicar “en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.

Asimismo, el artículo 4 de la LAM (2018) señala requisitos adicionales para las diferentes entidades del sector público pueden someterse al arbitraje. En primer lugar, señala que el Estado o sus instituciones deberán “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”. Es decir, este primer requisito se refiere a que, para someter una controversia a la vía arbitral, se requiere que exista una cláusula arbitral previo a la existencia del conflicto, caso contrario requerirá aprobación del Procurador General del Estado. No obstante, de acuerdo al artículo 190 de la Constitución, siempre cuando arbitraje involucre al Estado o sus instituciones requerirá previo dictamen favorable de la PGE en aquellos casos de arbitraje internacional con sede en el extranjero y cuando una vez que haya surgido la controversia, las partes quieran pactar arbitraje.

El segundo requisito previsto por la LAM hace referencia a que la relación jurídica sometida a arbitraje debe ser necesariamente de carácter contractual. Esta exigencia se encuentra íntimamente relacionada con el principio de autonomía de la voluntad, pues el

arbitraje tiene como origen y fundamento esencial el acuerdo entre las partes, quienes deciden renunciar a la jurisdicción ordinaria y someter sus diferencias a un tribunal arbitral. De igual manera, la normativa exige que en el convenio arbitral se establezca de manera expresa el procedimiento para la designación de los árbitros, garantizando así certeza y previsibilidad en la conformación del tribunal arbitral. Este aspecto se trata de un elemento esencial para preservar la imparcialidad, independencia y legitimidad del tribunal arbitral.

Asimismo, el convenio arbitral que implique la renuncia de una institución del sector público a la jurisdicción ordinaria debe ser suscrito por la persona legalmente facultada para contratar en nombre de dicha entidad. Es decir, la cláusula o compromiso arbitral requiere la manifestación de voluntad de un funcionario competente, cuya autorización represente de manera válida a la entidad pública. Esta formalidad no solo asegura la eficacia del acuerdo, sino que además salvaguarda el principio de legalidad en la gestión de recursos públicos, evitando que decisiones adoptadas por funcionarios no autorizados puedan comprometer la validez del sometimiento al arbitraje. Finalmente, cualquier omisión respecto de estos requisitos, será sancionado con la nulidad del convenio arbitral, conforme el último inciso de este mismo artículo.

Por lo tanto, cuando una institución pública se encuentra inmersa en una controversia contractual o decide pactar una cláusula arbitral, deberá hacerlo mediante la suscripción expresa del funcionario habilitado para tales efectos, dejando constancia clara de la voluntad estatal de someterse al arbitraje y de renunciar a la vía judicial ordinaria en ese ámbito específico. Este requisito, constituye un mecanismo de control institucional y de resguardo de la seguridad jurídica en el ámbito arbitral, particularmente relevante cuando están en juego intereses públicos o patrimoniales del Estado.

Por su parte, la LAM y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado desarrollan estas disposiciones constitucionales, estableciendo, entre otros aspectos, que la autorización de la Procuraduría es condición indispensable, en los casos anteriormente señalados, para la validez del compromiso arbitral suscrito por entidades estatales. Esta intervención no solo opera como requisito formal, sino también como garantía de que las condiciones pactadas no vulneren el interés público ni contravengan la normativa aplicable en materia de contratación estatal y manejo de recursos públicos. Es decir, si bien el

ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce y habilita la participación del Estado en arbitrajes, subsisten vacíos que merecen atención y que pueden generar tensión en su práctica, especialmente en materia de confidencialidad y publicidad de los procedimientos. Este vacío jurídico produce que, en la práctica, entren en tensión los principios del derecho público y afectar la percepción de legitimidad y transparencia que debe caracterizar toda actuación estatal.

Una vez entendido el marco constitucional ecuatoriano, con su reconocimiento expreso al arbitraje y a los MASC, resulta fundamental profundizar en el alcance de las disposiciones que regulan al arbitraje en Ecuador. En primer lugar, la Constitución de la de Ecuador no consagra únicamente a los MASC en su artículo 190, sino que además les confiere plena eficacia jurídica al equiparar el laudo arbitral con una sentencia ejecutoriada, reforzando la idea de que el arbitraje, lejos de ser un mecanismo supletorio, constituye una verdadera jurisdicción alternativa, plenamente integrada en el sistema de justicia ecuatoriano.

Por otro lado, como ya se mencionó anteriormente, la Constitución establece requisitos específicos para la participación del Estado en procesos arbitrales, evidenciándose así que el constituyente, si bien reconoció el valor del arbitraje, también fue consciente de la necesidad de resguardar el interés público y asegurar un control previo sobre los compromisos asumidos por las entidades estatales. Asimismo, la Constitución ecuatoriana, al no regular de manera específica aspectos como la confidencialidad en los arbitrajes en los que el Estado es parte, genera un vacío que genera incertidumbre, y que a pesar de la exigencia propia de la Constitución, pareciera resultar insuficiente, pues la opinión pública y el derecho a fiscalizar los actos y decisiones del sector público, pareciera desvanecerse con disposiciones poco específicas respecto de la confidencialidad del arbitraje con el Estado ecuatoriano.

En este contexto, al existir una regulación constitucional expresa respecto de los MASC, pero poca regulación específica legalmente, es necesario remitirse a los tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, pues juegan un rol esencial en la conformación del régimen arbitral vigente. Así, por ejemplo, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 constituye un pilar fundamental. Este instrumento, ratificado por el Ecuador en 1962, establece la obligación de los Estados signatarios de reconocer y ejecutar los laudos arbitrales

extranjeros, salvo en casos limitados y excepcionales. No obstante, no regula expresamente la confidencialidad del arbitraje pues el objeto principal de esta convención es garantizar la eficacia de los laudos y uniformar las condiciones de su reconocimiento en los diferentes ordenamientos jurídicos. Sin embargo, su importancia en la materia que nos ocupa es indirecta, es decir, refuerza la fuerza ejecutiva del laudo y consolida el arbitraje como un mecanismo confiable y seguro.

Un aspecto clave de la Convención de Nueva York es que concede a los Estados la facultad de denegar el reconocimiento de laudos cuando su ejecución contravenga el orden público. Esto, en el contexto ecuatoriano, puede ser interpretado en conexión con principios constitucionales como la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, lo que abre un espacio para cuestionar hasta qué punto la confidencialidad puede ser oponible frente a estos valores constitucionales.

Otro instrumento internacional de gran relevancia para es la Convención de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional, de la cual Ecuador también forma parte. Esta convención, aplicable en el ámbito interamericano, contiene disposiciones similares a la Convención de Nueva York respecto del reconocimiento y ejecución de laudos, aunque tampoco incorpora una regulación directa sobre confidencialidad. Su contribución radica, nuevamente, en el fortalecimiento de la eficacia de los laudos, lo que subraya la necesidad de analizar cómo equilibrar esta eficacia con la publicidad en controversias que comprometen recursos estatales.

En materia de inversión extranjera, Ecuador fue signatario de la Convención de Washington de 1965 que creó el CIADI, aunque posteriormente denunció este tratado en 2009. No obstante, varios tratados bilaterales de inversión suscritos por el país mantienen cláusulas de arbitraje internacional, y algunos de ellos contienen previsiones sobre transparencia o acceso a la información en procesos arbitrales. Esto refleja cómo el derecho internacional de inversiones ha impulsado una tendencia hacia la apertura informativa en arbitrajes con participación estatal, lo que incide directamente en el debate nacional sobre confidencialidad. Además, cabe recalcar que Ecuador suscribió nuevamente la Convención en el 2021.

Por su parte, organismos como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) han promovido iniciativas orientadas a fortalecer la transparencia en arbitrajes con participación estatal. Un hito relevante en este sentido es el Reglamento sobre Transparencia en el Arbitraje entre Inversionistas y Estados (2014), el cual ha influido en reformas normativas y prácticas en distintas jurisdicciones, generando un nuevo paradigma en la relación entre confidencialidad y publicidad en el arbitraje (UNCITRAL, 2014).

Asimismo, desde la doctrina se han identificado desafíos sustanciales en el arbitraje con el Estado. Por ejemplo, Shirlow & Caron (2019) han argumentado que el modelo tradicional de confidencialidad debe adaptarse a las demandas contemporáneas de apertura y rendición de cuentas. En similar sentido, Van Harten (2009) advierte que la opacidad en estos procesos puede comprometer principios esenciales del derecho público, incluyendo la participación ciudadana y el derecho a una gestión pública transparente.

Como se ha podido evidenciar, los tratados internacionales de los cuales forma parte el Estado ecuatoriano, son de suma relevancia para garantizar la eficacia transfronteriza del arbitraje y de los MASC en general. No obstante, la regulación respecto de la confidencialidad en arbitrajes que involucren a estados o a sus instituciones resulta, por el momento, insuficiente. Por ello, resulta necesario profundizar y analizar la normativa nacional vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En primer lugar, la LAM constituye la norma principal en materia arbitral. Esta ley regula aspectos procedimentales esenciales, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes y establece la fuerza de ejecución del laudo arbitral. Asimismo, respecto a la confidencialidad, su artículo 34 prevé que esta podrá ser pactada por las partes, sin perjuicio de los derechos de terceros, lo cual supone un reconocimiento implícito de que la confidencialidad no puede prevalecer en todos los supuestos.

Por su parte, el Reglamento a la LAM desarrolla algunos de estos aspectos, pero tampoco establece normas específicas sobre arbitrajes en los que el Estado es parte. En consecuencia, en la práctica, se aplica un régimen general que no distingue entre controversias privadas y aquellas en las que intervienen recursos públicos, lo cual genera nuevamente incertidumbre.

Por otro lado, además de la LAM y su reglamento, existen varias normas del ordenamiento ecuatoriano que inciden indirectamente en esta materia. Por ejemplo, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP) establece el principio de publicidad como regla general en el manejo de información de carácter estatal. En la medida en que el arbitraje estatal implica el uso de recursos públicos, esta ley puede entrar en tensión con los pactos de confidencialidad que se celebren en sede arbitral, no obstante, la regulación normativa vigente no ha hecho alusión alguna a este conflicto.

Asimismo, otro punto relevante se encuentra en la normativa sobre contratación pública, particularmente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCIP). Esta ley regula las condiciones de los contratos administrativos y, en algunos casos, habilita la inclusión de cláusulas arbitrales. Sin embargo, al tratarse de contratos de interés público, las disposiciones de transparencia y rendición de cuentas limitan el margen de aplicación de la confidencialidad absoluta.

El sistema normativo ecuatoriano ofrece un respaldo robusto al arbitraje, pero no define la regulación de la confidencialidad en los procesos que involucran al Estado, generando un área de fricción entre normas que, por un lado, reconocen y protegen la reserva procesal y, por otro, consagran la publicidad y el acceso a la información como principios de orden público. Esta falta de regulación y de conflicto normativo aparenta no ser de gran relevancia, sin embargo, en aquellos conflictos de connotación social, que tenga el carácter de confidencial y el estado ecuatoriano forme parte, puede resultar en un completo desprestigio hacia la justicia arbitral, pues este MASC al ser siempre criticado por ser “elitista”, puede que genere en la opinión pública ideas o preceptos de que se está perjudicando al estado, por un aparente ocultamiento de información (por la confidencialidad) y generar mayor desconfianza e incertidumbre en futuros casos. Advierto que, por ahora no ha sucedido en Ecuador de una manera vidente, sin embargo, estas lagunas jurídicas, pueden ocasionar que eventualmente ocurra si no se soluciona este conflicto de manera temprana.

En este mismo sentido, la ausencia de parámetros claros sobre cómo conciliar la confidencialidad con la transparencia garantizada constitucionalmente, ha sido reflejada en distintas legislaciones a lo largo del mundo. Por ejemplo, en Colombia, la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) establece reglas específicas cuando el Estado

es parte, reconociendo que el principio de publicidad no puede quedar desplazado por acuerdos privados. Esta regulación normativa intenta equilibrar la reserva propia del arbitraje con la obligación de rendición de cuentas en el manejo de recursos públicos, algo que en Ecuador todavía no encuentra un marco explícito.

Asimismo, en Chile se ha debatido intensamente sobre la transparencia en arbitrajes con entidades públicas, especialmente en casos de concesiones de infraestructura. La jurisprudencia y la doctrina chilena han coincidido en que el interés general debe prevalecer frente a pactos de confidencialidad excesivos, abriendo paso a prácticas de mayor publicidad. En este contexto, López (2020) señala que los países de la región están avanzando hacia modelos más abiertos para fortalecer la confianza pública en la resolución de disputas que comprometen al erario estatal. Así, existen varios y numerosos ejemplos de legislaciones que, ante la creciente presión internacional y social, han adoptado en sus legislaciones modelos que intentan conciliar estos principios que, por ahora, no se encuentran regulados en Ecuador.

Bajo este contexto, la Constitución, los tratados internacionales y la legislación interna conforman un entramado normativo que valida y promueve el arbitraje en Ecuador, pero que aún carece de una regulación específica para resolver la tensión entre confidencialidad y transparencia en arbitrajes estatales. Además, la importancia de este vacío no debe ser subestimada, pues en contextos donde el arbitraje involucra recursos públicos, la falta de parámetros claros puede dar lugar a cuestionamientos sobre la legitimidad del proceso y del laudo resultante, debilitando la confianza ciudadana en los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En este sentido, resulta fundamental señalar que todo lo dispuesto por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes ecuatorianas podría, en determinados casos, entrar en conflicto con el principio de publicidad y el derecho de acceso a la información pública. Estos principios, de raigambre constitucional y con amplio reconocimiento internacional, constituyen valores esenciales para la transparencia democrática y el control ciudadano. Por lo tanto, a partir del análisis de este capítulo, se ha podido evidenciar que la regulación normativa del arbitraje en Ecuador y sus fuentes internacionales no regulan la confidencialidad en controversias con el Estado.

Es decir, en el caso ecuatoriano, si bien existen estudios sobre el arbitraje y su marco normativo, como el de Pérez (2019), no se ha desarrollado un análisis sistemático del conflicto entre confidencialidad y publicidad, particularmente en arbitrajes donde el Estado es parte. Este vacío teórico y práctico ha sido señalado como una oportunidad para proponer lineamientos que permitan armonizar ambos principios en el marco jurídico nacional. Por lo tanto, si bien el arbitraje se estructura sobre pilares como la autonomía, celeridad y confidencialidad, debe integrarse a los principios de transparencia y acceso a la información cuando involucra al Estado. Esta tensión será objeto de análisis en los capítulos siguientes, con el propósito de proponer una interpretación jurídica que respete tanto la eficiencia del arbitraje como las garantías democráticas propias de un Estado de derecho.

## **CAPÍTULO 2: PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN**

### **2.1. Antecedentes, Generalidades y Conceptos**

La publicidad y el derecho de acceso a la información constituyen elementos estructurales de la transparencia, íntimamente vinculados, aunque conceptualmente diferentes. La publicidad, por su parte, constituye un principio rector de carácter objetivo, que impone a las instituciones pertenecientes al Estado la obligación de actuar bajo parámetros de apertura y exposición pública de sus actuaciones. Mientras que, el acceso a la información, es un derecho subjetivo, ejercitable por cada uno de los ciudadanos que conforman la sociedad, permitiéndoles solicitar, obtener y difundir información en poder de entidades públicas, transformándose en un instrumento operativo que materializa la publicidad como principio rector.

Como ya se señaló, estas figuras jurídicas no son lo mismo, sin embargo, se encuentran íntimamente relacionadas: la publicidad sin acceso se convierte en una mera declaración formal sin mecanismos efectivos, y el acceso sin publicidad previa se limita a un ejercicio reactivo, sin verdadera garantía de apertura. Por lo tanto, la doctrina establece que, tanto el derecho de acceso a la información como el principio de publicidad constituyen categorías complementarias que, en su conjunto, consolidan la fiscalización democrática. Titi (2021) señala que la interacción de estos principios se proyecta con especial intensidad en el arbitraje con el Estado, donde la reserva propia del procedimiento puede entrar en tensión con la necesidad del control ciudadano.

En un contexto histórico, la publicidad ha sido considerada como una solución frente a la opacidad y la arbitrariedad en el ejercicio del poder. Bentham (2002) resumió esta idea con su célebre frase de que la publicidad es el alma de la justicia, vinculando la apertura del proceso con la legitimidad de las decisiones. Esto, en el constitucionalismo contemporáneo, ha sido recogido en diversas constituciones y ordenamientos jurídicos como una garantía que asegura la motivación, la rendición de cuentas y un control externo a las actuaciones estatales, tanto judiciales como no judiciales.

Por su parte, el derecho de acceso a la información ha adquirido el carácter autónomo dentro del derecho internacional de los derechos humanos con la sentencia de la Corte

Interamericana en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* (2006), que estableció el principio de máxima divulgación. Esta doctrina, recogida en la jurisprudencia, implica que toda información en poder del Estado se presume pública, salvo que se justifique una excepción conforme a criterios de legalidad, proporcionalidad y necesidad estricta, lo que fortalece la presunción de apertura en los asuntos estatales.

Al respecto, Van Harten (2009) sostiene que este debate refleja una tensión más profunda entre derecho público y derecho privado, pues mientras el arbitraje se concibe históricamente como un método de naturaleza privada, la participación del Estado transforma su dinámica y lo somete a exigencias de legitimidad democrática que no pueden ser ignoradas. En este sentido, la publicidad y el acceso a la información se convierten en correctivos indispensables frente a la reserva procesal, especialmente cuando se involucran intereses colectivos.

Franck (2019) ha señalado que la apertura informativa en arbitrajes internacionales no aumenta únicamente la percepción de legitimidad, sino que también mejora las expectativas de las partes y reduce la litigiosidad secundaria. En este mismo sentido, López (2020) añade que, en la práctica chilena, la publicidad de laudos y documentos esenciales en arbitrajes estatales fortalece la confianza ciudadana sin eliminar la eficacia del mecanismo arbitral. Estos aportes podrían indicar que la aplicación conjunta de publicidad y acceso a la información genera mayor estabilidad y confianza social.

Dentro del contexto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la LOTAIP constituye el principal desarrollo legislativo del derecho de acceso a la información, pues establece obligaciones de publicidad activa y pasiva. En este sentido, las disposiciones de este mismo cuerpo normativo se complementan con el principio constitucional de publicidad, transformándolo en una herramienta de control ciudadano real y no meramente formal. En este sentido, la complementariedad entre principio y derecho adquiere plena vigencia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por otro lado, respecto de la publicidad activa, esta constituye un deber institucional proactivo, es decir, las entidades públicas deben difundir de oficio información relevante sobre su gestión, sin la necesidad de que exista una solicitud ciudadana previa. Todo esto se encuentra recogido en el artículo 9 del Reglamento a la LOTAIP (2024), donde se señala la

obligación de las instituciones públicas de difundir la información de manera clara y completa la información, estableciendo como órgano rector y de control de estas disposiciones a la Defensoría del Pueblo. Además, esta norma se encuentra en concordancia con el artículo 19 de la LOTAIP que establece la transparencia activa, es decir, la divulgación mensual de información puntual.

En este mismo sentido, la publicidad activa fortalece los principios de rendición de cuentas y visibilidad administrativa, pues al publicar datos sobre contrataciones, presupuestos y gastos, planificación o estructura, la administración anticipa y facilita el control social, evitando que el acceso a la información dependa únicamente de solicitudes ciudadanas. Además, la LOTAIP y su reglamento señalan que cada entidad debe designar un oficial o comité de transparencia responsable de asegurar que la información activa sea sistematizada, validada, publicada periódicamente y de manera técnica y accesible. Este deber adquiere relevancia en arbitrajes con el Estado, donde la ciudadanía debe tener acceso a información oficial sobre disputas que involucran recursos públicos.

Por otro lado, la publicidad pasiva hace referencia al mecanismo mediante el cual cualquier persona interesada puede solicitar información pública y obtener una respuesta en el plazo legal determinado, conforme el derecho de petición consagrado tanto constitucionalmente como en el COA. La doctrina por su parte destaca que esta facultad ciudadana constituye una garantía ciudadana que permite hacer efectivo el derecho constitucional de acceso a la información. Además, a diferencia de la publicidad activa, que es proactiva, la pasiva tiene un carácter reactivo, pero es igualmente esencial para asegurar que la transparencia funcione como una herramienta real de control público. Finalmente, resulta fundamental diferenciar el derecho de acceso a la información con la publicidad pasiva, pues si bien pueden ser muy similares, el primero se refiere a un derecho fundamental de los ciudadanos mientras que, la segunda, hace referencia al mecanismo administrativo mediante el cual ese derecho se hace efectivo

En el marco del arbitraje en el que interviene el Estado, la publicidad pasiva adquiere especial relevancia, pues otorga a ciudadanos, medios de comunicación e instituciones la facultad de solicitar información relacionada con los procedimientos arbitrales, los laudos, los costos, los fundamentos jurídicos y las decisiones adoptadas. De esta manera, no se busca

únicamente reforzar la legitimidad del arbitraje como MASC, sino garantizar la fiscalización efectiva del uso de los recursos públicos. Tal fiscalización no se limita a las actuaciones directas de los órganos estatales, sino que se extiende al erario nacional, el cual puede verse comprometido por un laudo arbitral condenatorio contra el Estado ecuatoriano, ya sea como consecuencia de una acción u omisión atribuible a las actuaciones de sus instituciones y/o sus servidores.

Es decir, tanto la publicidad activa, con un propósito institucional, y la pasiva, como derecho ciudadano e íntimamente relacionado con el derecho de acceso a la información, son ejes inseparables del sistema democrático de rendición de cuentas y transparencia. Además, la vigencia efectiva de este principio en arbitrajes estatales garantizaría que este MASC no funcione como una caja negra, sino como un procedimiento digno del control ciudadano y compatible con los principios constitucionales. No obstante, es necesario tener en cuenta que, frente a esta exigencia de publicidad y acceso a la información en los arbitrajes donde interviene el Estado, subsiste también el derecho de las partes a mantener la confidencialidad cuando así lo han pactado en ejercicio de su autonomía de la voluntad. En muchos casos, la confidencialidad arbitral no es un mero accesorio, sino una condición esencial y característica que motivó la celebración del convenio arbitral, al garantizar la protección de información estratégica o sensible.

Por lo tanto, imponer de manera absoluta la publicidad de los procedimientos podría vaciar de contenido la libertad contractual reconocida en el artículo 66 de la Constitución y en los principios generales del derecho privado. En este sentido, existe la necesidad de encontrar un equilibrio razonable entre la transparencia exigida por el interés público y la confidencialidad acordada por las partes, evitando que la primacía de uno de estos valores suponga la anulación del otro. Bajo este contexto, la doctrina arbitral (Born, 2021; Kaufmann-Kohler, 2013) ha insistido en que la legitimidad de los procesos con participación estatal no puede alcanzarse desconociendo completamente los pactos de confidencialidad, pues ello también afectaría la seguridad jurídica y la confianza en el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

## **2.2. La Publicidad en los Conflictos Judiciales con el Estado**

La publicidad en los conflictos judiciales que involucran al Estado constituye una garantía fundamental dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues este principio no busca únicamente transparentar los actos de la administración pública, sino también asegurar que los procesos en los que están comprometidos recursos estatales se desarrollen bajo parámetros de legitimidad democrática. Bajo este contexto, la publicidad cumple una función de control social, que no constituye una mera formalidad, sino que impone la apertura de actuaciones y decisiones, exigiendo su motivación, y permitiendo el escrutinio ciudadano sobre la corrección y oportunidad de lo actuado, impidiendo la arbitrariedad.

En este sentido, es necesario señalar que la regulación del principio de publicidad dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es extensa. En primer lugar, la propia Constitución ecuatoriana (2008), en su artículo 168 numeral 5 establece que, los juicios y sus decisiones, en todas sus etapas, serán públicos, con excepción a aquellos casos expresamente señalados en la ley. Es decir, este principio está constitucionalmente reconocido dentro del estado ecuatoriano, señalando como regla general a la publicidad y, como situación excepcional y únicamente en aquellos señalados por la ley, se establece la reserva a este principio. Además, el desarrollo de este principio es ampliamente desarrollado en el ámbito normativo ecuatoriano.

El Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) establece como principios rectores de la Función Judicial, entre otros, al principio de publicidad en su artículo 13, estableciendo, al igual que en la Constitución, que las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo aquellas en los que la ley prescriba que sean reservadas. Es decir, este cuerpo normativo, encargado de regular a la función judicial y sus actuaciones, establece como un principio fundamental de esta función del estado, cumplir con este principio constitucional y legal.

Por otro lado, el COGEP establece en su artículo 8, respecto de la transparencia y publicidad de los procesos judiciales, que la información de los procesos sometidos a la justicia es pública, incluyendo tanto a las audiencias como a las resoluciones judiciales y administrativas. Esta disposición se encuentra en concordancia con el principio de máxima divulgación, reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al cual la publicidad es la regla y la reserva constituye la excepción. Es decir, la norma ecuatoriana

reafirma la vocación constitucional de la transparencia como eje rector de la función judicial y administrativa.

No obstante, esta misma disposición también introduce un límite importante, pues al señalar que “únicamente se admitirán aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona” se está refiriendo al principio de proporcionalidad, que exige un balance entre la apertura de los procesos y la tutela de bienes jurídicos fundamentales. Además, la reserva procesal no constituye una potestad discrecional, sino una excepción de interpretación restrictiva, cuya motivación debe ser reforzada y cuya justificación debe estar amparada en la Constitución y la ley. En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia No. 36-16-IN y acumulados (2022), precisó que las limitaciones a la publicidad deben aplicarse únicamente de manera excepcional, caso por caso, justificando de forma expresa por qué la publicidad concreta afectaría el derecho protegido y demostrando por qué no es posible adoptar medidas menos gravosas.

Finalmente, el último inciso de esta misma disposición señala que “son reservadas las diligencias y actuaciones procesales previstas como tales en la Constitución de la República y la ley”, reafirmando el principio de legalidad de las excepciones. Esto implica que no basta con la voluntad del juez o de las partes para declarar reservado un acto procesal, sino que debe existir un mandato expreso en la Constitución o en la ley. Por lo tanto, de esta manera se evita la arbitrariedad y se asegura que las excepciones sean taxativas y no interpretadas extensivamente.

En este sentido, esta disposición refuerza la idea de que la publicidad no constituye únicamente una garantía procesal, sino que también es un principio democrático. Además, en procesos con el Estado, esta disposición delimita el margen de discrecionalidad y obliga a que cualquier excepción de reserva sea motivada, proporcional y prevista expresamente por la ley, consolidando así un marco jurídico que prioriza la transparencia como regla estructural del sistema de justicia ecuatoriano.

Bajo este contexto normativo se puede evidenciar que la regulación normativa ecuatoriana, es un modelo en el cual prevalece la publicidad de las actuaciones y decisiones públicas, no únicamente como un sistema que garantiza transparencia, sino que fomenta la

fiscalización ciudadana. Sin embargo, si bien ya se ha evidenciado que la publicidad es la regla general, resulta fundamental referirse a aquellas excepciones legales taxativas que, eventualmente, podrían ser la razón por la cual no se puede ejercer el derecho de acceso a la información ni el principio de publicidad. Para ello, es necesario, realizar un análisis profundo de la LOTAIP e incluso un alcance a las disposiciones respecto de la transparencia en sectores estratégicos y finanzas públicas, dada que su naturaleza de interés público y trascendencia social, debe señalarse con exactitud sus disposiciones para que un eventual laudo arbitral en contra del estado en esas áreas sea legítimo democráticamente.

En este contexto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se puede evidenciar que en Ecuador se configura un modelo en el cual la publicidad de las actuaciones y decisiones públicas constituye la regla general, no solo como una garantía de transparencia, sino también como un mecanismo que materializa la rendición de cuentas y fomenta la fiscalización ciudadana. La apertura procesal, en este sentido, se convierte en un instrumento de control democrático indispensable para legitimar el ejercicio de las funciones estatales, en particular cuando se comprometen recursos de carácter público. Sin embargo, si bien la publicidad se erige como principio rector, resulta igualmente imprescindible referirse a las excepciones legales de carácter taxativo, las cuales determinan aquellos supuestos en los que la reserva procesal desplaza temporal o parcialmente el acceso ciudadano a la información y al principio de publicidad.

En este sentido, resulta fundamental realizar un análisis exhaustivo de la LOTAIP, pues establece el marco general de acceso a la información pública y regula las excepciones que, de manera restrictiva, pueden aplicarse. Asimismo, debe realizarse un alcance a las disposiciones específicas sobre transparencia en sectores estratégicos y en materia de finanzas públicas, dada su naturaleza de interés general y trascendencia social. Precisar con rigor estas reglas no permite únicamente delimitar el alcance del principio de publicidad, sino también garantizar que, en un eventual laudo arbitral dictado contra el Estado en estas áreas, la decisión goce de legitimidad jurídica y democrática al haberse respetado tanto el principio de transparencia como las reservas normativas excepcionales que lo limitan.

En primer lugar, es necesario remitirse a la Constitución (2008), pues consagra el derecho fundamental de acceso a la información pública en su artículo 18, numeral 2,

garantizando que todas las personas tienen derecho, entre otros, a acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas, agregando de forma categórica que no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. Además, establece que incluso en casos de violaciones de derechos humanos ninguna entidad pública podrá negarse a entregar información, reflejando la preeminencia del interés público en contextos de posibles vulneraciones de derechos humanos.

Este derecho de acceso a la información está íntimamente ligado al principio de publicidad y transparencia de la función pública, y al deber de fiscalización ciudadana. En este sentido, la misma Constitución en su artículo 204 dispone que “el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público” reconociendo a la ciudadanía un rol protagónico en el control de los actos estatales como parte del derecho a la participación. Asimismo, la Carta Magna garantiza mecanismos para hacer efectivo el acceso a la información, por ejemplo, el artículo 91 establece la acción constitucional de acceso a la información pública, que, sin un análisis profundo, resulta procedente incluso cuando la negativa se funda en carácter secreto o confidencial. La Constitución exige que el carácter reservado de cierta información sea declarado con anterioridad a la petición de acceso, por autoridad competente y conforme a la ley. Es decir, no se puede simplemente etiquetar información como “reservada” ex post facto para una negativa al acceso a la información, sino que la reserva debe estar previamente justificada y amparada en una norma. Este esquema garantiza que la excepción no se convierta en regla general arbitraria, permitiendo al ciudadano impugnar la negativa ante los jueces constitucionales, quienes podrán verificar si la clasificación de reserva fue legítima.

Una vez entendido de manera profunda el alcance constitucional del derecho de acceso a la información y la publicidad, resulta necesario referirse a la LOTAIP, norma que desarrolla los mandatos constitucionales, regulando el alcance, sujetos obligados y excepciones del derecho de acceso a la información. En primer lugar, este cuerpo normativo define información pública de manera amplia, implicando que la misma es todo dato o documento, final o no, cuyo origen o poder recaiga en instituciones públicas o personas jurídicas señaladas por la Ley, que esté bajo su responsabilidad o se haya producido con recursos del Estado (LOTAIP, 2004). Es decir, hace referencia a que todo aquello que obre en entidades estatales o entes que manejan fondos públicos se presume información pública.

Además, la ley impone a tales entidades la obligación de crear y mantener registros públicos de manera profesional con el objetivo de facilitar el ejercicio pleno del derecho de acceso, advirtiéndole que no puede alegarse ausencia de archivo o desorden para denegar información.

Una vez entendido el concepto y todo aquello que implica información pública, es necesario destacar que la LOTAIP distingue entre información confidencial e información reservada. En este sentido, este cuerpo normativo, en su artículo 4, las desarrolla de la siguiente manera:

- **Información confidencial**

Hace referencia a datos de carácter privado o sensibles, cuya divulgación afectaría derechos personalísimos de individuos o intereses privados. La LOTAIP la define como información, sea final o preparatoria, derivada de derechos personalísimos, cuya difusión requiere autorización de su titular, pues al revelarse podría afectar su privacidad o involucrar datos personales protegidos conforme a la Ley de Protección de Datos, así como secretos comerciales, patentes o derechos de autor que ameritan resguardo. En otras palabras, la confidencialidad protege intereses particulares, sean datos personales o secretos empresariales de terceros. Además, este tipo de información puede divulgarse únicamente con consentimiento del afectado.

- **Información reservada**

Este tipo de información hace alusión a aquella que atiende a intereses públicos cuya divulgación indiscriminada podría causar un daño claro, probable y específico a la sociedad o al Estado. La LOTAIP (2004) la define como aquella información, final o preparatoria, generada o no por el sujeto obligado, que requiere de forma excepcional limitación en su conocimiento y distribución, de acuerdo a criterios expresamente establecidos en la ley, siempre que no sea posible su publicación mediante procedimientos de disociación de datos y exista un riesgo claro, probable y específico de daño a intereses públicos. Es decir, únicamente aquellas situaciones verdaderamente excepcionales, pueden justificar que cierta información pública se sustraiga temporalmente del escrutinio ciudadano.

Una vez comprendida esta diferenciación, la LOTAIP establece taxativamente en su artículo 15 los supuestos de información que pueden ser clasificados como reservados. En términos generales, estos se refieren a distintos ámbitos como seguridad y defensa nacional

u otras materias de alto interés estatal, por ejemplo, planes militares o de defensa, operaciones e informes de inteligencia militar (en caso de estado de excepción por conmoción interna), información sobre ubicación de material bélico estratégico, o los fondos reservados para fines de defensa nacional. Además, se prevé como reservada la información que otro Estado u organismo internacional entregue al Ecuador con carácter confidencial o reservado, esto siempre y cuando, en ponderación de los derechos fundamentales, no se sacrifique el interés público. Este último numeral es sumamente relevante, pues indica que, si un tercero proporciona información bajo acuerdo de confidencialidad, el Estado puede respetar ese carácter de reservado, pero únicamente en medida en que al hacerlo no se sacrifique al interés público por ello. Es decir, el interés público, al igual que lo establece la Constitución, opera como límite a la confidencialidad impuesta externamente. Finalmente, esta misma disposición, en su último inciso que, en caso de violación a derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

En este sentido, es importante señalar que estos casos de reserva son excepcionales y de interpretación restrictiva. La LOTAIP es clara al señalar que, fuera de ellos, rige la publicidad. Además, incluso dentro de esos casos, introduce una excepción a las excepciones de la publicidad, es decir, aquellos casos en los que exista una violación a derechos humanos, no podrán invocarse reserva bajo ninguna circunstancia. Por lo tanto, estas disposiciones reflejan un marco normativo que privilegia la transparencia y permite únicamente a la opacidad en ámbitos muy puntuales, usualmente relacionados con seguridad del Estado o negociaciones financieras delicadas, y aun así con controles.

Es necesario considerar que la normativa ecuatoriana, a través de la misma LOTAIP establece un procedimiento estricto para clasificar información como reservada, siguiendo estándares de motivación y control. Bajo este contexto, el artículo 17 de este mismo cuerpo normativo señala que cualquier institución pública que considere necesario reservar cierta información debe emitir una resolución administrativa motivada, expresando claramente la razón legal que autoriza la reserva, identificar el bien jurídico, derecho constitucional o interés público que se pretende proteger, y hacer un análisis de riesgos detallando los perjuicios que implicaría la divulgación libre de esa información para el Estado, la sociedad o los ciudadanos. Además, se debe justificar la proporcionalidad de la medida, señalando qué beneficios concretos obtienen el Estado o la sociedad al mantener temporalmente la reserva

y por qué esos beneficios superan el impacto de restringir el acceso público. Finalmente, se debe indicar el plazo de duración de la reserva, que no podrá exceder el tiempo en que subsistan las causas legítimas ni sobrepasar los límites legales que, en el caso ecuatoriano, de acuerdo a la misma LOTAIP fija un máximo general de 10 años, prorrogable excepcionalmente hasta 15. Esta exigencia de motivación detallada busca asegurar que se reserve únicamente información cuando sea estrictamente necesario y justificado, evitando clasificaciones arbitrarias o genéricas.

Una vez emitida la resolución de clasificación, la institución tiene 10 días para remitir una copia de dicha resolución tanto a la Defensoría del Pueblo como a la Asamblea Nacional. En el caso de la Asamblea, la copia se difunde a todos los asambleístas a través de la Secretaría General, y además se debe registrar en la plataforma electrónica que administre el órgano rector de transparencia. Este paso resulta crucial debido a que introduce a un control institucional y social debido a que la Defensoría del Pueblo y los asambleístas son informados de qué información se ha reservado y por qué, lo que les permite eventualmente cuestionar o vigilar dicha clasificación. Cabe señalar que la omisión de cualquiera de los requisitos o pasos señalados invalida la clasificación, pues la LOTAIP es tajante al indicar que la reserva “no tendrá validez alguna” si no se cumplió plenamente el procedimiento. Incluso una clasificación realizada sin cumplir estos pasos se presume inválida de pleno derecho, y los funcionarios responsables incurren en responsabilidad administrativa, civil e incluso penal por los perjuicios causados.

Por otro lado, si bien ya se entendió el alcance de lo que implica la información reservada y el estricto procedimiento para que pueda considerarse como tal, es fundamental ahora analizar cuando procede la desclasificación de esta información y bajo qué parámetros a la luz de la LOTAIP. En primer lugar, de acuerdo al artículo 34 de la LOTAIP, la información declarada reservada mantendrá tal carácter por un máximo de 10 años desde su clasificación y puede, excepcionalmente, ampliarse la reserva hasta 15 años como máximo, mediante resolución motivada, pero únicamente si persisten las causas que dieron origen a la reserva. Cumplido el plazo o extinguidas las razones, la información debe ser desclasificada automáticamente. En este contexto, la ley establece que la información reservada se hará pública al ocurrir cualquiera de estos supuestos:

1. Cesan las causas que motivaron la reserva.
2. Expira el plazo de reserva; o
3. Lo decide una autoridad competente mediante resolución.

En especial, tratándose de reservas por seguridad del Estado, se aplicarán las reglas específicas de la normativa de seguridad nacional para su desclasificación. Sin embargo, la LOTAIP también prevé un mecanismo de desclasificación legislativa a través de una decisión de por lo menos los dos tercios de sus miembros, si lo considera necesario para fines de fiscalización, aunque dicho levantamiento se haría en una sesión cerrada, conforme a su ley orgánica. Esta facultad legislativa de desclasificar información garantiza que, en última instancia, no haya secretos permanentes e inaccesibles en la gestión estatal, ya que los representantes del pueblo pueden acceder a ellos cuando el interés público así lo exija.

La ley también señala que, si la información reservada es divulgada indebidamente, antes de que venza el plazo o por canales no autorizados, el responsable podrá enfrentar sanciones civiles, administrativas e incluso penales, complementando la protección de la confidencialidad temporal y asegurando que quienes manejan información clasificada mantengan su reserva. Bajo este contexto, el ordenamiento ecuatoriano vigente pareciera finalmente configurar un aparente equilibrio preciso, pues por un lado reconoce la posibilidad de información reservada y confidencial, garantizando su legitimidad y protección incluso a través de sanciones a quienes divulguen la información de manera indebida, pero al mismo tiempo es tajante al señalar que la confidencialidad y reserva cabe únicamente en supuestos excepcionales y bajo un proceso transparente y justificado, con límites temporales y mecanismos de fiscalización (Defensoría, Asamblea) que evitan abusos. La regla general es la publicidad mientras que la excepción es la reserva justificada.

### **2.3. La Publicidad y el Derecho de Acceso a la Información como Principios Rectores para la Fiscalización de Recursos Públicos**

Se ha podido evidenciar fehacientemente que la LOTAIP establece procedimientos estrictos y debidamente motivados para determinar qué información puede ser clasificada como confidencial o reservada, así como los alcances y mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico reconoce a tales categorías. Sin embargo, cabe destacar que tanto la confidencialidad como la reserva poseen un carácter excepcional frente a la regla general de

publicidad y acceso. Es decir, su procedencia está condicionada a circunstancias concretas expresamente señaladas en la Constitución o en la ley, y que su aplicación se encuentra sometida a límites claros, a controles institucionales y a una exigente motivación por parte de la autoridad que la disponga. En consecuencia, aun cuando se admita su utilización en casos excepcionales, estas figuras no escapan del escrutinio jurídico ni al control ciudadano, pues constituyen restricciones sujetas a un régimen estricto de legalidad, proporcionalidad y temporalidad, lo que asegura su compatibilidad con el principio constitucional de transparencia y con el derecho de acceso a la información pública.

En este contexto, si bien la LOTAIP es el principal cuerpo normativo que regula lo atinente al derecho de acceso a la información, existen disposiciones en leyes sectoriales que inciden sobre la publicidad de la información en áreas estratégicas o sensibles, que delimitan qué puede considerarse como información reservada en estos contextos. En este sentido, es necesario referirse a los sectores estratégicos y a la gestión de finanzas públicas, pues dada su naturaleza, mantienen información de alto interés público, pero a la vez potencialmente sensible, por ejemplo, datos geológicos, contratos, negociaciones de deuda, entre otros.

Por lo tanto, resulta indispensable analizar el alcance de otros cuerpos normativos que regulan materias particularmente sensibles y de gran impacto social y económico, en las cuales el principio de publicidad adquiere una relevancia reforzada al habilitar mecanismos de fiscalización y control ciudadano. Tales disposiciones, en principio, podrían entrar en tensión con la naturaleza confidencial de ciertos arbitrajes, especialmente cuando se ventilan controversias vinculadas con la administración de recursos estratégicos o financieros del Estado. En este sentido, cobran especial importancia las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos y en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP), cuyo análisis debe realizarse en estricta concordancia con el ordenamiento jurídico ecuatoriano y los principios constitucionales de transparencia y rendición de cuentas, con el objeto de determinar el modo en que estos cuerpos legales condicionan la validez y legitimidad de un eventual laudo arbitral que comprometa intereses estatales en dichos sectores.

En primer lugar, en el ámbito de los hidrocarburos, considerado estratégico por la Constitución ecuatoriana, contiene regulaciones especiales sobre el manejo de la información técnica y contractual. Sin embargo, si bien no existe una enumeración explícita de

información reservada, se estableció la Secretaría de Hidrocarburos, parte del Ministerio de Energía, como órgano encargado de organizar y custodiar la información técnica hidrocarburífera del país.

Bajo este contexto, si bien no existe una disposición expresa que declare que toda la información técnica generada en actividades de exploración y explotación sea de propiedad exclusiva del Estado, el Reglamento Codificado de Aplicación de la Ley de Hidrocarburos sí reconoce el carácter estratégico de dichos datos y establece que el Registro de Hidrocarburos estará a cargo del Viceministerio de Hidrocarburos, como órgano responsable de su organización y custodia (art. 13, Decreto Ejecutivo No. 947, 2023). Esta previsión normativa refleja que la información hidrocarburífera no constituye un bien libremente disponible por las compañías privadas, sino que se inserta en un marco institucional de control público, lo cual garantiza que su acceso, gestión y eventual divulgación dependan de las autoridades estatales competentes y no exclusivamente de la voluntad de las operadoras.

Sin embargo, en la práctica en este sector se ha reconocido que parte de la información petrolera puede ser sensible o de valor comercial. Es por ello que actualmente resulta común que, para entregar información técnica a solicitantes, el Ministerio exija acuerdos de confidencialidad. De hecho, en la guía de trámites oficiales del Ministerio de Energía se indica que, si la información solicitada está calificada como confidencial, se firmará un acuerdo de confidencialidad con el solicitante antes de entregar los datos. Es decir, ciertos datos técnicos altamente especializados pueden tratarse como confidenciales temporalmente, generalmente para proteger secretos industriales o ventajas competitivas de las empresas que los generaron. Sin embargo, cabe resaltar que incluso en esos casos la información se facilita, pero únicamente bajo compromiso de no difundirla públicamente. Además, la base legal citada para estos procedimientos incluye la propia Constitución en su artículo 18 y la LOTAIP, lo cual indica que cualquier confidencialidad otorgada debe enmarcarse en las excepciones de la ley de transparencia. Es decir, se puede establecer que, en sectores estratégicos como hidrocarburos, la regla general sigue siendo la publicidad, pero ciertos datos técnicos especializados se manejan con reserva mientras subsista su sensibilidad comercial o estratégica, bajo las condiciones y límites establecidos por la LOTAIP.

Resulta fundamental señalar que la Constitución ecuatoriana de 2008 prohibió ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en contratos sobre recursos naturales estratégicos, salvo mecanismos latinoamericanos, reflejando una política de soberanía sobre el sector. Esta prohibición, impuesta por el artículo 422 de la Constitución, llevó a que durante varios años Ecuador se retirara del CIADI y renegociara contratos petroleros a jurisdicción local. Si bien Ecuador retornó al CIADI en 2021, persiste la idea de que las controversias en sectores estratégicos afectan al interés nacional, reforzando el argumento de que toda actuación estatal en dichos arbitrajes debe ser objeto de fiscalización y transparencia, por la relevancia de lo que está en juego.

Por otro lado, en el ámbito financiero, la normativa reconoce que ciertas negociaciones económicas delicadas pueden requerir reserva temporal, pero a la vez impone publicidad *ex post* para asegurar la rendición de cuentas. El COPFP, en su artículo 137, faculta al Ministerio de Economía y Finanzas a declarar secretos y reservados ciertos actos o documentos relacionados con operaciones de endeudamiento público antes de su concreción, cuando estime que divulgarlos prematuramente “pudiera generar pérdidas o condiciones desfavorables a los intereses del Estado”. Específicamente, señala que, cuando la divulgación de información vinculada con operaciones de novación de deuda pública, emisión, colocación o recompra de títulos del Estado, pudiera generar pérdidas o condiciones desfavorables a los intereses del Estado, será declarada como secreta y reservada por aquel Ministerio, carácter que se mantendrá hasta que se culmine la operación respectiva, señalando que, posteriormente, toda la información será publicada (COPFP, 2023).

De esta disposición resulta evidente que la transparencia es la regla general incluso en temas sensibles, pues se permite la reserva solo mientras esté en curso una transacción financiera importante, sin embargo, se coloca un límite temporal estricto, es decir, tan pronto como se realiza la subasta, colocación o se cierra el trato, la información debe ser divulgada en su totalidad. De esta manera se protege al Estado durante la negociación, pero luego se garantiza el escrutinio público de lo pactado. De hecho, el mismo Código de Finanzas ordena en su artículo 175 que el Ministerio establezca un sistema oficial de información y amplia difusión de todos los términos y condiciones financieras de la deuda contratada, que sirva de base para el control tanto de la Función Legislativa como de la ciudadanía.

Por lo tanto, en materia financiera la ley reconoce la necesidad de confidencialidad temporal en casos puntuales, pero impone publicidad obligatoria una vez concluido el proceso, habilitando un control democrático ex post. Esto marca un estándar importante y concuerda con las disposiciones del ordenamiento jurídico en su conjunto, donde prevalece el interés público en conocer el uso de los recursos fiscales, salvo durante un lapso de tiempo determinado para proteger la eficiencia de la operación.

Bajo este contexto, es necesario mencionar que tradicionalmente, en arbitrajes en los que participaban los Estados, se realizaban a puerta cerrada, y la publicación de sus resultados dependía del acuerdo de las partes. En este sentido, el CIADI señala que el Centro no publicará el laudo arbitral sin consentimiento de ambas partes, marcando la confidencialidad de los casos CIADI por décadas. Sin embargo, en años recientes la tendencia global se ha movido hacia mayor transparencia en arbitrajes particulares-Estado, reconociendo que involucran asuntos de interés público. De este mismo modo, el mismo CIADI, en el 2022, realizó una profunda reforma a sus Reglas de Arbitraje, introduciendo disposiciones para potenciar la publicidad de los procedimientos. Si bien el Convenio CIADI en sí no fue modificado (por lo que formalmente sigue requiriendo consentimiento para publicar laudos), las nuevas reglas presumen dicho consentimiento a menos que una parte se oponga dentro de cierto plazo. En efecto, la Regla 62 CIADI (2022) establece que se presume que las partes consienten en la publicación de todo laudo, decisiones o resoluciones importantes, salvo que alguna se oponga por escrito dentro de los 60 días posteriores a su emisión.

Esta evolución normativa a nivel mundial evidencia un reconocimiento del interés público en los arbitrajes del Estado. En la práctica, incluso antes de estas reglas, Ecuador había divulgado varios laudos de arbitrajes importantes, por ejemplo, el laudo *Occidental Petroleum vs. Ecuador* (CIADI, 2012) fue hecho público, al igual que otros casos de alto perfil. En la actualidad, con Ecuador reincorporado al CIADI, y sin restricciones constitucionales absolutas al arbitraje (la Corte Constitucional dictaminó que el reingreso al CIADI no contravenía la Constitución siempre que no se comprometan recursos estratégicos sin autorización legislativa), es de esperar que cualquier arbitraje de inversión que involucre al Estado se rijan también por estos estándares de mayor publicidad.

En el contexto de la normativa ecuatoriana vigente, las actuaciones del Estado en arbitrajes generan información pública. Por ejemplo, los escritos, alegatos, contratos, sentencias o laudos que la Procuraduría General del Estado maneje, son documentos en poder de una institución pública, por lo que en principio cualquier persona podría solicitarlos al amparo de la LOTAIP. Y, justamente en este punto es donde nace la interrogante de si tal información podría ser negada, y la respuesta sería que sí, siempre y cuando encaje en alguna excepción legal válida. Para ello se debe realizar un análisis exhaustivo de si podría negarse esta información conforme a las excepciones taxativas previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En primer lugar, resulta común que las partes en un arbitraje acuerden confidencialidad del proceso, en este sentido, si Ecuador firma un acuerdo de confidencialidad con la contraparte, podría considerarse esa información como “recibida con carácter confidencial de otro sujeto de derecho internacional” (según la excepción del Art. 15.5 LOTAIP). A primera vista, esto facultaría inicialmente a negar la difusión de esos documentos, sin embargo, la misma norma exige ponderar que no se sacrifique el interés público fundamental. Entonces, si lo que está en juego es, por ejemplo, el texto de un laudo que condena al Estado a pagar cientos de millones de dólares (impactando el erario nacional), difícilmente se podría sostener que mantenerlo secreto no sacrifica el interés público, pues la sociedad tiene derecho a saber por qué se condenó al país y bajo qué circunstancias. En tal caso, el interés público de transparencia financiera y rendición de cuentas prevalecería sobre la confidencialidad acordada, conforme al principio de máxima publicidad.

Por otro lado, en aquellos arbitrajes en los que se trate de información estratégica o de seguridad nacional, aunque poco probable, sí cabría una reserva legítima amparada en los numerales 1-4 del Art. 15 LOTAIP, sin embargo, tal reserva tendría máximos legales (10 años) e incluso estaría sometido a mecanismos de control (Asamblea y Defensoría). Además, si hubiera denuncias de violación de derechos humanos o corrupción en la materia del arbitraje, no podría oponerse reserva. En este sentido se podría hablar, por ejemplo, de un arbitraje por cancelación de un contrato minero donde se alega daño ambiental y violación de derechos de comunidades, aquí la información relacionada con violaciones de derechos de la naturaleza o humanos no puede ocultarse, por mandato expreso constitucional.

En otras ocasiones la información sensible puede referirse a la empresa privada, sea fórmulas, datos geológicos o información sensible en general, y tal información podría clasificarse como información confidencial de acuerdo a la definición establecida por la misma LOTAIP. Por lo tanto, en una entrega de información pública, la entidad estatal podría entregar la documentación del arbitraje, pero sin publicar ni brindar aquella parte estrictamente confidencial, esto en función del principio de disociación establecido por la misma LOTAIP.

Otro punto fundamental que es necesario tomar en consideración es si se trata de un arbitraje en curso o de uno concluido, pues es indispensable establecer el momento en el que se solicita la información. En este sentido, si el arbitraje aún está en curso, el Estado podría señalar que divulgar su estrategia legal, sus argumentos o ciertas pruebas durante el litigio “podría generar perjuicio a los intereses del Estado” en la defensa del caso. Esta alegación recuerda a la reserva permitida en el Art. 137 COPFP para negociaciones financieras en curso. Aunque esa norma se refiere a deuda, análogamente podría argumentarse que revelar la estrategia procesal mientras se litiga afectaría la posición del Estado. Sin embargo, actualmente no existe una norma específica que declare reservada la información de litigios en curso. Ecuador tendría que probablemente fundamentar la negativa en un criterio general de defensa del interés público.

Finalmente, no hay que olvidar el rol protagónico que la LOTAIP le da a la Asamblea Nacional, pues si bien la Procuraduría pretende mantener reserva, la Asamblea Nacional tiene facultades de fiscalización que le permiten requerir información de los funcionarios e incluso desclasificar información reservada con mayoría calificada. Además, en arbitrajes donde esté en juego patrimonio público seguramente será objeto de control político. En este sentido, si el gobierno se respalda en la confidencialidad para no entregar datos, la Asamblea podría invocar sus atribuciones constitucionales para acceder a ellos.

Teniendo en cuenta lo mencionado, es evidente que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el principio de transparencia y publicidad prevalecen fuertemente, incluso frente a la confidencialidad arbitral. En este contexto, existe una tensión real entre la confidencialidad del arbitraje y el derecho de acceso a la información, pues el Estado debe cumplir con los compromisos de confidencialidad propios del arbitraje, pero a su vez no

puede dejar de lado su obligación democrática de rendir cuentas. Por lo que, posteriormente, se deberá estudiar y encontrar un equilibrio entre estos dos principios en tensión.

Por lo tanto, desde la normativa ecuatoriana, el derecho de acceso a la información y la publicidad se constituyen como principios rectores, limitados únicamente por excepciones taxativas. En este contexto, dado que en los arbitrajes sobre sectores estratégicos o inversión extranjera suele estar en juego el interés público la tendencia normativa ecuatoriana pareciera favorecer la transparencia y la fiscalización por sobre el la reserva de la información. Por otro lado, cualquier intento de ocultar permanentemente un arbitraje estatal enfrentaría el control de la Asamblea Nacional, que puede requerir y desclasificar información, y de la Defensoría del Pueblo, que puede intervenir en defensa del derecho ciudadano. Es decir, el ordenamiento jurídico ecuatoriano garantiza contrapesos para que la información reservada no se use indebidamente en perjuicio del escrutinio público.

## **CAPÍTULO 3: PUBLICIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN VS CONFIDENCIALIDAD: ARBITRAJES EN CONFLICTOS CON EL ESTADO ECUATORIANO**

### **3.1. Delimitación del Conflicto**

Como se ha podido evidenciar, el conflicto entre el principio de confidencialidad del arbitraje y el principio de publicidad conjuntamente con el derecho de acceso a la información constituye uno de los debates contemporáneos más complejos dentro del Derecho Público y del arbitraje moderno. Por su parte, la confidencialidad ha sido históricamente un pilar del arbitraje comercial, garante de discreción y reserva, mientras que, el principio de publicidad y el derecho de acceso a la información, de raigambre constitucional, exigen la apertura de los actos estatales al escrutinio ciudadano. Esta tensión adquiere una especial relevancia cuando el Estado, como sujeto de derecho público, decide someter sus controversias a arbitraje, pues ello implica conciliar el interés privado de las partes con el interés general de la sociedad.

La Constitución ecuatoriana reconoce expresamente, en su artículo 18, el derecho fundamental de todas las personas a acceder a la información, principio que se articula con el deber estatal de transparencia y rendición de cuentas. De igual manera, el artículo 190 constitucional legitima los métodos alternativos de solución de conflictos, entre ellos el arbitraje, dotándolos del mismo valor y eficacia que las decisiones judiciales. Sin embargo, cuando estos dos preceptos coinciden, el derecho ciudadano a la información y el carácter reservado del arbitraje, surge el conflicto normativo y doctrinal que es objeto de la presente investigación.

Por su parte, en Ecuador, el arbitraje con el Estado ha cobrado especial protagonismo a partir de los casos *Occidental Petroleum vs Ecuador* (CIADI ARB/06/11), *Perenco Ecuador Limited vs. Ecuador* (CIADI ARB/08/6) y *Burlington Resources Inc. vs Ecuador* (CIADI ARB/08/5). Estos procesos arbitrales evidenciaron que las decisiones arbitrales o laudos pueden comprometer sumas millonarias del erario nacional, al tiempo que su tramitación se realiza en gran parte bajo reserva, lo que restringe la posibilidad de control ciudadano. El Estado, en su calidad de demandado o demandante, actúa como representante de los intereses

ciudadanos, por lo que cualquier resultado adverso trasciende lo meramente contractual y afecta directamente a los fondos públicos.

El impacto económico de estos laudos y su tramitación bajo reserva evidencian una paradoja institucional. Mientras que cualquier decisión judicial que afecte el erario público está sujeta a publicidad y control, las decisiones arbitrales, igualmente vinculantes y con efectos patrimoniales equivalentes o superiores, permanecen excluidas del conocimiento ciudadano y el escrutinio público.

Estos casos evidencian que la confidencialidad, pese a ser plenamente legítima y funcional en disputas de naturaleza privada, se convierte problemática cuando una de las partes es el Estado o una entidad que ejerce una potestad pública. En tales casos, el interés colectivo trasciende la esfera contractual, pues la ciudadanía no solo posee un interés legítimo, sino también el derecho constitucional a conocer los fundamentos, montos y justificaciones de los laudos arbitrales que comprometen recursos públicos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, particularmente la LAM, no ha previsto un régimen diferenciado para estos supuestos. El artículo 34 de la LAM se limita a reconocer la confidencialidad como una facultad de las partes, sin establecer excepciones o modulaciones cuando una de ellas es el Estado. Esta ausencia de regulación configura un escenario jurídicamente riesgoso: al ser la confidencialidad una facultad contractual que depende exclusivamente de la voluntad de las partes, las autoridades estatales que suscriben convenios arbitrales podrían, en ejercicio de esa autonomía, pactar cláusulas de confidencialidad absoluta que obstaculicen el control ciudadano y entorpezcan los mecanismos de transparencia establecidos constitucionalmente.

En otras palabras, la discrecionalidad normativa actual permitiría que funcionarios públicos, actuando en representación del Estado, blinden contractualmente procedimientos que comprometen recursos públicos, sustrayéndolos del escrutinio democrático al amparo de una confidencialidad que, en el ámbito privado, resulta legítima, pero que en el ámbito público puede derivar en falta de transparencia institucional.

Esta anomia jurídica revela que la confidencialidad arbitral, en el contexto ecuatoriano, carece de una regulación específica que delimite su alcance, límites y mecanismos de control en los casos donde intervienen entidades públicas. Ello genera tensiones prácticas y jurídicas,

no únicamente respecto de la confidencialidad cuando el Estado interviene como parte procesal, sino también respecto de la nulidad y ejecución de los laudos, donde el principio de publicidad propio de la función estatal colisiona con la reserva inherente al arbitraje. En definitiva, la normativa ecuatoriana mantiene la ausencia de un marco jurídico que concilie a la confidencialidad como principio arbitral y también a aquellos casos en los que entra en colisión la confidencialidad y la transparencia, configurándose una anomia normativa que debilita la seguridad jurídica y dificulta la armonización entre el arbitraje y el derecho constitucional de acceso a la información pública.

El problema se agrava cuando se considera que, en ausencia de límites legales expuestos, nada impide que las autoridades estatales pacten cláusulas de confidencialidad amplias e irrestrictas en convenios arbitrales que involucren proyectos estratégicos, concesiones de recursos naturales o contratación pública de alto impacto. En tales casos, la confidencialidad deja de ser una herramienta procesal legítima para convertirse en un mecanismo potencial de ocultamiento de información de interés público, vulnerando el derecho constitucional de acceso a la información.

En efecto, aun cuando el procedimiento arbitral se desarrolle bajo un régimen de confidencialidad, la fase judicial posterior inevitablemente introduce elementos de publicidad, conforme a las reglas generales previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La acción de nulidad del laudo, se sustancia bajo los principios de publicidad procesal establecidos en el COGEP, lo mismo ocurre con los procesos de ejecución de laudos ante los jueces civiles competentes.

Esta situación pone de manifiesto que, incluso en controversias de carácter estrictamente privado, la confidencialidad no constituye un principio absoluto ni de observancia permanente, sino uno de naturaleza relativa y temporal, limitado por la falta de un régimen normativo que determine con claridad su alcance en las fases posteriores al arbitraje. De esta manera, cuando se interpone una acción de nulidad o se demanda la ejecución de un laudo arbitral, la causa pasa a regirse por la regla general de publicidad judicial, quedando sin protección efectiva aquella información que, durante el proceso arbitral, fue tratada bajo reserva. Resulta contradictorio que el ordenamiento jurídico no contemple mecanismos que garanticen la preservación de la confidencialidad en estas etapas, sobre todo si se considera

que dicho principio suele ser uno de los principales incentivos para optar por la vía arbitral. En consecuencia, se genera una paradoja: las partes que acudieron al arbitraje precisamente para salvaguardar la discreción de sus controversias se ven obligadas, en la búsqueda de tutela judicial, sea para ejecutar o impugnar un laudo, a exponer públicamente información cuya reserva fue la razón determinante de su elección del foro arbitral.

Esta problemática no es meramente teórica ni se limita a casos históricos ya resueltos. Por el contrario, la posibilidad de que autoridades estatales pacten confidencialidad en arbitrajes futuros constituye un riesgo latente que se materializa cuando se analizan proyectos en curso que involucran derechos colectivos y bienes de dominio público. Un ejemplo que ilustra esta tensión entre estos principios, este caso es el proyecto minero Loma Larga (Quimsacocha), ubicado en la provincia del Azuay. Este proyecto, de alto impacto ambiental y social, ha suscitado controversias respecto de su licitud y de la consulta previa a las comunidades. Si bien no se ha hecho público y no se ha establecido aún un proceso arbitral en curso, el contrato de concesión minera incluye una cláusula arbitral que prevé la posibilidad de someter las disputas a arbitraje internacional. En un eventual conflicto arbitral que tenga incorporada una cláusula de confidencialidad, la ciudadanía de Cuenca y las comunidades indígenas tendrían interés legítimo en conocer los fundamentos del laudo, especialmente por la trascendencia de los derechos involucrados: el agua, la naturaleza y la participación ciudadana. Este ejemplo evidencia que la confidencialidad, en casos donde se comprometen bienes públicos o derechos colectivos, puede convertirse en un obstáculo para la legitimidad democrática y que incluso podrían llegar a cuestionar la validez del arbitraje como un método legítimo para la solución de estas controversias.

En este contexto, el conflicto no se limita a un problema técnico de procedimiento, sino que revela una cuestión de fondo: ¿hasta qué punto puede el Estado renunciar a la publicidad en nombre de la eficiencia arbitral sin vulnerar principios constitucionales? Banifatemi & Gaillard (2018) señalan que la participación del Estado en arbitrajes internacionales exige un replantear el alcance de la confidencialidad, debido a que las actuaciones afectan intereses colectivos. Este replanteamiento es particularmente necesario en sistemas jurídicos como el ecuatoriano, donde la transparencia se erige como un principio transversal del orden constitucional.

En esta misma línea, el arbitraje con el Estado no se puede concebir únicamente como un mecanismo contractual de resolución de controversias, sino como una herramienta sujeta al control constitucional de legalidad y de protección del interés público. Así, la doctrina moderna tiende a reconocer que la aplicación irrestricta del principio de confidencialidad en arbitrajes estatales resulta incompatible con el principio de publicidad y el derecho de acceso a la información. Por lo tanto, la reserva procesal, en estos casos, debe entenderse como una excepción debidamente justificada y no como una regla general absoluta.

Por su parte, el profesor Polanco (2019) sostiene que los arbitrajes internacionales con participación estatal han evolucionado hacia una mayor transparencia, especialmente tras la adopción del Reglamento de Transparencia en el Arbitraje entre Inversionistas y Estados (CNUDMI, 2014). Este instrumento introduce obligaciones de divulgación de documentos, audiencias y laudos, incluso cuando las partes hubieren pactado confidencialidad, priorizando el interés público sobre la voluntad privada. Si bien Ecuador no ha adoptado formalmente dicho reglamento para sus arbitrajes comerciales internos, su filosofía resulta pertinente para el diseño de una política de arbitraje público compatible con la Constitución.

De lo anterior se desprende que la delimitación del conflicto en el ordenamiento ecuatoriano no se reduce a una colisión entre normas de igual jerarquía, sino a una tensión entre principios que no es resuelta por la normativa ecuatoriana: de un lado, la autonomía de la voluntad y la confidencialidad; de otro, la publicidad y el derecho de acceso a la información. La solución exige una ponderación equilibrada entre ambos valores, que preserve la eficacia del arbitraje sin comprometer la transparencia estatal.

### **3.2. Legislación Internacional- Derecho Comparado**

El análisis de la legislación internacional y del derecho comparado permite comprender cómo distintos ordenamientos han abordado el dilema entre confidencialidad y publicidad en los arbitrajes donde intervienen los Estados. En este sentido, si bien la tradición arbitral privada ha privilegiado la reserva como una garantía de neutralidad y eficiencia, la práctica contemporánea demuestra una tendencia global hacia la transparencia, especialmente en arbitrajes de inversión y en aquellos que involucran recursos públicos.

En el ámbito internacional, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras constituye uno de los pilares fundamentales del arbitraje moderno. Aunque dicho instrumento no regula expresamente la confidencialidad, su objetivo de garantizar la eficacia y ejecución de los laudos ha contribuido indirectamente a fortalecer la legitimidad del arbitraje como mecanismo confiable. Sin embargo, su silencio normativo sobre la publicidad ha permitido que cada jurisdicción adopte sus propias reglas, lo que ha generado diversidad de modelos en cuanto a transparencia.

Por su parte, Bjorklund & Brosseau (2017) destacan que este cambio no es meramente técnico, sino estructural, pues destaca que la transparencia en el arbitraje de inversión es una condición necesaria para asegurar la legitimidad democrática del sistema y la confianza ciudadana en la justicia internacional. Esta tendencia ha sido replicada por instituciones como el CIADI, que desde su enmienda reglamentaria de 2022 obliga a publicar todos los laudos y decisiones, salvo que las partes justifiquen razonablemente la confidencialidad de ciertos aspectos técnicos o comerciales.

Por otro lado, en el derecho comparado europeo, se observa una clara inclinación hacia la publicidad controlada. En Francia, por ejemplo, si bien el arbitraje continúa siendo esencialmente confidencial en el ámbito privado, la Ley de 2011 sobre Reforma del Arbitraje permite la publicación de ciertos laudos cuando involucran entidades públicas o intereses generales, siempre que se respete la protección de secretos comerciales. En este mismo sentido, en Reino Unido, la jurisprudencia del caso *City of Moscow v. Bankers Trust* (2005) reconoció que la confidencialidad no es absoluta y que los tribunales pueden autorizar la divulgación cuando exista un interés público superior, como la prevención de abusos o la defensa del erario público.

Ahora bien, en el ámbito de América Latina, el panorama es heterogéneo. En Chile por su parte, el artículo 8 de su Ley de Arbitraje Comercial Internacional (Ley N.º 19.971) dispone la confidencialidad como regla, pero la doctrina, entre ellos López (2020), sostiene que dicha reserva no puede aplicarse de manera rígida cuando el Estado participa, ya que señala que la publicidad en estos casos es una exigencia derivada de la transparencia administrativa y del control ciudadano sobre el gasto público. Por otro lado, en Colombia, el

Decreto 1818 de 1998 estableció inicialmente un régimen confidencial, pero la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia 2007-00171) determinó que los contratos estatales sometidos a arbitraje deben ser accesibles al público, al menos en lo relativo a los laudos y a la ejecución de las condenas.

Ecuador, a diferencia de estos modelos, mantiene un marco normativo menos desarrollado en materia de transparencia arbitral. Su Ley de Arbitraje y Mediación (1997) reconoce la confidencialidad en el artículo 34, sin prever excepciones específicas para arbitrajes en los que el Estado sea parte. Ello contrasta con la tendencia internacional, donde la regla general en arbitrajes estatales es la divulgación controlada. A pesar de que la LOTAIP reconoce el carácter público de toda información generada con fondos estatales (artículos 6 y 7), no existe un desarrollo reglamentario que vincule expresamente este principio con los procedimientos arbitrales. Por lo tanto, el análisis comparado demuestra que la regulación de la confidencialidad no puede considerarse aislada, sino que debe interpretarse a la luz de los valores constitucionales y democráticos de cada ordenamiento. Así, mientras en los sistemas continentales como el francés o el español la confidencialidad se concilia mediante excepciones razonadas, en los modelos anglosajones se reconoce expresamente la potestad judicial de levantar la reserva cuando el interés público lo exige. Sin embargo, la evolución arbitral se inclina por una tendencia global indiscutible, esto es, que el arbitraje estatal ya no puede mantenerse en la sombra de la discreción privada, sino que debe someterse a estándares mínimos de transparencia y rendición de cuentas.

La comparación internacional demuestra que la evolución del arbitraje con el Estado no ha seguido un patrón homogéneo, sino que cada jurisdicción ha adaptado sus reglas a su contexto constitucional y político. Mientras países como Estados Unidos y Canadá avanzaron hacia una transparencia casi total motivados por exigencias democráticas y de control ciudadano, otros, como México o los Estados miembros de la Unión Europea, optaron por un modelo de transparencia condicionada, que busca un equilibrio entre el derecho a la información y la protección de intereses estratégicos o comerciales. Este panorama comparado refleja que no existe una fórmula universal, sino que la regulación efectiva depende del grado de institucionalidad, de la fortaleza del sistema judicial y del reconocimiento constitucional de los derechos involucrados.

En el caso ecuatoriano, esta experiencia comparada adquiere especial relevancia porque evidencia la necesidad de que cualquier reforma normativa en materia arbitral parta del respeto al orden constitucional. La ausencia de disposiciones claras en la LAM sobre el tratamiento de la confidencialidad en los arbitrajes con el Estado deja un espacio normativo que solo puede llenarse mediante una reforma interna que defina con precisión los límites de la reserva procesal en atención al principio de transparencia pública. Por tanto, la solución no radica en importar de manera literal los modelos extranjeros, sino en construir un marco normativo ecuatoriano que, inspirado en las buenas prácticas internacionales, responda a las exigencias constitucionales propias del país. Ello implica diseñar un sistema de confidencialidad calibrada que permita mantener la reserva necesaria para la eficacia del arbitraje, pero que, a la vez, garantice la rendición de cuentas y el control ciudadano cuando se encuentren comprometidos intereses públicos o recursos estatales. Solo así podrá alcanzarse un equilibrio real entre los principios de publicidad y confidencialidad, consolidando un modelo de arbitraje estatal legítimo, moderno y constitucionalmente compatible con las demandas democráticas del Ecuador contemporáneo.

Es decir, para el caso ecuatoriano, esta evolución comparada plantea la necesidad de un replanteamiento normativo. La incorporación de principios de transparencia al arbitraje estatal no implica renunciar a la confidencialidad en su totalidad, sino redefinir sus límites. La experiencia del Reglamento de Transparencia de la CNUDMI (2014) y del Reglamento CIADI (2022) puede servir como modelo de equilibrio, donde la regla es la publicidad y la confidencialidad constituye la excepción, siempre sujeta a justificación jurídica y control institucional.

En este contexto, si bien los tratados internacionales, como los promovidos por la CNUDMI o el CIADI, han contribuido a establecer estándares mínimos de transparencia y acceso a la información en los arbitrajes que involucran al Estado, su aplicación práctica depende necesariamente del reconocimiento constitucional y del desarrollo normativo interno de cada país. En el caso ecuatoriano, la Constitución reconoce jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos y los incorpora al bloque de constitucionalidad; sin embargo, no existen tratados internacionales que versen sobre derechos humanos y que regulen esta anomia jurídica que mantiene el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de la confidencialidad en conflictos arbitrales.

Por esta razón, resulta indispensable que la regulación de la confidencialidad y la publicidad en los arbitrajes con el Estado ecuatoriano se construya conforme a las directrices constitucionales del propio país, particularmente en lo relativo a los principios de transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas. Una reforma o regulación interna que se limite a replicar estándares internacionales sin una adecuada armonización con la estructura constitucional ecuatoriana podría generar conflictos interpretativos y vacíos legales en la práctica judicial y arbitral. Además, es necesario considerar que, a pesar de la jerarquía normativa reconocida a los tratados internacionales, el Ecuador carece de una regulación específica que establezca mecanismos claros para conciliar la confidencialidad arbitral con los principios constitucionales de publicidad y acceso a la información previstos por instrumentos internacionales. Esta falta de precisión normativa ha derivado en criterios jurídicos dispares y en una incertidumbre jurídica que, lejos de fortalecer la institucionalidad arbitral, puede debilitar la confianza pública en la imparcialidad y transparencia de los procesos en los que interviene el Estado.

En consecuencia, el desarrollo normativo debe partir a la luz de las disposiciones constitucionales, en las que los estándares internacionales sirvan como referentes interpretativos, pero no como sustitutos de la legislación interna. El modelo ecuatoriano requiere de una normativa que, sin desnaturalizar la esencia del arbitraje, esto es, su eficiencia, autonomía y confidencialidad, establezca límites razonables cuando se vean comprometidos recursos o intereses públicos. Solo mediante una regulación legal, constitucionalmente orientada, se podrá alcanzar el equilibrio entre la reserva necesaria para el buen funcionamiento del arbitraje y el deber de transparencia que caracteriza la gestión pública.

Finalmente, la armonización entre los estándares internacionales y las exigencias constitucionales no debe entenderse como una dicotomía excluyente, sino como un proceso de adaptación progresiva. El desafío del Ecuador radica en construir una regulación propia, coherente con su Constitución y su realidad institucional, que integre los avances internacionales en materia de transparencia sin sacrificar la seguridad jurídica y la eficacia del arbitraje. Este equilibrio, sustentado en principios constitucionales y en un diálogo constante entre las fuentes internas e internacionales, es el camino para fortalecer el sistema arbitral ecuatoriano y garantizar su legitimidad ante la ciudadanía.

### **3.3. Propuesta de Solución**

Como ya se ha señalado, la armonización entre los estándares internacionales y las exigencias constitucionales no debe entenderse como una dicotomía excluyente, sino como un proceso de adaptación progresiva. En este sentido, el desafío de Ecuador radica en construir una regulación propia, coherente con su Constitución y su realidad institucional, que integre los avances internacionales en materia de transparencia sin sacrificar la seguridad jurídica y la eficacia del arbitraje. Este equilibrio, sustentado en principios constitucionales y en un diálogo constante entre las fuentes internas e internacionales, es el camino para fortalecer el sistema arbitral ecuatoriano y garantizar su legitimidad ante la ciudadanía.

La tensión entre confidencialidad y publicidad en el arbitraje con el Estado ecuatoriano no puede resolverse mediante la simple prevalencia de uno de estos principios sobre el otro. Por el contrario, exige una armonización normativa y doctrinaria que reconozca la validez de ambos valores, estableciendo límites razonables y mecanismos de control que garanticen la transparencia sin desnaturalizar la esencia del arbitraje. En este sentido, el marco jurídico ecuatoriano presenta lagunas normativas que urgen ser atendidas, especialmente en lo relativo a la confidencialidad cuando una de las partes es el Estado o una entidad pública.

En este sentido es necesario señalar que, a pesar de los avances normativos en materia de transparencia y acceso a la información pública, el marco jurídico ecuatoriano sigue siendo insuficiente en cuanto a la regulación específica de la confidencialidad en arbitrajes que involucran al Estado. La LOTAIP, si bien establece mecanismos precisos para la clasificación y desclasificación de información reservada, no desarrolla de manera exhaustiva el tratamiento de la información confidencial en el ámbito arbitral. El artículo 4 de dicha ley señala únicamente que la información calificada como confidencial solo podrá ser conocida o compartida por su titular, lo cual deja sin resolver cuestiones clave como la duración de dicha confidencialidad, sus límites frente al interés público y las condiciones en que puede levantarse cuando se trate de recursos o intereses estatales.

En el mismo sentido, la Ley de Hidrocarburos y el COPFP presentan vacíos normativos respecto de cómo debe manejarse la información técnica, contractual y financiera en los procedimientos arbitrales donde intervienen instituciones públicas. Si bien ambos cuerpos legales contemplan disposiciones generales sobre la custodia de datos sensibles y la

obligación de reserva, no establecen mecanismos de equilibrio que permitan compatibilizar esta reserva con el principio de transparencia administrativa. Ello se traduce en un escenario en el que la confidencialidad es absoluta por omisión, sin que exista una norma que determine cuándo y cómo puede ser modulada frente al interés general.

Por otro lado, si bien la LOTAIP dispone un procedimiento riguroso para la clasificación y levantamiento de la información reservada, incluyendo requisitos de motivación, temporalidad y control institucional, este control exhaustivo no se replica en el ámbito de la información confidencial, donde la regulación es sustancialmente más limitada. La falta de un procedimiento detallado que regule su calificación y eventual levantamiento provoca un vacío de interpretación que puede afectar tanto la transparencia estatal como la seguridad jurídica de las partes involucradas en un arbitraje. En consecuencia, la actual redacción del artículo 4 de la LOTAIP resulta insuficiente para garantizar un equilibrio real entre los derechos en conflicto, pues mencionado artículo únicamente brinda una definición de qué es lo que se debe entender por confidencialidad.

Estos vacíos normativos evidencian la necesidad urgente de una reforma que precise el tratamiento de la confidencialidad dentro del ordenamiento ecuatoriano, particularmente en lo relativo a los procesos arbitrales en los que el Estado sea parte. Una regulación moderna debería distinguir claramente entre información reservada y confidencial, definir sus alcances y establecer los procedimientos de control, levantamiento y sanción por divulgación indebida. Asimismo, debería contemplarse la posibilidad de una confidencialidad parcial o graduada, en la cual ciertos elementos del procedimiento arbitral permanezcan reservados mientras otros, de relevancia pública, sean divulgados bajo parámetros previamente establecidos por la ley. Es decir, la ausencia de una regulación clara no solo debilita la confianza en el arbitraje como mecanismo legítimo para resolver controversias con el Estado, sino que además pone en riesgo el cumplimiento de los principios constitucionales de transparencia y rendición de cuentas. En consecuencia, una propuesta de solución viable no debe eliminar la confidencialidad, sino redefinirla desde una perspectiva constitucional, donde la reserva procesal se mantenga solo en la medida en que no contravenga el interés público ni los derechos ciudadanos al acceso a la información.

En este sentido, es necesario señalar que la LAM, promulgada en 1997, responde a una lógica eminentemente comercial y privada. Su artículo 34, al permitir que las partes pacten la confidencialidad del proceso, no distingue entre conflictos privados y aquellos en los que interviene el Estado. Esta omisión resulta problemática porque desconoce el principio constitucional de publicidad de los actos públicos. Por lo tanto, una primera propuesta consiste en introducir una reforma legislativa a la LAM que precise expresamente que la confidencialidad no podrá ser absoluta en arbitrajes con el Estado, sino que se sujetará a excepciones fundadas en el interés público, en línea con el modelo establecido por la CNUDMI (2014) y el Reglamento del CIADI (2022).

La propuesta normativa que se plantea no pretende eliminar la confidencialidad arbitral ni imponer una transparencia irrestricta que desnaturalice el arbitraje. Por el contrario, busca establecer un sistema diferenciado y progresivo que atienda tanto a las necesidades de protección de información sensible como a las exigencias constitucionales de transparencia. Para ello, se propone una reforma articulada en dos niveles complementarios, cada uno diseñado para resolver problemáticas específicas identificadas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por lo tanto, una eventual reforma normativa debería incorporar una distinción funcional entre dos niveles de confidencialidad, atendiendo tanto a la protección de los intereses privados como a la preservación del interés público. En primer lugar, el ordenamiento jurídico ecuatoriano requiere una regulación clara respecto de las situaciones procesales que ponen en riesgo la información amparada por la confidencialidad pactada por las partes. Esto ocurre, particularmente, cuando se presenta una acción de nulidad del laudo arbitral ante la Presidencia de la Corte Provincial, conforme a la LAM y el COGEP, lo cual transforma al proceso en público y accesible para cualquier ciudadano. Una problemática similar se evidencia en la demanda de ejecución del laudo arbitral ante los jueces civiles de instancia, procedimiento igualmente regido por el principio de publicidad judicial, lo que conlleva la exposición de información confidencial que las partes expresamente habían decidido mantener reservada. En ambos supuestos, la ausencia de una regulación especial genera una contradicción entre la reserva arbitral y la publicidad procesal, vulnerando la expectativa legítima de confidencialidad y debilitando la confianza en el arbitraje como mecanismo eficaz y seguro de resolución de conflictos.

En segundo lugar, superada esta problemática, la normativa ecuatoriana debería abordar el tratamiento diferenciado de la confidencialidad en arbitrajes donde interviene el Estado o sus entidades, estableciendo parámetros normativos que permitan equilibrar el deber de transparencia con la necesidad de preservar la eficacia y legitimidad del arbitraje. Esta regulación no debe entenderse como una limitación a la confidencialidad per se, sino como un mecanismo de armonización entre el principio de reserva y el de publicidad, especialmente cuando están comprometidos recursos públicos y/o derechos colectivos. En este sentido, la reforma debería reconocer que la transparencia no se circunscribe únicamente a lo económico o financiero, sino que alcanza también a materias de interés social o ambiental, como ocurre en controversias vinculadas a recursos naturales, donde la ciudadanía tiene un interés legítimo en conocer los fundamentos y efectos de las decisiones adoptadas en sede arbitral.

Por lo tanto, resulta fundamental que el nuevo marco normativo ecuatoriano establezca procedimientos claros que determinen cuándo y bajo qué condiciones puede mantenerse la confidencialidad y cuándo debe prevalecer la publicidad. Esta distinción debe ir acompañada de controles institucionales y sanciones por incumplimiento, garantizando así la transparencia sin comprometer la autonomía de la voluntad de las partes. De esta manera, se consolidaría un modelo de confidencialidad calibrada, que preserve la esencia del arbitraje, celeridad, especialización y neutralidad, pero que también respete los valores constitucionales de transparencia, control democrático y rendición de cuentas. Solo así el Ecuador podría superar la tensión estructural entre la confidencialidad arbitral y el derecho ciudadano a la información, construyendo un sistema coherente, moderno y constitucionalmente legítimo. Además, siempre teniendo en cuenta que igualmente la regla general sería la confidencialidad en el arbitraje que involucre al Estado está permitida, salvo ciertas excepciones.

Bajo este contexto, es necesario reformar los procedimientos judiciales vinculados a los laudos arbitrales. En la actualidad, como se ha podido evidenciar, tanto la acción de nulidad del laudo, como el proceso de ejecución son procedimientos públicos, generando una paradoja interesante: aunque el arbitraje sea confidencial, sus resultados terminan expuestos en instancias judiciales ordinarias. Tal contradicción vulnera la coherencia normativa y desnaturaliza la confidencialidad pactada por las partes.

Asimismo, cabe recalcar que el arbitraje con el Estado no se limita a cuestiones contractuales de naturaleza mercantil, pues habrá casos, como Loma Larga que podría terminar eventualmente en un arbitraje, demuestran que las controversias pueden involucrar bienes y derechos de carácter colectivo, como el ambiente, el agua o los recursos naturales no renovables. En tales situaciones, el principio de publicidad cobra un sentido superior, pues el resultado del arbitraje afecta intereses que trascienden a las partes y comprometen el patrimonio común. Por ello, la futura regulación debería establecer que en arbitrajes donde se discutan derechos colectivos o de naturaleza ambiental, la confidencialidad no podrá prevalecer por encima del interés público.

Doctrinarios como Franck (2019) y Rogers (2014) coinciden en que la legitimidad del arbitraje estatal depende de su apertura al escrutinio público. En este sentido, Rogers señala que la transparencia no protege únicamente al ciudadano frente a posibles abusos del poder público, sino que fortalece la confianza en el arbitraje como mecanismo de justicia internacional. En este sentido, la confidencialidad no puede seguir tratándose como un privilegio procesal absoluto, sino como una herramienta relativa que debe ceder cuando su aplicación obstaculice la función fiscalizadora del pueblo soberano.

En el contexto ecuatoriano, la falta de una regulación clara sobre la confidencialidad en arbitrajes estatales genera riesgos jurídicos y políticos. Por un lado, la confidencialidad absoluta podría derivar en opacidad y desconfianza ciudadana. Por otro, una publicidad irrestricta podría desalentar la inversión extranjera y vulnerar la seguridad jurídica de las partes. Por ello, la solución debe buscar un equilibrio razonable: una confidencialidad limitada por el interés público, sujeta a control judicial y administrativo.

Finalmente, una propuesta razonada podría consistir en reformar la Ley de Arbitraje y Mediación mediante la adición de un artículo que establezca lo siguiente:

*“Confidencialidad. – Cuando se proponga una acción de nulidad o se plantee una demanda de ejecución de un laudo arbitral, el proceso se sustanciará bajo reserva procesal, garantizando la protección de toda información confidencial derivada del procedimiento arbitral. Dicha reserva comprende la prohibición de acceso físico o digital por parte de cualquier persona ajena a las partes procesales o al órgano judicial competente. Los funcionarios públicos que conozcan de la causa deberán observar estrictamente el deber de confidencialidad y estarán sujetos a las prevenciones de ley en caso de incumplimiento.*”

*En los arbitrajes en los que intervenga el Estado o sus instituciones y exista cláusula de confidencialidad, esta será válida mientras su aplicación no contravenga el interés público ni afecte derechos colectivos o de la naturaleza reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En aquellos casos en que el laudo arbitral contenga aspectos cuya divulgación resulte necesaria para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas, el tribunal arbitral podrá disponer su publicación parcial o condicionada, preservando exclusivamente la información estratégica, técnica o comercialmente sensible de cualquiera de las partes, cuya confidencialidad se justifique expresamente mediante resolución motivada.”*

La propuesta normativa planteada se enmarca plenamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues armoniza los principios constitucionales de autonomía de la voluntad y confidencialidad arbitral con los de transparencia, rendición de cuentas y acceso a la información pública. Su aplicación no implica una modificación estructural del sistema arbitral vigente, sino una precisión normativa que refuerza la coherencia interna del marco normativo ecuatoriano. Al establecer la reserva procesal obligatoria en las acciones de nulidad y ejecución de laudos, se protege el carácter confidencial que las partes atribuyeron al arbitraje, sin contravenir el principio de publicidad judicial, ya que se trata de una excepción justificada por la naturaleza especial del procedimiento y la información que este contiene.

De esta forma, la reforma propuesta fortalece la seguridad jurídica y garantiza que la confidencialidad no sea vulnerada de manera indirecta a través de los procesos judiciales derivados del arbitraje, una omisión que actualmente genera tensiones interpretativas entre la LAM y el COGEP. Esta armonización legislativa resultaría no solo viable, sino también necesaria para que las decisiones arbitrales mantengan su integridad y efectividad, preservando la confianza de los operadores jurídicos y de las partes en la neutralidad y discreción del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos. Sin embargo, sería necesario también realizar una reforma al COGEP, probablemente en su artículo 8, que hace alusión a la publicidad y transparencia de los procesos judiciales, de tal manera que se establezca expresamente que las acciones de nulidad y ejecución de laudos arbitrales constituyen también excepciones justificadas al principio general de publicidad. Además, se requerirá de desarrollo reglamentario que regule el procedimiento que deben seguir los jueces para la divulgación de información, de esta manera, que se evite la arbitrariedad y subjetividad de los administradores de justicia.

En cuanto a los arbitrajes en los que el Estado o sus instituciones sean parte, la disposición propuesta mantiene la regla general de la confidencialidad, respetando la autonomía contractual y la eficacia del convenio arbitral. Sin embargo, introduce una excepción justificada y controlada cuando está comprometido el interés público, entendido este como el conjunto de bienes, valores o fines que benefician de manera directa y general a la colectividad, tales como la transparencia en el manejo de recursos públicos, la gestión responsable de sectores estratégicos o la preservación del patrimonio nacional. Este concepto, lejos de ser una cláusula abierta o subjetiva, debe interpretarse conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, de manera que solo prevalezca sobre la reserva cuando exista una afectación real y demostrable al bienestar común.

Asimismo, la inclusión de los derechos colectivos como criterio para superar la confidencialidad en casos excepcionales resulta jurídicamente congruente con el artículo 57 de la Constitución de la República, que reconoce la titularidad de estos derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades, y exige mecanismos efectivos de participación y control sobre los asuntos que los afecten. En este contexto, la apertura parcial del arbitraje, por ejemplo, mediante la publicación del laudo o de los fundamentos de la decisión, permitiría salvaguardar intereses colectivos relacionados con la propiedad comunitaria, el ambiente o el uso de recursos naturales, sin comprometer la integridad de la información sensible o estratégica de las partes.

Por otra parte, la referencia expresa a los derechos de la naturaleza, reconocidos en los artículos 71 a 74 de la Constitución ecuatoriana, refuerza la pertinencia constitucional de la propuesta. Estos derechos, de naturaleza difusa y trascendencia social, otorgan a la naturaleza el estatus de sujeto de derechos, lo que implica que toda actuación estatal o privada que pueda afectarla debe estar sujeta al escrutinio público. En tal sentido, mantener en reserva un laudo arbitral que involucre el uso, afectación o conservación de recursos naturales podría vulnerar el principio de precaución y el derecho de la sociedad a conocer las decisiones que inciden en el equilibrio ecológico. Por ello, la excepción propuesta garantiza transparencia sin desnaturalizar el carácter confidencial del arbitraje.

Finalmente, la norma sugerida no desvirtúa la esencia del arbitraje, sino que la moderniza y adapta al marco constitucional ecuatoriano contemporáneo, donde la transparencia y el

control social son valores transversales. Se conserva la confidencialidad como regla general, en respeto a la voluntad de las partes y a la finalidad del arbitraje como mecanismo eficaz y neutral, pero se establece un marco de excepciones precisas y justificadas que impiden abusos o interpretaciones arbitrarias. Con ello, se equilibra de manera técnica y jurídica la tensión entre reserva y publicidad, garantizando un modelo de arbitraje compatible con los principios del Estado constitucional de derechos y justicia, donde la discreción procesal no se convierta en opacidad, ni la transparencia en vulneración de la autonomía de voluntad privada.

## CONCLUSIONES

Se ha podido evidenciar la existencia de un conflicto normativo real y vigente entre el principio de confidencialidad que rige al arbitraje y los principios de publicidad y acceso a la información pública consagrados en la Constitución ecuatoriana. Este conflicto no es únicamente teórico, sino que tiene implicaciones prácticas en los procesos arbitrales en los que el Estado es parte, pues la aplicación simultánea de normas que consagran la reserva arbitral y la transparencia estatal genera tensiones jurídicas que requieren armonización normativa. En este contexto, la LAM, al no diferenciar entre arbitrajes privados y aquellos en los que intervienen entidades estatales, reproduce un esquema pensado para relaciones privadas, que resulta insuficiente frente a los deberes de rendición de cuentas que rigen a la administración pública. De esta manera, el conflicto se manifiesta como una omisión legislativa, que impide garantizar de forma plena ni la reserva pactada por las partes, ni el derecho ciudadano a la información pública.

Por lo tanto, resulta evidente que el ordenamiento ecuatoriano carece de un marco normativo sistemático que delimite los alcances y límites de la confidencialidad cuando una de las partes es el Estado. La ausencia de reglas claras coloca a los operadores jurídicos ante una encrucijada entre la aplicación del principio de confidencialidad y el principio de publicidad, debilitando la coherencia interna del sistema jurídico y comprometiendo la seguridad jurídica, pues deja a discreción de los tribunales arbitrales y de los jueces la decisión sobre qué información debe mantenerse reservada o hacerse pública. Es decir, Ecuador requiere una regulación expresa que armonice la confidencialidad arbitral con los principios constitucionales de transparencia y rendición de cuentas, garantizando que la reserva procesal no se convierta en un obstáculo para la vigilancia democrática ni en un riesgo para la efectividad del arbitraje.

Por otro lado, respecto del estudio de la normativa vigente, particularmente de la LOTAIP, evidencia una marcada asimetría entre las categorías de información reservada y confidencial. Pues, mientras la ley establece procedimientos detallados para la calificación, duración y levantamiento de la información reservada, el tratamiento de la información confidencial es superficial y limitado. El artículo 4 de la LOTAIP define la información confidencial únicamente en función de su titularidad, sin precisar los criterios ni las

condiciones bajo las cuales dicha información puede ser revelada o mantenida en secreto. Esta falta de precisión genera un vacío que tiene efectos directos en los arbitrajes con el Estado, pues deja sin regulación los mecanismos de control sobre la confidencialidad cuando lo que está en juego son recursos públicos o derechos colectivos. La confidencialidad, concebida como un principio contractual, termina proyectándose de manera absoluta sobre asuntos que deberían estar sujetos a control ciudadano. Esta asimetría normativa no solo produce inseguridad jurídica, sino que favorece interpretaciones dispares que pueden vulnerar derechos constitucionales.

Además, desde el punto de vista doctrinario, ya se ha advertido que la falta de reglas claras sobre la confidencialidad en arbitrajes con el Estado puede derivar en opacidad institucional y en una pérdida de legitimidad del mecanismo arbitral. Por tanto, la regulación ecuatoriana debe diferenciar de forma técnica entre la confidencialidad contractual y la reserva de información pública, delimitando con precisión sus efectos, su temporalidad y sus mecanismos de control.

En este contexto, es necesario también hacer alusión a la contradicción procesal que surge entre la confidencialidad del arbitraje y la publicidad de los procesos judiciales posteriores, como la acción de nulidad y la ejecución del laudo arbitral. Aunque el arbitraje se desarrolla bajo reserva, su paso por la jurisdicción ordinaria, ante el presidente de la Corte Provincial o los jueces civiles de instancia, transforma el procedimiento en público, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del COGEP. Este contraste evidencia una incongruencia estructural: el ordenamiento jurídico ecuatoriano garantiza la confidencialidad durante el arbitraje, pero la expone en el momento en que se judicializan sus resultados. Por lo tanto, se evidencia que el problema no radica únicamente en la falta de regulación de la confidencialidad, sino en la inexistencia de una coordinación normativa entre la LAM y el COGEP.

Por lo tanto, se ha propuesto una solución concreta: establecer la reserva procesal obligatoria en las acciones de nulidad y ejecución de laudos arbitrales, limitando el acceso exclusivamente a las partes y al órgano judicial competente, bajo prevenciones de ley. Esta opción resulta jurídicamente viable y constitucionalmente legítima y sin que ello implique una afectación desproporcionada al principio de publicidad judicial.

Por su parte, el análisis de derecho comparado permitió identificar que las principales reformas internacionales han evolucionado hacia modelos de transparencia regulada o “confidencialidad calibrada”, donde se busca compatibilizar el acceso a la información con la eficiencia del arbitraje, sin embargo, Ecuador se encuentra en una etapa incipiente, donde la confidencialidad sigue rigiéndose por reglas contractuales y no por mandatos normativos diferenciados. Además, las nuevas tendencias son claras al señalar que la armonización entre confidencialidad y publicidad no debilita el arbitraje, sino que lo fortalece, al dotarlo de mayor legitimidad y aceptación social. De este modo, la experiencia internacional constituye una guía valiosa para diseñar un modelo normativo adaptado al contexto constitucional ecuatoriano.

Finalmente, la propuesta elaborada para la presente problemática se configura como una respuesta integral a los vacíos y contradicciones detectados. Su esencia radica en mantener la confidencialidad como regla general, pero introducir excepciones precisas y justificadas cuando se comprometan el interés público, los derechos colectivos o los derechos de la naturaleza. La propuesta normativa planteada en esta tesis contempla la creación de un artículo reformativo dentro de la LAM que establezca la reserva procesal obligatoria en las acciones de nulidad y ejecución de laudos, y que regule la confidencialidad en arbitrajes con el Estado bajo parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.

Esta reforma es plenamente concordante con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues se fundamenta en la Constitución y se alinea con los compromisos internacionales del Ecuador en materia de transparencia, como los establecidos en la CNUDMI (2014) y en el Reglamento del CIADI (2022). En este sentido, la propuesta no contraviene los principios del arbitraje, sino que los moderniza y constitucionaliza, dotándolos de coherencia normativa y legitimidad democrática.

Asimismo, esta propuesta resulta factible en la práctica, ya que no altera la estructura del arbitraje ni su finalidad esencial de resolver controversias de forma expedita y especializada, sino que fortalece su confiabilidad. La confidencialidad seguirá siendo la regla, pero podrá ser superada excepcionalmente cuando existan razones objetivas vinculadas al interés público, a los derechos colectivos o a los derechos de la naturaleza. Es decir, el arbitraje confidencial en conflictos con el Estado ecuatoriano requiere de una reforma

constitucionalmente armonizada, como la que ha sido propuesta para la LAM, la reforma al artículo 8 del COGEP y el desarrollo de reglamentos que, de manera conjunta y concordante, reconozcan el valor de la transparencia sin desnaturalizar la esencia del arbitraje. La solución propuesta permite equilibrar principios en tensión, garantizar seguridad jurídica y fortalecer la legitimidad del arbitraje como instrumento de justicia en un Estado constitucional de derechos y justicia.

De este modo, la presente investigación no solo identifica un vacío normativo crítico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino que aporta una solución técnica, viable y constitucionalmente fundamentada que responde a las necesidades del arbitraje moderno.

## REFERENCIAS

- Bjorklund, A., & Brosseau, J. (2017). Sources of Inherent Powers in International Adjudication. *SSRN Electronic Journal*, 1-55. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3037529>.
- Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Quinta ed.). Oxford.
- Bobbio, N. (1984). El futuro de la democracia. *Revista de las Cortes Generales*, 9-26. doi:10.33426/rcg/1984/2/877
- Born, G. (2021). *International commercial arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International B.V.
- Carbonneau, T. (2007). *The law and practice of arbitration*. Juris Publishing.
- Cleis, M. (2017). *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators*. Brill Nijhoff. doi:10.1163/9789004341487
- Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). Art. 13. 09 de marzo de 2009. (Ecuador).
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP). Art. 137. 22 de octubre de 2010. (Ecuador).
- Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Art. 8. 23 de mayo de 2016. (Ecuador).
- Constitución de la República del Ecuador (CRE). Art. 18, 190 y 422. 20 de octubre de 2008. (Ecuador).
- Franck, S. (2019). *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*. Oxford University Press. doi:10.1093/oso/9780190054434.001.0001
- Gaillard, E., & Banifatemi, Y. (2018). *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*. Juris Publishing. ISBN: 978-1-944825-17-1.
- Kaufmann-Kohler, G. (2014). *Commercial Arbitration Before International Courts and Tribunals – Reviewing Abusive Conduct of Domestic Courts: 2011 American University Washington College of Law Annual Lecture on International Commercial Arbitration*. *Arbitration International*. doi:10.1093/arbitration/29.2.153
- Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Art. 32 y 34. 4 de septiembre de 1997. (Ecuador).
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP). Art. 4, 6, 7, 15, 17, 19 y 34. 18 de mayo de 2004. (Ecuador).
- Lew, J., Mistelis, L., & Kröll, S. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- López Escarcena, S. (2020). *Más allá del efecto y de la intención: La proporcionalidad en los arbitrajes de inversiones*. *Revista de Derecho* (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho). doi:10.22235/rd.vi22.2213

- Mistelis, L., & Smit, H. (2019). *The Roster of International Arbitrators* (30th Edition ed.). Juris Publishing.
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 4 y 11. 26 de agosto de 2021. (Ecuador).
- Reglamento a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Art. 9. 24 de enero de 2024. (Ecuador).
- Pérez, A. J. (2019). *El arbitraje en derecho público ecuatoriano*. Revista Ecuatoriana de Arbitraje. doi:<https://doi.org/10.18272/rea.i10.3495>
- Polanco, R. (2019). *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: Bringing back diplomatic protection?* Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108628983
- Redfern, A., & Hunter, M. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell.
- Rogers, C. (2014). *Ethics in International Arbitration*. Oxford University Press.
- Shirlow, E., & Caron, D. (2019). *The Multiple Forms of Transparency in International Investment Arbitration: Their Implications, and Their Limits*. Oxford Handbook of International Arbitration . doi:10.2139/ssrn.3470946
- Titi, C. (2021). *The Function of Equity in International Law* Get access Arrow. Oxford Academic Books. doi:10.1093/oso/9780198868002.001.0001
- Van Harten, G. (2008). *Investment Treaty Arbitration and Public Law* Get access Arrow. University Press.