

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA / Teléfono(s):3827000
Documento No.: PR-RD-2021-02676-E
Fecha: 2021-05-21 09:29:49 GMT -05
Recibido por: Paola Valeria Ramos Nandar
Para verificar el estado de su documento ingrese a:
<https://www.gestiondocumental.gob.ec>
con el usuario:07865280Q

*Se receipta 2 carpetas con
330 Hojas Físicas.*

PRESIDENCIA *Sancho*

**ARBITRAJE INTERNACIONAL *AD HOC* ESTABLECIDO POR EL
REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES
UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)
Y
EL ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE
INVERSIONES SUSCRITO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

HOLCIM INVESTMENTS (SPAIN), S.L.

—Demandante—

Vs.

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

—Demandado—

NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE

21 de mayo de 2021

Alberto Pimenta Hernández
Alejandro Huertas León
J&A GARRIGUES, S.L.P.
Calle Hermosilla 3, 28001, Madrid
España

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	LAS PARTES	6
	2.1. Demandante: HOLCIM INVESTMENTS (SPAIN) S.L	6
	2.2. Demandada: La República del Ecuador.....	7
III.	REQUISITOS PROCEDIMENTALES	8
	3.1 Aplicación temporal del APPRI España-Ecuador	8
	3.2 Holcim es un inversionista conforme al APPRI España-Ecuador	10
	3.3 Holcim realizó una inversión conforme al APPRI España-Ecuador.....	10
	3.4 Notificación previa e intento de solución negociada de la controversia.	11
IV.	SÍNTESIS DE LA DISPUTA	12
	4.1 La Ley de Jubilación Especial de los trabajadores de la industria del cemento de Ecuador: una norma viciada desde su origen, pero escrupulosamente cumplida por Holcim desde su promulgación.	12
	4.2 La controversia derivada del impago total de las jubilaciones especiales por parte del IESS, pese a haber percibido previa y puntualmente todos los ingresos hechos por Holcim de conformidad con la Ley	14
	4.3 La reprochable solución dada por el Ecuador a través de sus órganos judiciales primero y de su aparato legislativo después: La infracción grave, reiterada y sin conclusión de los derechos de Holcim como inversor:	18
V.	VIOLACIONES DEL APPRI ESPAÑA-ECUADOR.....	30
	5.1 Identificación preliminar de las infracciones del APPRI España-Ecuador cometidas por el Estado ecuatoriano.....	30
	5.2 Responsabilidad del Ecuador por las actuaciones discriminatorias, arbitrarias e injustas materializadas a través de sus distintos órganos.....	32
VI.	COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL, AUTORIDAD NOMINADORA, SEDE E IDIOMA DEL ARBITRAJE	36
VII.	RESERVA DE DERECHOS	38
VIII.	PETITUM	38
IX.	LISTADO DE DOCUMENTOS.....	Anexo I
X.	LISTADO DE ABREVIATURAS.....	Anexo II

1. **HOLCIM INVESTMENTS (SPAIN), S.L. (“Holcim”)** remite esta notificación de arbitraje frente a la República del Ecuador (“**el Ecuador**” o el “**Estado**”) de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“**Reglamento CNUDMI**”), y al amparo del artículo XI del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito entre el Reino de España y la República del Ecuador en Quito el 26 de junio de 1996 (“**APPRI España-Ecuador**”)¹.

I. INTRODUCCIÓN

2. El origen de este arbitraje tiene mucho que ver con el límite del tratamiento injusto e inequitativo que una compañía puede sufrir cuando invierte en el extranjero. En particular, nos referimos al umbral de lo tolerable en relación con las medidas injustificadas y discriminatorias que Holcim viene soportando en su inversión en el Ecuador. Las reglas y principios comúnmente admitidos en Derecho Internacional tienen, también, su límite de resistencia.
3. Esos principios quebraron cuando la Corte Constitucional del Ecuador, por medio de su Sentencia de 15 de diciembre de 2010, decidió reescribir retroactivamente y en perjuicio exclusivo de Holcim una ley ecuatoriana.
4. Se trata, en concreto, de la Ley 19 de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento del Ecuador (“*Ley de Jubilación Especial*” o “*LJE*”) promulgada el 21 de marzo de 1989 y por virtud de la cual, en apretada síntesis, se estableció a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (“*IESS*”) la jubilación en condiciones más ventajosas de los trabajadores del sector del cemento del Ecuador que cumplieran determinados parámetros, fijándose para la financiación de dicha medida un incremento de “*dos centavos el precio ex - fábrica de cada kilo de cemento*”, e instituyéndose a las empresas que conforman la industria del cemento en el país como meros “*agentes de*

¹ Documento C-1: Copia del APPRI España-Ecuador.

retención” del citado incremento, para su repercusión al cliente final e ingreso en el IESS, responsable del pago de las citadas jubilaciones especiales.

5. Entre 1989 y 2010 Holcim cumplió escrupulosamente con la responsabilidad inherente a su condición de mero “*agente de retención*” del importe que, por imperativo legal, debía adicionarse al precio del kilogramo de cemento vendido. Tal y como debiera haber hecho toda empresa cementera en el Ecuador, Holcim recaudó los referidos dos centavos por cada kilo de cemento, y los transfirió al IESS para contribuir a financiar el fondo de jubilación de los trabajadores del sector². Holcim fue, de hecho, la única empresa del sector que cumplió con dicho mandato.
6. Sin embargo, en 2010, de modo inopinado, arbitrario y faltando al sentido de la justicia universal, la Corte Constitucional del Ecuador quiso convertir a Holcim en pagana del déficit que desde su misma concepción arrastraba ese fondo de jubilación especial a cargo exclusivamente del Estado del Ecuador, a través del IESS.
7. Semejante enormidad se tradujo en la imposición a Holcim de la no menos disparatada cifra de 89 millones de dólares de los Estados Unidos de América (en adelante, “USD”), que era la diferencia entre lo que Holcim había retenido desde 2000 hasta 2010 en estricto cumplimiento de la Ley de Jubilación Especial de 1989 y lo que, bajo el unilateral y arbitrario criterio de la Corte Constitucional, se le antojó que habría procedido retener, independientemente de la regulación expresamente contenida en la citada Ley de Jubilación Especial y de la tasa de cambio establecida a partir de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador de 2000.
8. Holcim quiso confiar entonces en las instituciones ecuatorianas y tal confianza pudo entenderse justificada cuando la propia Corte Constitucional, nada menos que cuatro años

² Desde la Ley de Jubilación de 1989, el importe recaudado por Holcim ascendió a 2 centavos de Sucre por kilo de cemento y, desde el cambio del sistema monetario de Sucre a dólares de los Estados Unidos de América con motivo de la promulgación de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, de 13 de marzo de 2000, su equivalente de 0,0000008 USD, conforme a la tasa de cambio fija de 1:25.000 establecida en el artículo 1 de la Ley de Régimen Monetario y Banco de Estado.

después (por medio de Auto de aclaración de 24 de abril de 2014), se dignó al menos a reconocer el estrepitoso error de cálculo cometido en su anterior Sentencia.

9. Sin embargo, la revocación de tan estrambótica cifra no eliminaba la injusticia subyacente: Holcim seguía expuesta al riesgo de ser convertida, retroactivamente y de forma discriminatoria, en responsable del pago de una cantidad que no le correspondía pagar, y que ahora quedaba indeterminada. Riesgo que pugnaba con la claridad del derecho ecuatoriano vigente y, entre muchos otros episodios que tendremos oportunidad de verificar durante el procedimiento, con el indiscutible hecho de que ninguna autoridad ecuatoriana, entre 2000 y 2010, le había indicado a Holcim que tuviera que retener otra cifra que no fuera 0,0000008 USD por kilogramo de cemento vendido. Veremos, de hecho, que en realidad lo ocurrido fue lo contrario.
10. Dos años más tarde, en 2016, la jueza de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, Teresa Quintero Cabrera, por medio de la Sentencia de 11 de marzo de 2016 –y después de algún que otro episodio pericial que sembraría el caos en cualquier sistema jurídico ordenado– estableció que el importe al que (injustamente) debía hacer frente Holcim para liquidar la pretendida deuda correspondiente al periodo 2000-2010 ascendía a 3,6 millones USD. Con ello y con el efectivo desembolso por Holcim de la citada cifra, en febrero de 2017, cabía pensar que el caso, aun tortuosa, arbitraria y discriminatoriamente para Holcim, había concluido en derecho ecuatoriano.
11. En marzo de 2017 el legislador ecuatoriano dictó una Ley interpretativa y retroactiva que, aun formalmente revestida de pretendido carácter integrador y una eficacia *erga omnes*, tenía por inconfesable propósito dotar de cobertura legal *ex tunc* la "solución" aplicada singularmente a Holcim por el Auto de la Corte Constitucional de 2014³ y que acababa de quedar cuantificada en los ya citados 3,6 millones USD. Para ello, bajo un descaro inusitado que ha dejado tras de sí un reguero de pruebas difícil de creer, el Ecuador se

³ La resolución aplicada a Holcim entendió básicamente que ésta debía haber retenido desde 2010, no 0,0000008 USD como marcaba la Ley, sino la proporción del valor adicional al precio que representaban dos centavos de Sucre, mantenida a partir de 2000 en función del precio promedio del kilogramo de cemento cada año.

aventuró a establecer una regulación distinta y más gravosa que ordenó aplicar retroactivamente durante los anteriores diecisiete (17) años.

12. De este modo, Holcim pudo conocer a cuánto ascendía la “factura” del atropello constitucional, y ahora legislativo, del que había sido víctima. De buena fe, y confiando en que a partir de ahí su inversión en Ecuador recuperaría la protección y seguridad jurídica que se le había hurtado en los últimos siete años, Holcim cumplió lo dispuesto en la Ley interpretativa y entregó al IESS los valores correspondientes al periodo 2011-2017 (2,4 millones USD adicionales) y a los años subsiguientes, en los que sí tuvo oportunidad de, como mero agente retenedor, obtener del cliente final los novedosos importes exigidos por el Ecuador.
13. Pero la pesadilla jurídica de Holcim no terminó ahí. Al socaire de una acción de incumplimiento promovida por la Asociación de Jubilados (por pretendido incumplimiento por la Sentencia de 11 de marzo de 2016 de los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en su Sentencia de 2010 y en el Auto de aclaración de 2014), la Corte Constitucional, en un nuevo giro hacia el abismo de la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, dictó una Sentencia en fecha 18 de abril de 2018 que, además de anular asombrosamente una resolución judicial que ni siquiera era la combatida por la Asociación de Jubilados, dio nuevas “alas” a ésta en orden a reabrir la cuestión relativa al quantum de la deuda injustamente endosada a Holcim años atrás.
14. Y fue precisamente la reapertura judicial de ese debate el pasado año 2020, ahora ante la jueza Vanessa Wolf Avilés, lo que no dejó otra salida a Holcim que cursar la notificación de controversia a que se refiere el artículo XI (1) del APPRI España-Ecuador.
15. Las actuaciones periciales que se sucedieron desde mayo de 2020 y la cobertura dada por los tribunales ecuatorianos a la posibilidad, repugnante bajo cualquier sensibilidad jurídica, de que Holcim quede expuesta *ad aeternum* a la revisión al alza de las consecuencias económicas de las medidas injustificadas y discriminatorias que viene soportando desde el año 2010, no han dejado otra salida a esta parte que promover el presente arbitraje.

16. Al inicio de esta introducción nos referíamos al límite de lo soportable por un inversor en un país extranjero. Holcim creyó que podía digerir un trato injusto e inequitativo como el resultante de la perversa combinación entre la Sentencia de la Corte Constitucional de 2010, el Auto de 2014 y la Ley Interpretativa de 2017, que representan ya un impacto superior a los seis (6) millones USD, siempre que el precio a pagar por tamaña injusticia quedara definitivamente cuantificado (como quedó en marzo de 2016) en dicha cantidad⁴. En efecto, bajo un análisis de coste-beneficio, a Holcim no le quedaba otro remedio que acatar el resultado, por injusto que fuera, si era definitivo y eso le permitía recuperar la certidumbre necesaria para proseguir con su inversión en el Ecuador.
17. Pero la dinámica de los últimos hechos posteriores (la Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de abril de 2018, las actuaciones judiciales ante la jueza Vanessa Wolf y el sainete del carrusel de pericias emprendidas a partir de mayo de 2020, con las que se pretende “colgar” a Holcim una nueva deuda, que tan pronto se cifra desaguissadamente en 8 como en 109 millones USD) convierten la situación en el más absoluto caos jurídico.
18. Holcim constata así, definitivamente, que su inversión en el Ecuador no está protegida, sino al albur de actuaciones ora judiciales ora legislativas que, por impredecibles, arbitrarias y extravagantes, sitúan dicha inversión en terrenos más bien propios de un casino.
19. Holcim ya no puede hallar justicia, por más clara y elemental que sea la cuestión, dentro del sistema legal ecuatoriano; sin embargo, promueve este arbitraje con el mismo talante conciliador con el que cursó su notificación de controversia al Procurador General de la República del Ecuador el pasado 15 de julio de 2020, confiando muy especialmente en

⁴ Los referidos seis (6) millones USD, importe expresado a los efectos del artículo 3.3.e) del Reglamento CNUDMI, son el resultado de la suma, de una parte, de los 3,6 millones USD correspondientes al período 2000-2010 a cuyo pago le obligó la ejecución de la Sentencia de la Corte Constitucional de 2010 y el Auto de 2014 y, de otra, de los 2,4 millones USD correspondientes al período 2011-2017, a cuyo pago le obligó de modo retroactivo la Ley Interpretativa (*rectius* reformatoria) de 2017.

que las nuevas autoridades del Gobierno del Ecuador contribuyan a zanjar y poner fin a estos episodios del pasado que les son enteramente ajenos.

20. Ese ánimo componedor por parte de Holcim tendrá su reflejo en el *Petitum* que, de forma preliminar y con expresa reserva de derechos, se formulará en este escrito. *Petitum* por medio del cual se busca, en primer término, que el Ecuador adopte cuantas medidas resulten necesarias para garantizar en lo sucesivo el cese en el incumplimiento, en perjuicio de Holcim, de las obligaciones asumidas por la República del Ecuador en el APPRI España-Ecuador.
21. Sólo si ello no tuviere lugar, es decir, si se colocase a Holcim en el trance de tener que pagar cualquier nueva cantidad adicional a las ya (injustamente) desembolsadas, o si no se le diera certeza jurídica de que ello no sucederá, a Holcim no le quedaría otro remedio que postular la indemnidad total de los daños y perjuicios de toda índole que viene soportando como consecuencia de las actuaciones constitucionales, legislativas y judiciales sucedidas desde 2010, así como de cualquier nuevo daño que, junto al perjuicio reputacional ya soportado, sobrevenga en el futuro en relación con estos mismos hechos.

II. LAS PARTES

2.1. Demandante: HOLCIM INVESTMENTS SPAIN, S.L.

22. Holcim es una sociedad constituida legalmente bajo las leyes de España, mediante escritura otorgada en Madrid, el 24 de noviembre de 1997, ante el Notario Don Rafael Martín-Forero Lorente; con domicilio social en la Avenida Manoteras (ED B), 20 - Piso 1, 28050, Madrid (España); provista de CIF B-81880312 e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, al tomo 12.645, libro 0, folio 112, sección 8, hoja M-202317, inscripción 1.

23. Holcim se encuentra representada en este arbitraje por el despacho Garrigues a través de los siguientes letrados, a quienes deberá remitirse toda correspondencia relativa a este arbitraje⁵:

Alberto Pimenta Hernández *alberto.pimenta@garrigues.com;*
Alejandro Huertas León *alejandro.huertas@garrigues.com;*

J&A GARRIGUES, S.L.P.
Calle Hermosilla 3, 28001, Madrid (España)
Telf. +34 91 514 52 00

2.2. Demandada: la República del Ecuador

24. La República del Ecuador actúa como demandada en este arbitraje en su condición de país receptor de la inversión e infractor de los preceptos del APPRI España-Ecuador que más adelante referiremos.
25. Esta Notificación de Arbitraje, junto a la documentación que la acompaña, se remite a la Procuraduría General del Estado en su condición de Representante del Estado Ecuatoriano (artículo 3 de la Ley de la Procuraduría General del Estado), a quien se continuará remitiendo toda comunicación hasta que designe su representación en este procedimiento:

Dr. Íñigo Salvador Crespo
Procurador General de la República del Ecuador
Procuraduría General del Estado
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
170102
Quito – Ecuador

26. Asimismo se hace llegar copia a de la Notificación de Arbitraje a la atención de:

(i) Lcdo. Lenín Boltaire Moreno Garcés
Presidente de la República del Ecuador
Palacio de Carondelet
García Moreno N10-43 entre Chile y Espejo

⁵ **Documento C-2:** Poder especial otorgado ante notario por Holcim en favor de los letrados firmantes para el inicio del presente arbitraje.

170401
Quito - Ecuador

(ii) Dra. María del Carmen Maldonado Sánchez
Presidenta del Consejo de la Judicatura
Consejo de la Judicatura
Av. 12 de Octubre N24-563 y Francisco Salazar
170143
Quito – Ecuador

(iii) D. Manuel Antonio Mejía Dalmau
Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador
Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador
Carrión E1-76 y Av. 10 de Agosto
170526
Quito – Ecuador

III. REQUISITOS PROCEDIMENTALES

3.1. Aplicación temporal del APPRI España-Ecuador

27. Con el objetivo de intensificar y fomentar las inversiones entre ambos países, España y el Ecuador suscribieron el APPRI el 26 de junio de 1996 en Quito, por medio del cual propusieron crear un marco de colaboración seguro, que incentivara y estimulara las inversiones entre ambos países, tal y como se plasmó en su propio clausulado.
28. El APPRI España-Ecuador fue denunciado por el Ecuador mediante resolución de la Asamblea Nacional del Ecuador de 3 de mayo de 2017⁶. Sin embargo, debe tenerse presente que el Acuerdo entró en vigor el 18 de junio de 1997, con una duración inicial de diez años y renovándose tácitamente por periodos consecutivos de cinco años, salvo que medie denuncia –por medio de notificación escrita- con un preaviso de seis meses, como establece el artículo XII (1). Quiere ello decir que, cuando el APPRI España-Ecuador fue denunciado por el Estado Ecuatoriano en mayo de 2017, ya se había renovado su vigencia hasta el mes de junio de 2022.

⁶ Documento C-3: Resolución de la Asamblea Nacional de Ecuador de 3 de mayo de 2017.

29. Adicionalmente, y en virtud de la Cláusula XII (2) del propio APPRI España-Ecuador, la vigencia del mismo se prorrogará durante diez (10) años después de junio de 2022, subsistiendo hasta junio de 2032 su protección a las inversiones efectuadas antes de su denuncia:

“2. En caso de denuncia, las disposiciones previstas en los artículos 1 al 11 del presente Acuerdo seguirán aplicándose durante un período de diez años a las inversiones efectuadas antes de la denuncia”.

30. Holcim realizó una inversión en el Ecuador a finales del año 2009 cuando adquirió el 92,24% de la compañía Holcim Ecuador⁷ (en origen denominada Cemento Nacional, C.A.) como resulta de:

- a. Los dos contratos suscritos suscritos en fecha 11 de diciembre de 2009 para la adquisición 18.891.875 acciones de la compañía por precio de 507.985.983 euros,
- b. El contrato suscrito el 3 de marzo de 2010 para la adquisición de 14.865 acciones por precio de 460.470,92 euros⁸.

31. Se cumple, por tanto, con el criterio *ratione temporis* de haber realizado la inversión antes de que se produjera la denuncia por parte del Ecuador y durante la vigencia del APPRI⁹.

⁷ Holcim Ecuador, como filial de Holcim Investments (Spain), S.L., es la perjudicada directa de las actuaciones antijurídicas materializadas por la República del Ecuador, así como la protagonista de primera mano de algunos de los trámites de los que trae causa la presente controversia y que representan las infracciones frente a Holcim Investments (Spain), S.L. de los compromisos del APPRI España-Ecuador. En vista de ello y a fin de simplificar el relato, nos referiremos indistintamente a ambas compañías como “Holcim”, distinguiendo únicamente allí donde tenga relevancia tal diferenciación.

⁸ **Documento C-4:** Contratos de compraventa, facturas del corredor de bolsa que intermedió la operación (R&H Asociados Casa de Valores R&HVAL, S.A.), y títulos de propiedad de las acciones adquiridas representativas del 92,24% del capital social de la compañía.

⁹ **Documento C-5:** Dictamen de la propia Corte Constitucional de la República del Ecuador en el que se confirma la vigencia del tratado durante diez (10) años para las inversiones efectuadas antes de la denuncia: “*Es decir, bastaría con la simple notificación de terminación por parte del Estado ecuatoriano, para que termine el compromiso asumido en el Acuerdo en mención; evidentemente, los compromisos e inversiones adquiridas antes de la fecha de terminación quedarían en vigor durante un período de diez años*”.

32. En cualquier caso, debe señalarse que el artículo II (2) del APPRI España-Ecuador recoge expresamente que el tratado se aplicará también a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigor.

3.2. Holcim es un inversionista conforme al APPRI España-Ecuador

33. El concepto de “*inversionista*” previsto en el APPRI España-Ecuador figura en el artículo I (1), cuyo apartado b) expone que se entenderá como inversionista a las “*Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante y tengan su sede en el territorio de esa misma Parte Contratante*”.

34. Este es nuestro caso. Holcim es una sociedad mercantil debidamente organizada conforme a las leyes españolas y con sede en España, que desde el año 2009 es propietaria del 92,24% de Holcim Ecuador, cumpliéndose así con el requisito *ratione personae*.

3.3. Holcim realizó una inversión conforme al APPRI España-Ecuador

35. El artículo I (2) del APPRI España-Ecuador regula de forma expresa y específica el supuesto de adquisición de acciones en una sociedad del estado receptor como modalidad de “*inversión*” a los efectos del acuerdo de protección de inversiones:

“2. Por «inversiones» se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la Legislación del país receptor de la inversión y, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: (...) Acciones y otras formas de participación en sociedades”.

36. Holcim es la mayor cementera del Ecuador y ha venido contribuyendo al desarrollo del país, hasta el punto de ser catalogada como una de las primeras empresas en la que los ecuatorianos quieren trabajar, la primera destacada en su sector¹⁰.

¹⁰ Documento C-6: noticias de la prensa local a este respecto. Accesibles en: <https://www.eluniverso.com/2009/12/27/1/1356/holcim-tiene-un-nuevo-accionista-espana.html>.

37. Con diversos emplazamientos distribuidos por toda la geografía del Ecuador (una planta integrada de cemento, una planta de molienda de cemento, una planta de agregados pétreos, nueve plantas de concreto y siete plantas de concreto móviles), Holcim es el principal operador del sector del cemento en el país (>60% de la cuota de mercado), empleando a más de 700 personas y generando de modo indirecto actividad e ingresos para miles de familias ecuatorianas.
38. La inversión de Holcim en el Ecuador representa una relevante y decidida contribución a la mejora de la economía y el desarrollo local, donde Holcim ha promovido la protección del medioambiente, fortalecido el tejido social y laboral y fomentado la educación y el deporte¹¹.
39. Se cumple también, por tanto, el requisito *ratione materiae* del APPRI España-Ecuador.

3.4. Notificación previa e intento de solución negociada de la controversia

40. El artículo XI (2) del APPRI España-Ecuador dispone que podrá plantearse un arbitraje *ad hoc* en caso de que no pudiera resolverse la controversia en un plazo de seis (6) meses desde que se remita una comunicación al Estado para tratar de arreglar la disputa de forma amistosa.
41. Holcim remitió en fecha **15 de julio de 2020** una comunicación al Estado a través de la Procuraduría General del Estado –personificada en el Procurador General de la República del Ecuador–, con copia al Presidente de la República del Ecuador, D. Lenin Moreno, y a Dña. María del Carmen Maldonado Sánchez, Presidenta del Consejo de la Judicatura¹².
42. Dicha comunicación, en la que se expresaron con detalle cada una de las arbitrarias actuaciones sufridas por Holcim en el Ecuador y en la que el inversor se puso a disposición del Estado para adicionar cuantos detalles y documentos estimase pertinente el Ecuador, se remitió en cumplimiento del artículo XI (1) del APPRI España-Ecuador.

¹¹ **Documento C-7:** Presentación de la Fundación Holcim.

¹² **Documento C-8:** Notificación previa remitida por Holcim al Estado en fecha 15 de julio 2020.

43. El Ecuador nunca ha respondido a dicha comunicación ni mostrado su disposición para alcanzar una solución negociada a la controversia, por lo que habiendo transcurrido más de seis (6) meses desde el envío de la misma, esta Notificación de Arbitraje cumple con el requisito establecido en el citado artículo XI (2) del APPRI España-Ecuador.

IV. SÍNTESIS DE LA DISPUTA

4.1. La Ley de Jubilación Especial de los trabajadores de la industria del cemento de Ecuador: una norma viciada desde su origen, pero escrupulosamente cumplida por Holcim desde su promulgación

44. El 21 de marzo de 1989 se promulgó la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento. Con ella se estableció en favor de dicho colectivo el beneficio de poder acceder a la jubilación con un menor número de aportaciones mensuales acumuladas y, sin embargo, manteniendo como pensión resultante el equivalente al 100% del último salario¹³.
45. La Ley establecía desde su artículo 1 que esta jubilación especial correría “a cargo” del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), que por tanto sería el organismo del Estado responsable de hacer frente al pago de las citadas pensiones.
46. Para contribuir a su financiación, el artículo 4 de la Ley ordenó que se incrementase *“en dos centavos el precio ex -fábrica de cada kilo de cemento”*, y que las cantidades percibidas por dicho incremento de manos del cliente final (responsable único de asumir el incremento de precio), se ingresaran directamente en el IESS.
47. El papel de las empresas que conformaban la industria del cemento estaba claramente definido en el artículo 5 de la Ley: no asumirían ningún coste o carga financiera, solo debían actuar como meros “agentes de retención del incremento establecido en el

¹³ Documento C-9: Ley 19 de 21 de marzo de 1989 de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento del Ecuador.

***artículo 4 de esta Ley**, debiendo remitir mensualmente al Instituto Ecuatoriano de la Seguridad Social, la totalidad de los valores reacudados”.*

48. Era una norma sencilla. Su limitado desarrollo (tan solo 6 artículos) y la parquedad de su contenido (escasa media página), bastaban para identificar desde un principio y sin margen de error cuál era el rol asignado a cada sujeto interviniente (IESS, cementera y cliente final), y cuál era el modo en que cada uno de ellos debía dar cumplimiento a la citada Ley.
49. En lo que aquí nos ocupa, desde marzo de 1989 Holcim (entonces La Cementera Nacional, C.A.) debía incrementar en dos centavos de Sucre el precio de venta del kilo de cemento, e ingresar con periodicidad mensual en el IESS la totalidad de las cantidades percibidas de sus clientes finales con motivo de dicho incremento.
50. Eso es, precisamente, lo que hizo Holcim desde el mismo mes de marzo de 1989 y sin excepción, dando escrupuloso e íntegro cumplimiento a lo marcado por la Ley de Jubilación Especial.
51. Para ser precisos, Holcim fue el único de los operadores de la industria del cemento de Ecuador que cumplió con dicha obligación, y lo hizo a pesar de que, también desde un principio, señaló al Estado lo que a todas luces resultaba evidente: bastaba una simple operación aritmética (la multiplicación entre el volumen total de ventas en el sector y el incremento por kilo marcado en la Ley) para confirmar que la recaudación total a obtener por dicho incremento de “dos centavos”/ kilo, quedaría muy lejos del coste real del plan de Jubilación especial concebido en la Ley.
52. A este respecto, baste con señalar en este momento preliminar que antes incluso de que se promulgara la Ley de Jubilación Especial en 1989, Holcim ya se dirigió formalmente al Presidente de la República del Ecuador (entonces el Sr. Doctor Rodrigo Borja Cevallos) para apercibirle, entre otros extremos, de que el modo en que se había decidido configurar el citado incremento (2 centavos de Sucre/kilo) determinaba que el plan previsto por la

Ley naciera totalmente desfinanciado y que, por tanto, representase una nueva sobrecarga en la ya de por sí muy maltrecha situación financiera del IESS¹⁴.

53. Y es que, tomando en consideración la producción anual de cemento en Ecuador en 1989 (de todos los operadores), obteniendo el incremento total susceptible de recaudación bajo la fórmula de los “dos centavos” por kilo, y comparándolo con el coste de jubilación de simplemente los trabajadores que a dicha fecha cumplían los requisitos para acogerse a este nuevo plan por no haber cesado con anterioridad a la promulgación de la Ley, el resultado evidente era que la medida de recaudación adoptada por el Estado no alcanzaría a cubrir ni una cuarta parte del coste real de dichas jubilaciones (el 24.6% para ser precisos). Una diferencia de costes e ingresos que el IESS tendría que asumir, y que estaba llamada a acrecentarse con el paso de los años, ante la previsible acumulación de nuevos jubilados y el mantenimiento o incluso descenso, de las ventas de cemento en Ecuador.
54. Durante el procedimiento verificaremos que este error de origen es un extremo que ha sido expresamente reconocido por los propios órganos del Estado, en particular, por el mismísimo IESS, obligado al pago de las citadas pensiones de jubilación.

4.2. La controversia derivada del impago total de las jubilaciones especiales por parte del IESS, pese a haber percibido previa y puntualmente todos los ingresos hechos por Holcim de conformidad con la Ley

55. Pese a que Holcim cumplió desde un principio y puntualmente cada mes con la obligación de recaudación e ingreso en el IESS contenida en la Ley, lo cierto es que el IESS no cumplió con su obligación de atender las pensiones de sus jubilados, que quedaron impagadas.

¹⁴ **Documento C-10:** Comunicación del presidente de Holcim (entonces La Cemento Nacional, C.A.) al Presidente de la República del Ecuador de fecha 8 de marzo de 1989.

56. Holcim trató de interceder ante el IESS en favor de sus exempleados para ayudar en la correcta tramitación del alta como jubilado especial del sector del cemento¹⁵, e incluso llegó a conceder *ex gratia* importantes ayudas económicas a los jubilados de la compañía, con el objeto de apoyarles ante el trance en que les situaba la falta de adecuada respuesta por el Estado¹⁶. Sin embargo, se trataba del problema estructural sobre el que Holcim alertó desde el mismo 1989 y que, sin embargo, el Estado decidió no atajar mediante una adecuada y tempestiva reforma de la Ley de Jubilación Especial –ni tan siquiera, de hecho, con oportunidad de la promulgación el 30 de noviembre de 2001 de la nueva Ley de Seguridad Social del Ecuador, en la que sí se incluyen otras jubilaciones especiales–.
57. En un contexto así, era cuestión de tiempo que los jubilados del sector del cemento acudieran a los tribunales a reclamar la ejecución de sus derechos. Y así ocurrió en 2007, pero, para sorpresa e incredulidad de Holcim, los miembros de la Asociación de Jubilados y Veteranos de la Cemento Nacional –hoy Holcim– (la “*Asociación de Jubilados*”) no se dirigieron frente al responsable del pago que había sido incumplido (el IESS) o frente al autor de tan deficiente norma (el Estado aquí demandado). En su lugar, prefirieron probar suerte en contra de Holcim Ecuador, que era el único de todos los intervinientes en la cuestión que, como hemos señalado y acreditaremos durante el procedimiento, venía cumpliendo de modo ejemplar con la totalidad de sus obligaciones.
58. La estrategia procesal de la Asociación de Jubilados se explica por sí misma al reparar en su –a todas luces infundada– pretensión: sostenía que, tras la sustitución del Sucre por el dólar a partir del año 2000, Holcim debería haber depositado en el IESS la suma de 2 centavos de dólar USA por cada kilo de cemento y no, como efectivamente hizo, el equivalente en dólares de los dos centavos de Sucre regulados desde 1989, observando para calcular dicha conversión la relación de cambio fija e inalterable establecida por el

¹⁵ **Documento C-11:** Comunicación remitida por Holcim al Director General del IESS en fecha 16 de septiembre de 1993.

¹⁶ **Documento C-12:** Carta del Presidente de la Asociación de Jubilados y Veteranos de La Cemento Nacional (D. Roberto Rizzo Montaña) remitida el 28 de julio de 2000 a Holcim.

propio Estado ecuatoriano¹⁷. El planteamiento resultaba tan ambicioso económicamente como disparatado en términos jurídicos; en efecto:

- a. La Ley de Jubilación Especial estableció en 1989 que la obligación de Holcim era, tal y como hemos visto, incrementar el precio del cemento en la cantidad de “*dos centavos el precio ex -fábrica de cada kilo de cemento*” e ingresar mensualmente dicho incremento ante el IESS.
- b. A fecha de promulgación de la citada Ley de Jubilación Especial, la moneda nacional del Ecuador era el Sucre, tal y como marcaba la Ley de Régimen Monetario de 31 de marzo de 1976, cuyo artículo 6, en vigor en 1989, determinaba que “la unidad monetaria del Ecuador es el Sucre, cuyo símbolo es “S/.”. *El Sucre se divide en cien partes iguales denominadas centavos*”¹⁸.
- c. Durante el procedimiento podremos constatar, además, que el propio Estado demandado confirmó a Holcim que el pago a ejecutar en cumplimiento de la Ley de Jubilación Especial era el que efectivamente hizo desde el primer mes, por el importe de 2 centavos y en la moneda de curso legal (Suces). No nos referimos sólo al hecho elocuente de que ni el IESS ni ningún otro órgano del Estado objetara en modo alguno las más de doscientas (200) liquidaciones mensuales hechas a lo largo de los 18 años transcurridos desde la promulgación de la norma, sino al dato concluyente de que los órganos del propio Estado demandado confirmaron expresamente a Holcim la corrección del pago de los 2 centavos de Sucre.
- d. Siendo ello así, lo único que cabía en derecho a partir de la dolarización de la economía del Ecuador en marzo del año 2000, era aplicar la relación fija e inalterable del cambio Sucre-Dólar USA establecida por Ley. A este respecto, con fecha 13 de marzo del año 2000 se promulgó la Ley para la Transformación Económica del

¹⁷ **Documento C-13:** Demanda de 9 de febrero de 2007 presentada por la Asociación de Jubilados.

Documento C-14: Contestación a la demanda presentada por Holcim Ecuador frente a la Asociación de Jubilados.

¹⁸ **Documento C-15:** Ley de Régimen Monetario, de 31 de marzo de 1976.

Ecuador (“LTEE”) mediante la que, *inter alia*, el dólar USA pasó a convertirse en la divisa oficial del Ecuador. En su artículo 12 se estableció lo siguiente¹⁹:

“En todas las normas vigentes en las que se hagan mención a valores en moneda nacional, ya directamente, ya utilizando sistemas de indexación como salarios mínimos vitales o unidades de valor constante, deberá entenderse que los montos correspondientes pueden ser cuantificados o pagados en su equivalente de dólares de los Estados Unidos de América, a la relación fijada por el artículo 1 de la Ley de Régimen Monetario y Banco de Estado”

- e. Y al acudir al artículo 1 de la citada Ley de Régimen Monetario y Banco de Estado²⁰, lo que se encontraba era una relación fija Dólar USA-Sucre de 1:25.000, de modo que la unidad de valor constante contenida en el artículo 4 de la Ley de Jubilación Especial y consistente en dos centavos de Sucre, debía convertirse ahora a dólares de Estados Unidos de América bajo esa relación fija de 1:25.000, dando lugar a un incremento de 0,0000008 USD por kilo de cemento, que es el importe que Holcim efectivamente retuvo e ingresó mensualmente en el IESS por cada kilo de cemento vendido desde marzo del año 2000.

59. La reclamación planteada por la Asociación de Jubilados fue resuelta por el Juzgado Décimo de lo Civil de Guayaquil, que por medio de su Sentencia de 30 de abril de 2007 **desestimó la acción** de amparo promovida, confirmando que Holcim Ecuador había actuado correctamente al haber retenido y transferido al IESS, en dólares, el importe equivalente a 2 centavos de Sucre pues, sencillamente, no había tenido lugar ningún cambio legislativo que le ordenara retener una cantidad distinta y, menos aun, una cantidad mayor²¹:

“Que el contenido de la citada Ley de Transformación Económica del Ecuador (Ley 2000-4) no ha sido declarado inconstitucional; por lo que al haber pagado al IESS, el equivalente a dos centavos de sucres a que se refiere el Art. 4 de la Ley Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento (Ley 19), a la relación fijada por el Art. 1 de la citada Ley de Transformación Económica del Ecuador, la compañía Holcim

¹⁹ Documento C-16: Ley para la Transformación Económica del Ecuador, de 13 de marzo del año 2000.

²⁰ Documento C-17: Ley de Régimen Monetario y Banco de Estado.

²¹ Documento C-18: Sentencia del Juzgado Décimo de lo Civil de Guayaquil de 30 de abril de 2007.

Ecuador S. A., no ha causado ningún daño inminente, ni ha violado derecho constitucional alguno".

60. Vaya por delante que el planteamiento sostenido por la Asociación de Jubilados en ese procedimiento nunca ha sido estimado. Además de insostenible en términos jurídicos, representa tanto como solicitar que de forma repentina, sin que medie una modificación legislativa, con efectos retroactivos y, en fin, sin que Holcim pueda recaudar dichos importes del cliente final –único obligado al pago del incremento bajo la Ley de Jubilación Especial–, se multiplique por 25.000 la cantidad originariamente fijada en 1989, dando lugar a una pretendida recaudación a costa de Holcim que, como veremos a continuación, es conceptualmente injusta y cuantitativamente desnortada.

4.3. La reprochable solución dada por el Ecuador a través de sus órganos judiciales primero y de su aparato legislativo después: La infracción grave, reiterada y sin conclusión de los derechos de Holcim como inversor

61. La Asociación de Jubilados presentó ante la Corte Constitucional recurso de apelación frente a la anterior resolución de los Juzgados de Guayaquil. La única resolución que rectamente cabía esperar era la confirmación de la anterior sentencia, tanto por lo elemental de la respuesta dada en derecho como, en fin, porque no resultaba posible atender una demanda que, como veremos en detalle, suponía reclamar a Holcim un pago de más de trescientos ochenta millones USD o, dicho de otro modo, la entrega a cada jubilado de la disparatada cifra de más de 1 millón USD.
62. Este recurso de apelación terminó siendo la plataforma a través de la que los órganos del estado del Ecuador –primero por medio de la Corte Constitucional y después de su Asamblea Nacional en ejercicio de su potestad legislativa–, vienen tratando de hacer pesar sobre Holcim la carga de un pago multimillonario que no le corresponde, en beneficio de los jubilados a quienes el propio Estado demandado ha desatendido deliberadamente desde 1989.

La Sentencia de 15 de diciembre de 2010 de la Corte Constitucional

63. La Corte Constitucional tomó una decisión jurídicamente incomprensible y que atenta contra los más elementales principios de justicia, socavando la inversión de Holcim en el Ecuador²². En particular:

- a. Transformada en una suerte de legisladora con toga, la Corte Constitucional del Ecuador reescribió el contenido del artículo 4 de la Ley de Jubilación Especial para establecer que, en lugar de la cantidad fija por kilo de cemento allí señalada desde 1989 (los dos centavos), Holcim debía retener a sus clientes una cantidad resultante de identificar la “proporción” que esos 2 centavos de Sucre supusieran respecto del precio promedio del kilo de cemento en 1989.

La comparación entre la Ley supuestamente infringida y la Sentencia que fija dicha infracción habla por sí misma sobre el grado de arbitrariedad y separación de la Ley que alberga la citada Sentencia:

Art. 4 de la Ley de Jubilación Especial de 1989	Criterio de la Sentencia de la Corte Constitucional de 15 de diciembre de 2010
<p><i>Incrementátese en dos centavos el precio ex -fábrica de cada kilo de cemento, cuyos valores, (...), se destinarán en su totalidad a financiar el beneficio de jubilación especial que se establece en esta Ley.</i></p>	<p><i>“esta Corte asume entonces como criterio, el prescindir de la denominación monetaria (centavos de sucre o centavos de dólar) y utilizar en cambio, como constante <u>la proporción del ajuste del valor adicional al precio de cemento en 1989, convertido en dólares, con la variación del índice general de precios desde 1989 hasta el 2000, respecto del precio del kilo de cemento en abril de 2000</u> esto es, <u>1,57% de dicho precio</u>, mismo que debe ser calculado en base a la serie de los índices de variación de los precios de cemento elaborados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), en periodos mensuales, <u>a contarse desde el mes de marzo del año 2000, hasta septiembre de 2010, más el interés por mora respecto a cada año adeudado, tomando en</u></i></p>

²² Documento C-19: Sentencia de la Corte Constitucional de 15 de diciembre de 2010.

consideración la tasa de interés de 5,31% establecido por el Banco Central de Ecuador”

- b. Estableció que esa cantidad, así calculada, debía abonarse con **carácter retroactivo**, estando Holcim obligada a estimar la diferencia entre el resultado de este nuevo cálculo y lo efectivamente abonado al IESS desde la entrada en vigor de la LTEE en marzo de 2000.
- c. Y, partiendo de lo anterior, la Corte Constitucional resolvió que Holcim Ecuador debía pagar la desbocada cifra de 89.319.809,41 USD, lo que en la práctica suponía, además de un grotesco atropello, que Holcim pasara de ser el mero “*agente de retención*” indicado en el artículo 5, al verdadero y único sujeto pasivo del incremento de precio y, en fin, el financiador en exclusiva del plan de jubilación erróneamente diseñado por el Estado más de dos décadas atrás y nunca antes cumplido.
64. Es decir que, arrogándose una potestad legislativa de la que –comprobaremos– carece por completo y haciendo un uso abusivo y contrario a los principios jurídicos más elementales, tanto nacionales como internacionales, la Corte Constitucional decidió reescribir de forma retroactiva, más gravosa y *ad hoc* respecto de Holcim una norma que, para más inri, había sido íntegramente cumplida hasta la fecha por la propia Holcim.

El Auto aclaratorio de 24 de abril de 2014 de la Corte Constitucional

65. Abstracción hecha de sus graves deficiencias jurídicas, la Sentencia de la Corte Constitucional de 15 de diciembre de 2010 adolecía además de errores de cálculo gruesos, en vista de lo cual Holcim solicitó la aclaración de diversos aspectos de la misma²³,

²³ Documento C-20: solicitud de aclaración de 21 de diciembre de 2010.

petición que la Corte Constitucional resolvió solo en parte mediante Auto de 24 de abril de 2014 (“**Auto Aclaratorio**”)²⁴. En dicha resolución la Corte Constitucional:

- a. Admitió tácitamente que los efectos de la Sentencia solo se producían respecto Holcim Ecuador y no para todas las empresas que componen la industria cementera. Se trataba, por tanto, de una medida *ad hoc*:

“Respecto de la consulta de si la sentencia se aplica a toda la industria del cemento, cabe señalar que la empresa HOLCIM ECUADOR, S.A., no es quien representa a dicha industria, por lo que el pedido deviene en improcedente”²⁵.

Algo que, como tendremos oportunidad de analizar durante el procedimiento, resulta particularmente grave en este caso, en el que Holcim fue la única compañía del sector que atendió el contenido de la Ley de Jubilación Especial, pese a que dos de los cuatro operadores del mercado del cemento (Industrias Guapán S.A. y Cementos Chimborazo C.A., posteriormente fusionadas en Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M) son compañías públicas controladas por el Estado, una de ellas –para mayor escarnio– directamente a través del propio IESS, responsable del pago de las referidas pensiones.

- b. Reconoció que existían errores de cálculo en los considerandos “*Décimo Tercero*” y “*Décimo Cuarto*” que impedían tener por válido el importe de la condena:

*“Esta Sala considera que en la resolución se ha incurrido en un error de cálculo al establecer los kilos vendidos por parte de la empresa HOLCIM ECUADOR S.A., debiendo enmendarse los cálculos efectuados con los kilos referidos por la empresa en su escrito de aclaración y ampliación. Para el efecto, ha advertido que ha existido un cálculo errado de los valores en el tiempo constante en los considerandos *Décimo Tercero* y *Décimo Cuarto* de la resolución materia de aclaración y ampliación, pues se aparta del razonamiento establecido por la Sala en los considerandos anteriores; ya que la prescindencia de la denominación monetaria, para que resulte proporcional, debe traducirse en una determinación concordante con el valor que los dos centavos de sucre representaban respecto del precio del kilo de cemento en la época en la que fue promulgada la ley”.*

²⁴ **Documento C-21:** Auto Aclaratorio de la Corte Constitucional, de 24 de abril de 2014.

²⁵ *Op. cit.* pág. 8.

- c. Y dispuso que, como consecuencia de todo ello, era necesario calcular el importe que debía abonar Holcim Ecuador mediante la nueva fórmula de cálculo siguiente, distinta de la fijada cuatro años antes en la Sentencia de 15 de diciembre de 2010, pero completamente ajena, una vez más, a la regulación del artículo 4 de la Ley de Jubilación Especial:

Art. 4 de la Ley de Jubilación Especial de 1989	Auto de la Corte Constitucional de 24 de abril de 2014
<p><i>Incrementátese en dos centavos el precio ex -fábrica de cada kilo de cemento, cuyos valores, (...), se destinarán en su totalidad a financiar el beneficio de jubilación especial que se establece en esta Ley.</i></p>	<p><i>“Se requiere obtener la proporción del valor adicional al precio, que representaban los dos centavos de sucre, respecto del precio promedio del kilo de cemento al año 1989; para luego, mantener dicha proporción y aplicarla al precio promedio del kilo de cemento de cada año comprendido entre los años 2000, en que se produjo la dolarización; y 2010, en que se emitió la resolución objeto de aclaración y ampliación”²⁶.</i></p>

66. La fijación de esta nueva fórmula de cálculo suponía que el procedimiento debería de pasar a fase de ejecución ante el juzgado de instancia, de modo que mediante la intervención de un perito se pudiera calcular la correspondiente cuantía a pagar por Holcim, que continuaría teniendo carácter retroactivo.

Primera ejecución de la Sentencia de la Corte Constitucional de 2010, en la redacción dada por el Auto aclaratorio de 2014

67. La ejecución de ambas resoluciones tuvo lugar ante la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, que dictó **Sentencia el 11 de marzo de 2016** en la que, tras practicar los informes periciales pertinentes, resolvió que de conformidad con los considerandos

²⁶ *Op. cit.* pág. 8 y 9.

Décimo Tercero y Décimo Cuarto de la Sentencia de la Corte Constitucional de 15 de diciembre de 2010 y su posterior Auto Aclaratorio de 24 de abril de 2014, la compensación que debía abonar Holcim Ecuador respecto del período 2000-2010 ascendía a la suma de **3.653.895 USD**²⁷:

*“Como ya ha sido indicado, obra de autos la deignación del perito que recayó en el señor Ing. Juan Herrera Silva como previamente ha sido establecido, perito a quien se le concedió el término para que rinda su informe, así como obra en los autos el correspondiente informe pericial en el que se han considerado los rubros y parámetros de liquidación que fueron señalados en los considerandos décimo tercero y décimo cuarto de la sentencia, pero en todo momento tomando en cuenta la corrección efectuada en el considerando cuarto del auto aclaratorio de esa misma sentencia y que, según el informe pericial que se aprueba, **ascienden a la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS NOVEINTA Y CINCO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**”.*

68. El resultado de la Sentencia era injusto con independencia de que la cantidad fuera inferior a la que inicial y groseramente habían calculado la Corte Constitucional y otros informes periciales. Lo era, como hemos anticipado y veremos durante el procedimiento, porque en realidad Holcim había abonado en todo momento los importes que resultaban exigibles conforme al contenido de la Ley de Jubilación Especial, siendo esta cantidad adicional el resultado de la reformulación con efectos retroactivos de una Ley que nunca existió y que, por tanto, en modo alguno pudo ser infringida.
69. En ejecución de dicha resolución, el IESS, a través del Director Nacional de Gestión Financiera, facilitó a Holcim la cuenta en la que según lo ordenado por el Juzgado de Guayaquil, Holcim debía realizar el abono de los citados 3.653.895 USD.²⁸

La Ley Interpretativa (rectius reformativa) de la Ley de Jubilación Especial

70. El 6 de marzo de 2017 se promulgó la Ley Interpretativa del Artículo 4 de la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento (“**Ley Interpretativa**”), una norma creada *ad hoc* y compuesta por un único artículo,

²⁷ Documento C-22: Sentencia de la Unidad Judicial de Guayaquil de 11 de marzo de 2016.

²⁸ Documento C-23: Carta remitida por el IESS para el pago de la primera ejecución.

consistente en reproducir el fallo de la Sentencia de la Corte Constitucional de 10 de diciembre de 2010, en su redacción dada tras el Auto de aclaración de 2014²⁹:

“Artículo Único.- Interpretese el artículo 4 de la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento, publicada en el Registro Oficial No. 153 de 21 de marzo de 1989, en el sentido de que para establecer el valor en dólares de los Estados Unidos de América del incremento en dos centavos de sucre del precio ex fábrica de cada kilo de cemento, a partir del 13 de marzo de 2000 se requiere obtener la proporción del valor adicional al precio, que representaban los dos centavos de sucre, respecto del precio promedio del kilo de cemento al año 1989; para luego mantener dicha proporción y aplicarla al precio promedio del kilo de cemento de cada año a partir del año 2000. El cálculo de los respectivos intereses se hará en atención al monto del correspondiente capital cuantificado conforme lo señalado en este artículo”.

71. Era el turno del poder legislativo del Ecuador. Bajo la excusa de una supuesta interpretación legislativa, se introducía en realidad una completa y profunda reforma a una norma que venía desplegando efectos en sus propios términos desde 1989 (es decir, desde casi 30 años antes) y cuyo contenido, como ya hemos repasado, era tan escueto como claro: el legislador fijó un incremento a partir de una cantidad cierta (dos centavos), sin incluir referencia alguna a “valores”, “proporciones” o “promedios” como ahora se introducía, siguiendo el previo dictado de las resoluciones de la Corte Constitucional, que ya había abordado frente a Holcim el proceso de “reforma legislativa” con idéntico carácter retroactivo mediante sus diversas resoluciones judiciales desde 2010.
72. Durante el procedimiento confirmaremos cómo tanto el contenido final como el debate que precedió a la promulgación de esta Ley Interpretativa confirman su verdadera naturaleza reformativa. Baste ahora con dejar señalado que el 6 de noviembre de 2012, es decir, antes de iniciarse la tramitación de la Ley Interpretativa, se discutió en la Asamblea del Ecuador un **Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento** que abogaba por reformar la Ley de Jubilación Especial sin efectos retroactivos³⁰.

²⁹ Documento C-24: Ley interpretativa de la Ley de Jubilación Especial.

³⁰ Documento C-25: Proyecto de Ley Reformatoria de la Ley de Jubilación Especial

73. Entre las propuestas contenidas en su articulado estaba la de fijar como incremento para financiar las pensiones la suma de “*USD\$ 0,20 centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica el precio ex fábrica de cada tonelada de cemento*” (Art. 4), una propuesta que, como veremos, no se aceptó bajo el argumento –reconocido en los informes de la Asamblea sin el menor sonrojo– de que, no pudiendo tener carácter retroactivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil³¹, la propuesta no resolvería el problema que se produjo con la Ley de Jubilación Especial.
74. Lo cierto es que la República del Ecuador podía haber introducido una reforma en la Ley de Jubilación Especial desde el mismo momento en que Holcim le apercibió expresamente en su momento (1989) de los evidentes defectos que la misma presentaba al regular sus medios de financiación. Ello hubiera permitido a Holcim retener de los clientes finales las cantidades que, siendo suficientes y adecuadas para cubrir las citadas pensiones, se hubieran identificado con claridad en la Ley. Y si la preocupación radicaba en realidad en los supuestos efectos del tipo de cambio, pudo hacerlo en el mismo año 2000 con motivo de la promulgación de la LTEE o, en fin, con oportunidad de la promulgación en 2001 de la Ley de Seguridad Social.
75. Pero no lo hizo. En su lugar optó por disfrazar de ley interpretativa una auténtica reforma hecha muchos años tarde, con carácter retroactivo y en perjuicio de Holcim.
76. La consecuencia, derivado del carácter retroactivo desplegado, es que bajo esos novedosos parámetros legales Holcim pasaba a adeudar un importe adicional de **2.436.402,29 USD** correspondientes el periodo de 2011 a 2017, calculado bajo la misma fórmula empleada por el perito Ing. Juan Herrera Silva para la fijación del importe de 3,6 millones para el período 2000-2010 en el seno de la primera ejecución.

³¹ Artículo 7 del Código Civil: “*La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo*”.

La situación de Holcim en marzo de 2017: confirmación del atropello jurídico padecido por Holcim

77. De este modo, fue en marzo de 2017 cuando Holcim tuvo constancia por primera vez del importe al que, se suponía, ascenderían definitivamente las consecuencias de las infracciones constitucionales y legislativas del Estado del Ecuador en su contra:
- a. De una parte, se concretó la suma por importe de 3,6 millones USD que, en ejecución de la Sentencia de la Corte Constitucional de 2010 y su posterior Auto aclaratorio de 2014, Holcim se vería obligada a pagar con efectos retroactivos respecto del período 2000-2010.
 - b. De otra, la promulgación el mismo mes de marzo de 2017 de la Ley Interpretativa de la Ley de Jubilación Especial, vino a sumar una nueva deuda por importe de 2.4 millones USD, para cubrir las consecuencias derivadas de la retroactividad de la nueva regla durante el período 2011-2017.
78. Los daños padecidos por Holcim (costes de procedimiento y reputación aparte) ascendían a algo más de seis millones USD. En vista de lo cual se abrían dos posibilidades: o bien iniciar acciones legales en contra de la República del Ecuador a fin de obtener una íntegra indemnización o, confiando en que desde entonces su inversión en Ecuador recuperase la protección y seguridad jurídica perdida desde 2010 y en que los daños quedarían circunscritos a ese importe de seis (6) millones USD, acatar su pago y apostar por el provecho a futuro de su inversión en el Ecuador, decisión esta que le permitiría evitar los altos costes aparejados al inicio de una reclamación internacional y, en fin, el evidente daño reputacional que hasta el esclarecimiento de modo definitivo de la cuestión, Holcim habría de soportar.
79. De entre ambas opciones, como ya sabemos, Holcim escogió apostar por el futuro de su inversión en el Ecuador, confiando en que tras el pago de las dos anteriores cifras por importe de 3.653.895 USD y 2.436.402,29 USD, aunque de modo injusto, arbitrario y

discriminatorio, la cuestión quedaba íntegramente zanjada³². Hoy sabemos que, lamentablemente, no fue así.

La “gota que colma el vaso”: la Sentencia de 18 de abril de 2018 de la Corte Constitucional y el inicio de una segunda ejecución frente a Holcim

80. En fecha 13 de junio de 2016 la Asociación de Jubilados interpuso una acción de incumplimiento *ex* artículo 163 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”) por la que se solicitó que se revocara el pronunciamiento de la Sentencia de 11 de marzo de 2016 con el que concluyó la primera ejecución ya referida, mediante el pago por Holcim de la suma de 3.653.895 USD³³.
81. La Corte Constitucional de Ecuador dictó nueva **Sentencia en fecha 18 de abril de 2018** por la que, sin llegar a pronunciarse sobre el objeto de debate (esto es, si la Sentencia de 11 de marzo de 2016 había incumplido la previa Sentencia de la Corte Constitucional de 2010, aclarada mediante el Auto de 2014), anuló una Providencia de 7 de marzo de 2016 que, por extensión, anulaba la Sentencia de 11 de marzo de 2016, **a pesar de que la Asociación de Jubilados ni tan siquiera había llegado a solicitar la nulidad de dicha Providencia**³⁴.
82. El mensaje, con el debido respeto, quedaba claro: el pago por Holcim de más de 6.000.000 USD no era suficiente. Solo se aceptaría un fallo al gusto de la Corte, que a tal efecto anulaba la Sentencia de la que derivaban dichos pagos, abría un espacio para discutir de nuevo el *quantum* de la condena sobre Holcim y ordenaba que el encargado de dicho debate fuera distinto de la Jueza de la Unidad Civil de Guayaquil que tramitó la primera ejecución, y que ahora quedaba apartada del caso.

³² **Documento C-26:** justificante acreditativo de los pagos por importe de 3.653.895 USD y 2.436.402,29 USD, respectivamente.

³³ **Documento C-27:** copia del escrito de acción de incumplimiento presentado por la Asociación de Jubilados el 13 de mayo de 2016.

³⁴ **Documento C-28:** Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de abril de 2018.

83. Holcim presentó una aclaración que fue rechazada³⁵, quedando así agotados todos los recursos internos previstos en el sistema judicial ecuatoriano³⁶.
84. Dio comienzo así un segundo e interminable procedimiento de ejecución que, transcurridos tres años, continúa abierto y, como veremos, sometido de hecho a la posibilidad de repetirse de manera circular y *sine die*, a consecuencia del abuso de la referida acción de incumplimiento por parte de la Asociación de Jubilados y, finalmente, tolerada por el Estado ecuatoriano.
85. En el seno de esta segunda ejecución, Holcim vuelve a ser testigo de un vaivén de cifras carente de la más mínima seriedad. La nueva Juez de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil encargada de esta segunda ejecución –no prevista en la legislación ecuatoriana–, la Dra. Vanessa Mercedes Wolf Avilés (la “**Sra. Wolf**”) ha encargado la elaboración de sucesivos informes periciales, tal y como se resume a continuación:
- a.* En primer término, nombró para la labor al perito D. Jimmy Óscar Ricardo Franco (el “**Sr. Ricardo**”), quien presentó el 15 de mayo de 2020 una primera valoración por importe de 101.980.923,14 USD³⁷ y, tras ser descartada por evidentemente arbitraria y abusiva, un segundo informe en fecha 10 de junio con resultado incluso superior: 109.899.616,13 USD³⁸.

Para tomar conciencia del ejercicio hecho por el perito en cuestión, baste con señalar que en dichos informes se incluía un concepto titulado “*Derechos litigiosos por honorarios profesionales (20%)*” que ascendía a más de veinte (20) millones USD en el primer informe, y a más de treinta y seis (36) millones USD en el segundo informe.

³⁵ **Documento C-29:** Escrito de solicitud de aclaración presentado por Holcim

³⁶ **Documento C-30:** Denegación a la petición de aclaración solicitada por Holcim.

³⁷ **Documento C-31:** Primer informe pericial del Sr. Ricardo, de fecha 15 de mayo de 2020.

³⁸ **Documento C-32:** Segundo informe pericial del Sr. Ricardo, de fecha 10 de junio de 2020.

- b.* Tras rechazar el segundo informe del Sr. Ricardo, la Sra. Wolf designó un nuevo perito, la ingeniera Cecilia Rocío Bohórquez Briones (la “**Sra. Bohórquez**”)³⁹, que incurriendo en los mismos errores gruesos que el Sr. Ricardo, emitió un primer informe en fecha 15 de julio de 2020, por importe de 82.606.197,43 USD y, tras ser descartado por la Sra. Wolf mediante resolución de 29 de julio de 2020⁴⁰, presentó un segundo informe en fecha 27 de agosto de 2020, por importe de ahora de 8.853.183,65 USD, adicionales a la suma ya pagada por Holcim hasta la fecha⁴¹.
86. Este segundo informe de la Sra. Bohórquez, que se continúa distanciando de la suma de 3,6 millones USD afrontada por Holcim, incurre en el error de partir de un precio por kilo de cemento erróneo, al no tener en cuenta la corrección que, a ese preciso respecto, ya hizo el Auto Aclaratorio de 2014.
87. La gravedad de la actuación observada por ambos peritos ha dado lugar a que Holcim inicie frente a ellos tanto acciones disciplinarias –en curso en ambos casos y pendientes de resolución definitivas a fecha actual–, como acciones de naturaleza penal, que continúan pendientes de impulso procesal por parte de la Fiscalía del propio Estado desde hace casi un año, pese a las reclamaciones planteadas por Holcim a tal efecto, escenificando así un nuevo supuesto de violación del estándar de facilitar al inversor “*medios eficaces*” para hacer valer sus reclamaciones y derechos.
88. Pese a ello, la Sra. Wolf ha aceptado como válido este segundo informe pericial de la Sra. Bohórquez⁴², que ha sido impugnado por Holcim Ecuador mediante acción de incumplimiento presentada el 13 de octubre de 2020⁴³.

³⁹ **Documento C-33:** Rechazo del informe del Sr. Ricardo y nombramiento de la Sra. Bohórquez.

⁴⁰ **Documento C-34:** Primer informe de la Sra. Bohórquez, de fecha 29 de julio de 2020.

⁴¹ **Documento C-35:** Segundo informe de la Sra. Bohórquez, de fecha 27 de agosto de 2020.

⁴² **Documento C-36:** Aceptación como válido del segundo informe de la Sra. Bohórquez.

⁴³ **Documento C-37:** Acción de incumplimiento interpuesta por Holcim.

89. Como se puede observar, se ha acabado haciendo patente que para Holcim no resulta posible hallar justicia en el seno del procedimiento judicial seguido ante los órganos judiciales del Ecuador. De hecho, el **Comité Empresarial Ecuatoriano**, alarmado por los abusos cometidos contra Holcim, emitió ya en el mes de julio de 2020 una nota poniendo de manifiesto los abusos perpetrados por el sistema judicial ecuatoriano contra Holcim y el efecto particularmente negativo que dicha circunstancia tiene en la percepción internacional del Estado como posible destino de inversiones extranjeras⁴⁴.
90. En dicha comunicación, las Cámaras de Comercio e Industria del País agrupadas en torno a dicho comité empresarial, se refieren con claridad al *“atropello al que está siendo expuesta una de las empresas más importantes de país”* o al hecho de que *“Holcim Ecuador ya canceló en el 2017 más de 3,5 millones de dólares, con lo que debió concluir el proceso”*.
91. Precisamente en ese contexto, en el anterior mes de julio de 2020, Holcim adoptó la determinación de invocar la protección del APPRI, comunicándolo formalmente a la República del Ecuador que, sin embargo, hasta el día de hoy no ha tenido a bien tratar de alcanzar una solución negociada a la controversia; de hecho, ni siquiera ha contestado a la notificación de la controversia realizada por Holcim el pasado año y, como resultado, sin darle otra opción a Holcim que dar inicio al presente arbitraje.

V. VIOLACIONES DEL APPRI ESPAÑA-ECUADOR

5.1. Identificación preliminar de las infracciones del APPRI España-Ecuador cometidas por el Estado ecuatoriano

92. El artículo III (1) impide al Estado adoptar **medidas “injustificadas o discriminatorias” que obstaculicen “la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión” de la inversión de Holcim:**

⁴⁴ Documento C-38: Nota emitida el 23 de julio de 2020 por el Comité Empresarial Ecuatoriano.

“1. Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones”.

93. Del mismo modo, el artículo IV (1) exige al Ecuador garantizar a los inversores de nacionalidad española –como lo es Holcim– un **trato justo y equitativo**:

“Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante.”

94. Por su parte, el artículo V del APPRI España-Ecuador proscribire la adopción de cualquier **medida de efectos similares a la expropiación que pueda ser adoptada por las autoridades del Ecuador contra un inversionista de forma injustificada y discriminatoria**, quedando con ello vedados, entre otros posibles, los supuestos de *creeping expropriation* y *judicial expropriation*.

95. El artículo IV (5) obliga al Ecuador a dispensar a las inversiones extranjeras, como la de Holcim, un **trato equivalente, y en todo caso no menos favorable, que aquél que dispense conforme a su normativa nacional a sus propios inversionistas nacionales**:

“Cada Parte Contratante aplicará, con arreglo a su Legislación Nacional, a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversionistas”.

96. Y, finalmente, la cláusula de “Nación Más Favorecida” contenida en el artículo IV (2) del APPRI España-Ecuador, permite a Holcim invocar disposiciones contenidas en otros APPRIs suscritos por el Ecuador, como es el caso, entre otros, de:

- a.** El APPRI suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América (“APPRI Ecuador-EEUU”)⁴⁵, cuyo artículo II (7), al regular la obligación del Estado receptor de facilitar al inversor “*medios eficaces*” para hacer valer sus

⁴⁵ **Documento C-39:** copia del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones firmado en Washington D.C. el 27 de agosto de. Aunque el tratado ha sido unilateralmente denunciado por el Ecuador el 18 de mayo de 2018, su artículo XII apartado 3 extiende su vigencia y aplicabilidad por un periodo de 10 años adicionales a todas aquellas inversiones realizadas antes de la fecha de terminación.

- (ii) la Ley Interpretativa de 6 de marzo de 2017.
 - (iii) la Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de abril de 2018 y las actuaciones de toda índole, pericias y resoluciones que traen causa de la citada Sentencia.
- 2. Se condene a la República del Ecuador a que adopte y lleve a efecto las medidas legislativas, constitucionales y judiciales necesarias para garantizar en lo sucesivo el cese en el incumplimiento, en perjuicio de Holcim, de las obligaciones asumidas por la República del Ecuador en el APPRI España-Ecuador.
- 3. Para el caso en que la República del Ecuador se oponga a cualquiera de las peticiones anteriores y/o no dé certeza jurídica de que Holcim no tendrá que desembolsar ninguna cantidad adicional a las ya abonadas hasta este momento en ejecución de las actuaciones legislativas, constitucionales y judiciales a que se refiere el anterior apartado (A) de este *petitum*, se condene a la República del Ecuador a dejar indemne a Holcim de todos los daños y perjuicios que le han sido causados o se le puedan causar como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por la República del Ecuador en el APPRI España-Ecuador; y, en consecuencia, se condene a la República del Ecuador a reintegrar a Holcim:
 - (i) la cantidad de 3.653.895 USD que fue abonada por Holcim al IESS en fecha 3 de febrero de 2017.
 - (ii) la cantidad de 2.436.402,29 USD que fue abonada por Holcim al IESS en fecha 28 de agosto de 2017.
 - (iii) cualquier otra cantidad que Holcim Ecuador se vea obligada a desembolsar, o de la que se vea privada, como consecuencia de las actuaciones que se siguen y de las resoluciones que en lo sucesivo puedan recaer en el procedimiento iniciado por la Asociación de Jubilados.

- (iv) todos los costes legales en los que Holcim ha incurrido durante la tramitación del procedimiento que le enfrenta a la Asociación de Jubilados y que se cuantificarán en un estadio posterior del procedimiento.
- (v) el importe correspondiente a los daños morales y reputacionales sufridos por Holcim como consecuencia de las violaciones del APPRI España-Ecuador y que se cuantificarán en un estadio posterior del procedimiento.
- (vi) todos los costes legales en los que Holcim incurra en este procedimiento, en cualquiera de sus fases.
- (vii) los intereses de los conceptos y cantidades señalados en los párrafos anteriores, que se devenguen tanto con carácter previo como posterior al laudo.



Alberto Pimenta Hernández



Alejandro Huertas León

