

Recibido: 21 septiembre 2018
Aceptado: 12 diciembre 2018

Arbitraje, vol. XI, n°1, 2018, pp. 771–776

La Ley para el Fomento Productivo fortalece el arbitraje internacional en el Ecuador

Francisco PAREDES *

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación de Ley para el Fomento Productivo. III La flexibilización de reglas en materia de arbitraje internacional. 1. Los laudos emitidos en arbitraje internacional se ejecutarán, en Ecuador, al igual que un laudo nacional. 2. El arbitraje es obligatorio para los contratos de inversión. IV. Reflexiones finales.

Resumen: La Ley para el Fomento Productivo fortalece el arbitraje internacional en el Ecuador

Durante más de una década, Ecuador manifestó cierta resistencia al arbitraje internacional, debido al creciente número de casos de arbitraje de inversión planteados en contra del país que pusieron en discusión su responsabilidad internacional. Sin embargo, el nuevo gobierno navega hacia aguas internacionales en búsqueda de inversionistas extranjeros y nacionales que dinamicen la economía del país. Como parte de este esfuerzo, Ecuador ha renovado sus relaciones internacionales con sus principales socios comerciales; ha buscado integrarse en procesos internacionales como la Alianza del Pacífico; y ha reformado varias leyes para facilitar el ingreso de nuevos capitales. La acción más reciente es la promulgación de la Ley para el Fomento Productivo, que establece, entre otras, reglas enfocadas en la atracción de inversiones a través de interesantes beneficios tributarios. Gracias a la Ley para el Fomento Productivo, el arbitraje internacional reaparece en dos frentes. Primero, el arbitraje internacional se constituye como el mecanismo obligatorio para resolver disputas que surjan de contratos de inversión. Segundo, los laudos emitidos en un proceso de arbitraje internacional se ejecutarán en el Ecuador del mismo modo en que se ejecutan los laudos nacionales. Estas reformas favorecen a la estabilidad jurídica del país y fortalecen la relevancia del arbitraje internacional.

Palabras claves: ECUADOR – LEY PARA EL FOMENTO PRODUCTIVO – INVERSIÓN – ARBITRAJE INTERNACIONAL – EJECUCIÓN DE LAUDOS INTERNACIONALES – CONTRATO DE INVERSIÓN.

Abstract: *The Law for Productive Development strengthens international arbitration in Ecuador*

For more than a decade Ecuador was reluctant to use international arbitration due to the increasing number of investment arbitration cases filed against the country. However, Ecuador's new

* Socio del despacho Laudenlaw Asociados (Quito, Washington D.C.). Es el director del departamento de litigio y arbitraje internacional. Cuenta con dos maestrías en derecho internacional y derecho internacional económico por la Universidad Sorbona de París (Paris 1 Panthéon–Sorbonne). Es candidato a PhD por la misma universidad (fparedes@laudenlaw.com). Las opiniones son a título académico y no reflejan el criterio de Laudenlaw o sus clientes. www.laudenlaw.com.

government is sailing into international waters in search of foreign and domestic investors to boost the economy of the country. As a part of this effort, Ecuador has renewed its international relationships with its main partners; is interested in taking part into international agreements, such as the Pacific Alliance; and has reformed several laws to facilitate the entry of new capital. The most recent action is the enactment of the Law for Productive Development, which establishes, among others, rules focused on attracting investments based on significant tax cuts. Thanks to the Law for Productive Development, international arbitration reappears on two fronts. First, international arbitration is now the mandatory mechanism to settle disputes arising from investment contracts. Second, the awards rendered in international arbitration cases will be enforced in Ecuador in the same venue as domestic awards. These reforms favor the legal stability of the country and strengthen the significance of international arbitration.

Keywords: ECUADOR – LAW FOR THE ENCOURAGEMENT OF PRODUCTION – INVESTMENT – INTERNATIONAL ARBITRATION – ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL AWARDS – INVESTMENT CONTRACT

I. Introducción

Entre los años 2006 y 2017, la República del Ecuador enfrentó 23 arbitrajes de inversión y 10 arbitrajes comerciales. Las cuantías de estos arbitrajes llegaron a aproximadamente 15.000 millones de dólares. No es de sorprender, que ante esta inesperada ola de demandas las autoridades de la época advirtieran en el arbitraje internacional una institución entrometida en las decisiones “soberanas” con cierto sesgo en favor del inversionista. Lo cierto es que, en la realidad, un examen minucioso de los procesos arbitrales muestra que los resultados han sido favorables para el Estado en varios arbitrajes, y que las reparaciones ordenadas no han alcanzado siquiera los 3.000 millones de dólares.

El daño colateral de la ola de demandas arbitrales lo sufrió el arbitraje internacional. En efecto, durante la pasada década, la institución arbitral fue relegada o, al menos, seriamente disminuida. Por ejemplo, el Estado limitó el número de cláusulas compromisorias en sus contratos y los órganos legislativos incluyeron restricciones al arbitraje internacional, incluso en el marco de la propia Constitución¹.

Afortunadamente, en mayo de 2017, Ecuador cambió de gobierno y también su visión sobre la relevancia del arbitraje internacional. Como prueba de ello, Ecuador ha negociado y suscrito varios acuerdos comerciales con gobiernos de países desarrollados y participa como Estado Asociado de la

¹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 del 20 octubre 2008, art. 422 (“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”).

Alianza del Pacífico. Pero quizás el paso más importante que ha dado el país en materia de arbitraje internacional sea la Ley para el Fomento Productivo, promulgada el pasado 21 agosto 2018.

II. **Ámbito de aplicación de la Ley para el Fomento Productivo**

La “Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal” (“Ley para el Fomento Productivo”)², es un esperado instrumento legal, que tiene como objetivo flexibilizar reglas tributarias y establecer un entorno más saludable para las inversiones y a circulación de capital.

De manera puntual, la Ley para el Fomento Productivo establece cuatro capítulos. El primer capítulo fija una serie de reglas que facilitan la remisión y la deducción de intereses que resulten de las cargas tributarias, fiscales y aduaneras. El concepto es simple. La Ley permite la remisión del 100% de intereses, multas y recargos adeudados al Servicio de Rentas Internas (y otros organismos públicos), a cambio de que el contribuyente se comprometa a pagar la totalidad del capital adeudado³. Con esta acción, el Estado aspira recaudar, en los próximos tres años, cerca de US\$ 800 millones.

El segundo capítulo establece incentivos específicos para la atracción de las inversiones. Las nuevas inversiones productivas en los sectores priorizados (“producción de bienes y servicios”) serán exoneradas del impuesto a la renta hasta por 15 años, si la inversión se realiza en los sectores agrícola, forestar, petroquímico farmacéutico, turístico, energías renovables, comercio exterior, biotecnología, exportación de servicios, eficiencia energética, sector industrial y fomento de exportaciones⁴. La Ley también establece beneficios tributarios correspondientes al impuesto a la salida de divisas por concepto de distribución de dividendos pagados por estos inversionistas.

El tercer capítulo regula las condiciones para que los mismos incentivos establecidos en el capítulo anterior sean también aplicables a las inversiones en proyectos de vivienda de interés social.

Finalmente, el cuarto capítulo, que es el que nos interesa, incluye varias reformas en materia tributaria para permitir la flexibilización tributaria y establece reglas que atañen el arbitraje internacional, tal como se explica a continuación.

III. **La flexibilización de reglas en materia de arbitraje internacional**

² Ley para el Fomento Productivo, Registro Oficial No. 309(S) del 21 agosto 2018.

³ La Ley también establece beneficios tributarios para las deudas que se mantengan con instituciones encargadas de la matriculación vehicular y los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

⁴ Ley para el Fomento Productivo, Registro Oficial No. 309(S) del 21 agosto 2018, arts. 26–30.

Como parte del marco normativo favorable a la atracción de inversiones, la Ley para el Fomento Productivo fortalece la institución del arbitraje internacional en dos frentes. Primero, establece que el arbitraje será obligatorio en materia de contratos de inversión (1). Segundo, reforma la Ley de Mediación y Arbitraje ("LAM") para que los laudos emitidos en un arbitraje internacional se ejecuten en el Ecuador de la misma manera en que se ejecutan los laudos nacionales (2).

1. El arbitraje internacional como mecanismo obligatorio para los contratos de inversión

Con miras a favorecer la protección de inversiones nuevas, la Ley para el Fomento Productivo establece tres reglas fundamentales en materia de contratos de inversión:

Primero, la ley dispone que las disputas en materia de contratos de inversión serán resueltas, obligatoriamente, mediante arbitraje:

"... [e]l Estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley"⁵.

Una interpretación literal de este artículo sugeriría que la institución del arbitraje es, en lo sucesivo, obligatoria para todos los contratos de inversión, pues establece que el Estado "deberá pactar arbitraje" en lugar de decir que el Estado "podrá pactar arbitraje". Con ello, los contratos de inversión suscritos a partir de la promulgación de la nueva ley no podrán ser discutidos ante la justicia ordinaria.

Segundo, la norma establece que, en caso de que la inversión supere diez millones de dólares, el arbitraje deberá ser en derecho:

"[p]ara contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América, el Estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho"⁶.

Siguiendo la lógica de este artículo, la norma permitiría el arbitraje en equidad para aquellos contratos de inversión que no superen los diez millones de dólares, y reservaría el arbitraje en derecho para los contratos que superen dicho monto.

Tercero, para todos los casos en que el arbitraje deba ser resuelto conforme a derecho, la norma aclara que la parte reclamante tendrá la facultad de elegir las reglas de arbitraje aplicables a la disputa. Para ello, la parte reclamante podrá elegir entre los reglamentos de la UNCITRAL, de la CCI o de la CIAC, vigentes al mes agosto 2018, fecha en que se promulgó la Ley para el Fomento Productivo.

⁵ *Ibid.*, art. 37.

⁶ *Ibid.*

“En el caso en el que el Estado pacte arbitraje internacional en derecho, el contrato de inversión hará referencia a que toda controversia resultante de la inversión o del contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, será resuelta, a elección del reclamante, mediante arbitraje de conformidad con, entre otras, las siguientes reglas en vigor al momento de la promulgación de esta Ley: (i) Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL – Naciones Unidas administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Las reglas de arbitraje de emergencia no se aplicarán en ningún caso”⁷.

2. Los laudos emitidos en arbitraje internacional se ejecutarán, en Ecuador, al igual que un laudo nacional

En un giro interesante, la Ley para el Fomento Productivo reinstaura en la legislación ecuatoriana el último párrafo del art. 42 de la LAM. Este artículo había sido eliminado en mayo de 2015 con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”).

En lo relevante, la reforma a la LAM reintroduce siguiente texto:

“... [I]os laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional” (Disposición Derogatoria Segunda).

Con esta reforma, los laudos arbitrales que son objeto de un arbitraje internacional podrán ser ejecutados directamente en el Ecuador, al igual que sucede con los laudos nacionales. Esta reforma hace que no sea más necesario el procedimiento de homologación o exequatur de laudos dictados como parte de un arbitraje internacional. De hecho, la Ley para el Fomento Productivo elimina el texto “laudo arbitral” de los artículos del COGEP que se refieren al proceso de homologación de sentencias y decisiones emitidas en el extranjero (arts. 102–106).

Existe una pequeña sutileza que el legislador no consideró. Los laudos emitidos en un arbitraje internacional no son necesariamente un sinónimo de laudo emitido en el extranjero. Por ejemplo, un laudo arbitral emitido a instancias del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá puede haber sido dictado dentro de un procedimiento de arbitraje nacional o internacional. Pese a ello, la intención del legislador ecuatoriano parecería ser que todo laudo (internacional o extranjero) debería ejecutarse al igual que un laudo nacional y, con ello, evitar el procedimiento de homologación. Resta por conocer la posición de la justicia nacional sobre este punto.

IV. Reflexiones finales

Las reformas introducidas por la Ley para el Fomento Productivo tienen un marcado interés en flexibilizar el marco jurídico aplicable a los inversio-

⁷ *Ibid.*

nistas. Es notable el impulso a la inversión por medio de los beneficios tributarios establecidos y la reinstauración de la figura del arbitraje internacional como mecanismo idóneo para resolver las disputas entre inversionistas y el Estado.

Si bien las reformas en materia de arbitraje internacional en el Ecuador todavía requieren ajustes para adaptar al país al rápido avance global en este campo, es notable el esfuerzo de las autoridades para atraer inversiones, en particular porque comprenden bien que el arbitraje es el instrumento esencial para brindar garantías de seguridad jurídica.

Todavía queda trabajo por hacer en materia de protección de inversionistas, pero estas reformas se encaminan en buena línea con la consolidación del arbitraje internacional como herramienta esencial del derecho de la inversión.