

EnCana Corporation v Ecuador, Partial Award on Jurisdiction, LCIA Case No UN3481; IIC 90 (2004)

27 February 2004

Parties:	EnCana Corporation (Canada) Ecuador
Date of Decision:	27 February 2004
Arbitrators/Judges:	Professor James R. Crawford (President); Dr Horacio A Grigera Naón (Claimant appointment); Patrick Barrera Sweeney (Respondent appointment)
OUP Reference:	IIC 90 (2004)
Counsel for Investor:	Michael Barrack; McCarthy Tétrault LLP, Toronto; Riyaz Dattu; McCarthy Tétrault LLP, Toronto
Counsel for Host State:	Mr Eric Ordway; Weil, Gotshal & Manges, LLP, Paris; Mr Charles E Roh, Jr; Weil, Gotshal & Manges, LLP; Mr Augustin Hurtado Larrea; Bustamante & Bustamante

Decision – full text

A. Introducción

1. Mediante Notificación de Arbitraje de fecha 14 de marzo, 2003, EnCana Corporation (Encana) inició procedimiento contra el Gobierno de la República de Ecuador de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo XIII(2) del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Canadá-Ecuador, concluido el 29 de abril, 1996 (el BIT).¹ En su Notificación, Encana alegó que la acción tomada por Ecuador al negar ciertas reducciones en el impuesto sobre el valor añadido (IVA) a algunas de sus subsidiarias violaba las disposiciones del BIT.² Pretendía declaraciones a tal efecto así como compensaciones consecuenciales, incluido el reembolso de los créditos fiscales ya denegados o que pudieran ser denegados en el futuro como resultado de la política de Ecuador.

2. El Artículo XIII del BIT contempla que las disputas concernientes a inversiones cubiertas, a elección del inversor, se sometan a arbitraje bajo la Convención CIADI (si tanto el Estado demandado como el Estado de la nacionalidad del inversor forman parte de la Convención), bajo las Reglas CIADI sobre Facilidades Complementarias (si solo uno de ellos forma parte), o bajo las Reglas de Arbitraje UNCITRAL. Ecuador sí lo es pero Canadá no forma parte de la Convención CIADI. EnCana escogió el arbitraje UNCITRAL.

3. En una teleconferencia inicial celebrada el 4 de septiembre, 2003 entre los Miembros del Tribunal y las partes, se llegó a un acuerdo sobre el número de cuestiones relacionadas con la conducta en el arbitraje. Éstas quedaron contenida en la Orden de Procedimiento N° 1 del 9 de septiembre, 2003. En particular se acordó (a) que el lugar del arbitraje sería Londres, sin discriminar el poder del Tribunal de celebrar vistas y deliberar en cualquier otro lugar apropiado, de acuerdo con el Artículo 16 de las Reglas; (b) que el Registrador sería el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres, (c) que los idiomas del arbitraje serían el inglés y el español, y (d) que el Demandado presentaría una síntesis de la Declaración de Defensa, y una declaración detallada de sus Objeciones Preliminares, antes del 27 de octubre, 2003. Lo cual se hizo debidamente. Posteriormente, de acuerdo con una nueva orden de procedimiento, el Demandante presentó el 8 de diciembre, 2003 sus Observaciones Escritas sobre las Objeciones Jurisdiccionales del Demandado.

4. Tras la presentación por escrito de las alegaciones sobre las objeciones jurisdiccionales, el Tribunal celebró una vista en las dependencias del LCIA en Londres el 5 de enero, 2004. Las Partes fueron representadas como sigue:

Por el Demandante:

Sr Michael Barrack

Sr Riyaz Dattu

McCarthy Tétrault LLP

Apartado 48, Suite 4700, Toronto Dominion Bank Tower,
Toronto, Ontario, Canadá M5K 1E6
Sr Barry Gilchrist, EnCana, Vicepresidente, Servicios Comerciales
Sr John Keplinger, EnCanEcuador, Director General
Sr John V Harries, QC, Principal Asesor Legal,
Operaciones Extranjeras e Internacionales, Encana Corporation

Por el Demandado:

Sr. Eric Ordway
Sr. Charles E Roh, Jr
Weil, Gotshal & Manges, LLP
2 Rue De La Baume,
Paris 75008, Francia
Sr. Agustin Hurtado Larrea, Bustamante & Bustamante,
Sra. Elsa De Mena, Director General, Servicio de Rentas Internas

5. Inmediatamente después de la vista jurisdiccional, se tomaron ciertas medidas por parte del Demandado para exigir la devolución de aproximadamente \$7,5 millones con respecto a reembolsos del IVA supuestamente hechos de forma errónea. EnCana inmediatamente solicitó medidas provisionales. Ambas partes efectuaron sumisiones escritas y se celebró una teleconferencia el 13 de enero, 2004 para tratar la solicitud de medidas provisionales. Tras recibir ciertas aclaraciones respecto a la capacidad de la subsidiaria de EnCana pertinente y de su representante legal para oponerse a las medidas tomadas, el Tribunal dictaminó que no había necesidad para indicar medidas provisionales con el fin de proteger de daños irreparables los derechos en juego en este arbitraje. En esta circunstancias, apuntó el Tribunal, no necesitaba determinar si existía una base aparente de jurisdicción con respecto a la reclamación de EnCana.³

6. A la vista de los argumentos de las partes, es necesario considerar primero las cuestiones relativas al consentimiento de arbitraje y renuncia de los procedimientos domésticos (Sección B). El Tribunal abordará entonces el tema de la jurisdicción material, en particular en lo concerniente a la excepción en cuanto a medidas sobre la renta en el Artículo XII del BIT (Sección C). Finalmente, tratará ciertas cuestiones de procedimiento pendientes (Sección D).

B. Cuestiones de Consentimiento y Renuncia

7. El Artículo XIII del BIT dispone, en parte, lo siguiente:

Artículo XIII Arreglo de Diferencia entre un Inversory la Parte Contratante Anfitrión

1. Cualquier diferencia entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante, con relación a una reclamación por parte del inversor de que una medida tomada o no tomada por la Parte Contratante mencionada en primer lugar esté infringiendo este Acuerdo, y que el inversor ha incurrido en pérdidas o daños por razón de, u originados por, dicha infracción, será, en la medida posible, resuelta amistosamente entre ellos.

2. Si la diferencia no se ha resuelto amistosamente dentro de un periodo de seis meses desde la fecha en la cual fue iniciada, el inversor puede presentarla para arbitraje de acuerdo con el párrafo (4). A efectos de este párrafo, una diferencia se considera iniciada cuando el inversor de una Parte Contratante ha entregado una notificación escrita a la otra Parte Contratante alegando que una medida tomada o no tomada por la Parte Contratante mencionada en último lugar infringe este Acuerdo, y que el inversor ha incurrido en pérdidas o daños por razón de, u originados por, dicha infracción.

3. El inversor puede someter su diferencia, como se hace referencia en el párrafo (1) a arbitraje de acuerdo con el párrafo (4) solamente si:

(a) El inversor ha consentido a ello por escrito;

(b) El inversor ha renunciado a su derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento en relación con la medida que supuestamente esté infringiendo este Acuerdo ante los juzgados o tribunales de la Parte Contratante afectada o en cualquier tipo de procedimiento de acuerdo contencioso;

(c) Si la cuestión tiene que ver con los impuestos, las condiciones especificadas en el párrafo 5 del Artículo XII han sido cumplidas; y

(d) No han transcurrido más de tres años desde la fecha en la cual el inversor tuvo por primera vez conocimiento, o debería haber tenido conocimiento, de la supuesta infracción y conocimiento de que el inversor ha incurrido en pérdidas o daños.

4. A elección del inversor afectado, la diferencia podrá ser sometida a arbitraje ante:

(a) El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), establecido conforme a la Convención sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que quedó abierta para la firma en Washington el 18 de marzo, 1965 (Convención CIADI), a condición de que tanto la Parte Contratante en la diferencia como la Parte Contratante del inversor formen parte de la Convención CIADI; o

(b) las Reglas CIADI sobre Facilidades Complementarias, a condición de que o bien la Parte Contratante en la diferencia o la Parte Contratante del inversor, pero no ambas, forme parte de la Convención CIADI; o

(c) Un árbitro internacional o un tribunal de arbitraje ad hoc establecido según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Ley de Comercio Internacional (UNCITRAL).

5. Por la presente, cada una de las Partes Contratantes da su consentimiento incondicional al sometimiento de la diferencia al arbitraje internacional, de acuerdo con lo estipulado en este Artículo.

...

12.

(a) La reclamación de que una de las Partes Contratantes está infringiendo este Acuerdo, y que una empresa que sea una persona jurídica incorporada o debidamente constituida conforme a las leyes aplicables de esa Parte Contratante ha incurrido en pérdidas o daños por razón de, u originados por, dicha infracción, puede ser presentada por un inversor de la otra Parte Contratante que actúe por cuenta de una empresa que el inversor posea o controle directa o indirectamente. En tal caso:

(i) Cualquier laudo se hará a la empresa afectada;

(ii) Se exigirá el consentimiento al arbitraje, tanto del inversor como de la empresa;

(iii) Tanto el inversor como de la empresa deberán renunciar a cualquier derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento en relación con la medida que supuestamente esté infringiendo este Acuerdo ante los juzgados o tribunales de la Parte Contratante afectada o en un procedimiento de arreglo de diferencias de cualquier tipo, y

(iv) El inversor no podrá hacer una reclamación si han transcurrido más de tres años desde la fecha en la cual el inversor tuvo por primera vez conocimiento, o debería haber tenido, conocimiento de la supuesta infracción y conocimiento de que el inversor había incurrido en pérdidas o daños

(b) Sin perjuicio del subpárrafo 12(a), donde una Parte Contratante ha privado a un inversor en la diferencia del control de una empresa, no se exigirá lo siguiente

(i) Consentimiento al arbitraje por parte de la empresa bajo el 12(a)(ii); y

(ii) Una renuncia de la empresa bajo el 12(a)(iii)."

8. El Artículo I establece ciertas definiciones:

“(b) ‘Empresa’ significa

(i) Cualquier entidad constituida u organizada bajo las leyes aplicables, tanto con fines lucrativos como si no, tanto si es propiedad privada o propiedad estatal, incluida cualquier corporación, consorcio, sociedad, empresa individual, empresa en participación u otra asociación; y

(ii) Una sucursal de dicha entidad;

...

(g) ‘Inversión’ significa cualquier tipo de activo, propiedad de o controlado por, bien directa o indirectamente o a través de un inversor de un tercer Estado, por un inversor de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con las leyes de esta última y, en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

(i) Propiedad desplazable o no desplazable y cualquier derecho de propiedad relacionado, tal como hipotecas, embargos fiscal es o bienes en prenda;

(ii) Acciones, títulos, bonos y obligaciones o cualquier otra forma de participación en una compañía, negocio, empresa o empresa en participación;

(iii) Dinero, reclamaciones de dinero y reclamaciones sobre ejecución bajo contrato, que tenga un valor financiero;

(iv) Fondo de comercio positivo;

(v) Derechos sobre propiedad intelectual;

(vi) Derechos, conferidos por la ley o por contrato, para emprender cualquier actividad económica y comercial, incluido cualquier derecho para buscar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales, pero que no signifique bienes inmobiliarios u otra propiedad, tangible o intangible, no adquirida con la expectativa ni utilizada con el propósito de beneficio económico u otro propósito comercial.

Cualquier cambio en la forma de una inversión no afecta su condición de inversión.

(h) ‘Inversor’ significa

En el caso de Canadá:

(i) Cualquier persona natural que posea la ciudadanía de o la residencia permanente en Canadá conforme a sus leyes; o

(ii) Cualquier empresa incorporada o debidamente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de Canadá, que efectúe la inversión en el territorio de la Republica de Ecuador; y

En el caso de la Republica de Ecuador:

(i) Cualquier persona natural que sea nacional de Ecuador conforme a su legislación; o

(ii) Cualquier empresa organizada de acuerdo con las leyes y reglamentos de Ecuador, domiciliada en el territorio de Ecuador que efectúe la inversión en el territorio de Canadá y que no posea la ciudadanía de Canada;”.

9. En su Notificación de Arbitraje, el Demandante sostenía que “esta Notificación de Arbitraje y Declaración de Reclamación constituyen el consentimiento de EnCana a y su solicitud de dicho arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje UNCITRAL” (párrafo 4); además, que “EnCana ha renunciado a su derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento” bajo el Artículo XIII(3)(b) del Tratado” (párrafo 5). No se presentó ningún instrumento de renuncia por separado.

10. El Demandado argumentó que el consentimiento y renuncia requerido por el Artículo XIII(3) del BIT son efectivamente condiciones precedente al sometimiento al arbitraje, y que estos no podían darse de forma válida en la misma Notificación de Arbitraje si no que debía ser en forma de un documento por separado debidamente ejecutado.

11. Es necesario tratar este argumento por separado ya que concierne al consentimiento y a la renuncia.

(i) El Consentimiento del Demandante al Arbitraje bajo el Artículo XIII(3)(a)

12. El Artículo XIII(3)(a) dispone que una diferencia puede someterse a arbitraje “solamente si el inversor ha dado su consentimiento por escrito a dicho trámite”. La cuestión es si el consentimiento puede darse en la misma Notificación de Arbitraje o si se trata de una clara condición precedente a la presentación de dicha Notificación. El Artículo XIII no proporciona una respuesta directa a esa cuestión. El uso del tiempo pasado “ha dado su consentimiento” podría sugerir que el consentimiento debe darse antes de la presentación. Por otra parte, el inversor debe autorizar la presentación de la Notificación, y por lo tanto, cualquier implicación temporal del termino “ha dado su consentimiento” quedaría cumplido en cualquier caso.

13. Según el criterio del Tribunal, la consideración decisiva es que el consentimiento al Arbitraje bajo el Artículo XIII del BIT se da vis-á-vis ante el mismo Tribunal, mediante un instrumento que (asumiendo que haya sido adecuadamente autorizado, puede solicitarse prueba del mismo en caso de duda) es por definición oponible al Demandante a efectos del procedimiento. El Tribunal ha autoridad para determinar su jurisdicción bajo las Reglas UNCITRAL,⁴ algo que de todas formas tendría bajo la ley general internacional,⁵ A menos que se estipule específicamente lo contrario en el BIT, se buscaría normalmente una declaración de consentimiento al arbitraje en la misma Notificación de Arbitraje, el documento por el cual comienza el arbitraje.

14. Puede observarse que el Capítulo 11 del NAFTA tiene una disposición específica que trata del procedimiento según el cual se debe dar el consentimiento para el arbitraje. De acuerdo con el Artículo 1121(3) el consentimiento “será por escrito, será entregado por la Parte en diferencia y será incluido en la presentación de la reclamación de arbitraje”. Pero aún así, incluso en el Artículo 1121, que especifica que el consentimiento es una de las “condiciones precedentes” a la presentación de una reclamación de arbitraje y que requiere la entrega por separado del consentimiento a la parte en diferencia, se ha sostenido que la expresión del consentimiento al arbitraje contenido en la Notificación de Arbitraje es suficiente. Tal como el Tribunal dijo en el caso *Ethyl*:

“Está claro que Ethyl ha consentido a este arbitraje con acto en sí de iniciarlo. Normalmente, este acto se toma como consentimiento al arbitraje así iniciado.”⁶

15. Resulta significativo que no existe equivalencia al Artículo 1121(3) en el BIT, que en otros aspectos saca conclusiones bastante extensas sobre el lenguaje utilizado en el Capítulo 11. A falta de una disposición en sentido contrario en el instrumento de gobierno, el consentimiento al arbitraje dado en la Notificación de Arbitraje es vinculante para el Demandante. El Tribunal llega a la conclusión de que el Artículo XIII(3)(a) queda satisfecho en este caso.

(ii) Renuncia del Demandante a Nuevos Procedimientos bajo e) Artículo XIII(3)(b)

16. En aquel entonces, cuando el Demandante comenzó este arbitraje, el Demandante decidió renunciar a otros procedimientos ante los tribunales ecuatorianos, tanto con respecto a sí mismo como a sus dos subsidiarias, AEC y Oriente. Una vez más, esta renuncia solo fue expresada en la Notificación de Arbitraje, no mediante un instrumento ejecutado por separado, aunque posteriormente el Demandante tomó medidas para retirar los procedimientos pendientes de las subsidiarias actuando en base a su decisión de renuncia. De nuevo, el Demandado objeta que la renuncia por parte del Demandante no estaba conforme con el Artículo XIII(3)(b) del BIT.

17. No existe una diferencia relevante entre la redacción de los subpárrafos (a) y (b) del Artículo XIII(3): en ambos se utiliza el tiempo pasado (“ha dado su consentimiento por escrito a dicho trámite”; “ha renunciado a su derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento”). Pero existe una importante diferencia entre los dos requisitos en términos de su contexto. En el caso del arbitraje bajo el BIT la Notificación de Arbitraje es integral a los procedimientos del Tribunal. En el caso de la renuncia de remedios alternativos, la renuncia tiene que ser efectiva vis-á-vis los otros juzgados o tribunales afectados, y el caso para un documento aparte, formalmente ejecutado es aún mas sólido. Más aún, la renuncia seguirá teniendo efecto incluso después de que concluya el arbitraje internacional. No es temporal.

18. Por consiguiente, es rebatible que la renuncia exigida por el Artículo XIII(3)(b) deba tener 1 forma de un instrumento legal separado. Es cierto que (tal como apuntó un Tribunal en *Waste Management (Nº 1)*⁷) el uso que hagan las partes de la renuncia y el efecto que se le dé no es asunto del Tribunal. Pero como condición para el comienzo del presente arbitraje, la renuncia debe tener una forma a la que se le pueda dar efecto ante otros tribunales. Así el Demandado tiene un buen fundamento para pretender un instrumento formal separado al que haya dado debidamente fe el Demandante y no meramente una declaración en alegatos firmados por lo servicios de asesoramiento contratados para el arbitraje.

19. Pero el Demandado no argumenta que la ausencia de un instrumento separado afecte la jurisdicción de este Tribunal y por lo tanto es innecesario hacer la pregunta que surgió en *Waste Management (NºI)*—un caso que de todos modos era muy diferente en cuanto a los hechos—si una renuncia defectuosa invalida la Solicitud de Arbitraje.⁸ El Demandado meramente pregunta que si la cuestión va a pasar a los méritos, se exija un documento formal por separado. En opinión del Tribunal esta es una estipulación razonable.

20. En el curso de una argumentación oral el Demandante aclaró que el presente arbitraje no la presenta por cuenta de sus dos subsidiarias bajo el Article XIII(12)(a). La razón es bastante obvia: las subsidiarias son corporaciones de las Bermudas, no de Ecuador. El Artículo XIII(12) solo se aplica a pérdidas de “una empresa que es una persona jurídica incorporada o debidamente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de” el Estado del Demandado. El Demandante presenta este procedimiento en su propio derecho como inversor, sobre la base de que posee activos en Ecuador “indirectamente a través de un inversor de un tercer Estado”, por ejemplo: a través de sus subsidiarias en las Bermudas (véase la definición de “inversión” en el Artículo I(g)). Podría considerarse anómalo que subsidiarias incorporadas en el Estado anfitrión deban renunciar a los remedios locales mientras que subsidiarias incorporadas en un tercer Estado no tienen que hacerlo. Esta puede ser la razón por la cual las subsidiarias han actuado ellas mismas de acuerdo con la renuncia dando por concluidos los procedimientos locales. Pero el contraste entre la redacción del Artículo XIII(12)(a) y del Artículo I(g) queda claro y debe ser respetado. La renuncia o abandono de otros procedimientos por parte de AEC y Oriente no era necesario en términos del BIT, y no tiene relevancia en lo que concierne a la jurisdicción del Tribunal sobre estos procedimientos.

C. La Competencia Material del Tribunal en la Presente Diferencia

21. El Tribunal versa sobre el grupo de cuestiones considerablemente más difíciles concernientes a la competencia material del tribunal en la presente diferencia.

22. Los principios a aplicar al determinar si una reclamación presentada al amparo de un tratado entra dentro de la jurisdicción de un tribunal establecido por el tratado son bien conocidos y no parecen ser motivo de controversia entre las partes.

23. En primer lugar, el Tratado en sí debe aplicarse de acuerdo con los principios normales de la interpretación de tratados, ya que es con referencia al tratado que se deberá haber dado el consentimiento de las partes, si existe jurisdicción alguna.

24. En segundo lugar, en principio en la fase jurisdiccional el Tribunal deberá tomar el caso del Demandante tal como se alega, aunque tiene derecho a aportar ante el tribunal otros datos no en disputa que inciden en cualquier cuestión de caracterización de la diferencia.

25. En tercer lugar, el poner a prueba la jurisdicción es en principio objetivo y no depende de la afirmación controvertida del Demandante de que surge una cuestión bajo una o más disposiciones del BIT. Según lo expresó recientemente un Tribunal CIADI:

“No es suficiente que el Demandante presente a discusión una cuestión bajo una o más disposiciones del BIT con la cual el Demandado tenga la diferencia. Para adaptar las palabras del Tribunal Internacional en el caso *Plataformas Petrolíferas*, el Tribunal ‘debe cerciorarse de si las violaciones del [BIT] que alega [el Demandante] entran o no dentro de las disposiciones del Tratado y si, como consecuencia, se trata de una diferencia sobre la cual el [Tribunal] tiene jurisdicción *ratione materiae* para considerar’ conforme al... BIT.”⁹

Al llevar a cabo esta tarea, el tribunal tiene derecho a dar una interpretación definitiva del tratado si al hacerlo resuelve la cuestión de jurisdicción en un sentido u otro.

26. En cuarto lugar, el tribunal debe resolver definitivamente las cuestiones jurisdiccionales si es posible hacerlo en la etapa preliminar. En palabras del Artículo 21(4) de las Reglas UNCITRAL:

“En general, el tribunal arbitral deberá fallar sobre una solicitud que concierne a su jurisdicción como cuestión preliminar. No obstante, el tribunal arbitral puede proceder al arbitraje y fallar sobre dicho suplicatorio en su laudo final.”

Las razones para unir la jurisdicción a los meritos pueden incluir la existencia de diferencias basadas en hechos relevantes a las cuestiones de caracterización legal y por lo tanto a la jurisdicción. Pero solo se debería exigir al demandado llegar al costo y gasto de defender los meritos de una reclamación (en un caso en el cual la jurisdicción todavía no haya quedado establecida) si existe una posibilidad razonable de que haya que mantener que existe

jurisdicción. A este respecto, el requerimiento judicial en cuanto a los costos en el Artículo 40(1) de las Reglas UNCITRAL adquiere una trascendencia adicional.

(1) El caso del Demandante

27. El Demandante, a través de sus subsidiarias forma parte de una serie de contratos petrolíferos con el Empresa Estatal de Petróleo de Ecuador, Petroecuador. Esto da derecho a las subsidiarias a una participación en el petróleo producido en cada campo petrolífero amparado por los contratos. La cuantía de esta participación depende de la cantidad de petróleo producido y se determina en base a una formula negociada, estando asociada la participación más alta con la producción mas alta. Pero en relación con varios campos petrolíferos no se ha negociado una participación para una producción superior a 15.000 barriles por día (bpd). Cuando se ultimaron los contratos, estos campos petrolíferos estaban produciendo mucho menos que eso. Posteriormente, no obstante, la producción aumentó de forma espectacular y ahora sobrepasa los 42.000 bpd. En 1999 y 2001, respectivamente, dos de los contratos fueron renegociados para incluir un factor de participación sobre la base de esta producción superior.

28. La parte esencial del motivo de agravio del Demandante es que, poco despues de que los contratos fueran enmendados en la forma indicada, el servicio tributario ecuatoriano (IRS) cambió la forma de permitir reembolsos del IVA por bienes y servicios utilizados en relación con la producción de petróleo para exportación. El efecto fue privar a las subsidiarias y a otras empresas petrolíferas extranjeras del derecho a reclamar el IVA sobre compras tal como habian hecho anteriormente.¹⁰ Según el Demandante, el cambio equivale a la imposición de un nuevo impuesto sobre las insumos de las empresas petrolíferas (pero no sobre los productores de otros bienes para la exportation) y tiene como efecto la negación de las ventajas que razonablemente puede suponerse se derivan de los nuevos factores de participación recientemente negociados en los contratos. En esencia, el Demandante alega que el Gobierno, habiendo concedido con una mano un beneficio relacionado con los frutos de su sustancial inversión en la industria petrolífera ecuatoriana, luego actuó con la otra mano para retirar gran parte del beneficio concedido, y que hacer esto infringe el BIT.

29. Además de negar las devoluciones del IVA en futuras adquisiciones, ahora el IRS ha actuado tambien para reclamar los reembolsos del IVA que desde su punto de vista pagó equivocadamente. Ciertas medidas ejecutorias tomadas a este respecto fueron el tema de la aplicación de medidas provisionales tratadas en la decisión del Tribunal del 31 de enero, 2004,¹¹ No obstante el Demandante no adopta ningún punto separado en cuanto a la esencia de la cuestión del reembolso, los méritos de los cuales parecen sustentarse o caer con su caso general al ser tratado.

30. El Demandado rechaza la reclamación en base a diversos fundamentos, y se opone a su base efectiva. En particular, niega que el factor de participación amparado por los contratos tenga ninguna relevancia en cuanto a las obligaciones sobre el IVA o sobre el derecho a reembolsos del IVA. Desde su punto de vista, se trata de una cuestión puramente de legislación fiscal interna, y recalca que este Tribunal no es un tribunal de apelaciones de las decisiones de los tribunales fiscales de Ecuador.

31. Por otra parte, Ecuador dice que la diferencia concierne a medidas impositivas y como tales queda eximida del ámbito del BIT por el Artículo XII(1) a menos que se trate o bien de la infracción de un acuerdo con una autoridad del gobierno central del Estado anfitrión (Artículo XII(3)) o de una conducta equiparable a la expropiación (Artículo XII(4)). El Demandante no alega infracción de un acuerdo al amparo del Artículo XII(3), y aunque si alega una expropiación, desde el punto de vista del Demandado está última reclamación no se sostiene sobre los hechos y debería ser desestimada directamente. El Demandado llega a la conclusión de que el Tribunal carece de competencia material en el caso del Demandante en su totalidad.

(2) Disposiciones relevantes del BIT

32. Antes de abordar estas cuestiones, es necesario establecer las disposiciones relevantes del BIT, que son las siguientes:

“Artículo I. Definiciones

A efectos de este Acuerdo:

...

(i) ‘Medida’ incluye cualquier ley, normativa, procedimiento, requerimiento, o práctica; ...

Artículo II. Establecimiento, Adquisición y Protección de Inversiones

2. Cada una de las Partes Contratantes establecerá un acuerdo sobre las inversiones o rendimientos de inversores de la otra Parte Contratante:

(a) Trato justo y equitativo de acuerdo con los principios de las leyes internacionales, y

(b) Plena protección y seguridad.

Artículo VIII. Expropiación

1. Las inversiones o rendimientos de inversores de cualquiera de las Partes Contratantes no serán nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o la expropiación (en adelante se referirá como 'expropiación') en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto con un propósito público, y mediante el debido proceso legal, de una forma no discriminatoria y ante una pronta, adecuada y efectiva compensación. Dicha compensación se basará en el valor real de la inversión o rendimientos expropiados inmediatamente antes de la expropiación o en el momento en que se tuvo conocimiento público del planteamiento de la expropiación, cualquiera que se produzca antes, será pagadera desde la fecha de la expropiación con el interés comercial normal, se pagará sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible.

Artículo XII Medidas Tributarias

1. Exceptuando lo establecido en este Artículo, nada en este Acuerdo será aplicable a las medidas tributarias.

2. Nada en este Acuerdo afectará los derechos y obligaciones de las Partes Contratantes bajo cualquier pacto fiscal. En el caso de cualquier inconsistencia entre las disposiciones de este Acuerdo y cualquiera de esos pactos, las disposiciones de ese pacto se aplicarán en la medida de dicha inconsistencia.

3. Con respecto al párrafo (2), la reclamación de un inversor en cuanto a que una medida tributaria de una las Partes Contratantes infringe un acuerdo entre las autoridades del gobierno central de una de las Partes Contratantes y el inversor con respecto a una inversión, se considerará una reclamación por infracción de este Acuerdo a menos que las autoridades tributarias de las Partes Contratantes, no mas tarde de seis meses tras haber sido notificadas de la reclamación del inversor, determinen conjuntamente que la medida no contraviene dicho Acuerdo.

4. El Artículo VIII puede aplicarse a una medida tributaria a menos que las autoridades tributarias de las Partes Contratantes, no mas tarde de seis meses tras haber sido notificadas por el inversor de que tenía una diferencia sobre una medida tributaria, determinen conjuntamente que la medida no es una expropiación.

5. Si las autoridades tributarias de las Partes Contratantes no llegan a las determinaciones conjuntas especificadas en los párrafos (3) y (4) en un plazo de seis meses después de ser notificadas, el inversor podrá presentar su reclamación de resolución según el Artículo XIII."

33. Antes de comenzar este arbitraje, el Demandante notificó a las autoridades tributarias de las Partes Contratantes y éstas no realizaron ninguna determinación conjunta en un plazo de 6 meses según el Artículo XII(4). Se trata de un simple hecho del cual el Tribunal no extrae ninguna conclusión, en uno u otro sentido, en cuanto a jurisdicción. El remisión a consulta por parte del inversor de una cuestión a las autoridades tributarias, puede ser motivado por un exceso de cautela. Dichas autoridades pueden abstenerse de tomar una decisión conjunta, o bien porque sea mejor dejar la cuestión al Tribunal o por alguna otra razón. El único punto es que en el presente caso, los requisitos de procedimiento de los Artículos XII(5) y XIII(3)(c) han quedado satisfechos.

(3) Las cuestiones para el Tribunal

34. Volviendo a las cuestiones ante el Tribunal, las posturas de las partes en cuanto a la caracterización de la presente reclamación son abiertamente opuestas. Según el Demandante, la diferencia esencial concierne el significado de los factores de participación acordados al amparo de los contratos petrolíferos; en particular, si fueron cerrados sobre el supuesto de un cierto equilibrio fiscal acerca de la práctica existente para la recuperación de IVA. Cuanto más, desde el punto de vista del Demandante, la diferencia concierne a la relación entre los factores de participación y la responsabilidad del IVA, y por lo tanto entra en parte dentro y en parte fuera del ámbito del Artículo XII(1): "las medidas en cuestión tienen que ver con la conducta por parte de Ecuador lo cual está tanto dentro como fuera del régimen del IVA... La conducta fuera del régimen del IVA constituye medidas y dichas medidas no son medidas tributarias."¹² El Demandante señala lo que quizá sea lo mismo de otra manera: argumenta que existe acuerdo a nivel de principio "que EnCana tiene derecho al reembolso con respecto al IVA pagado con respecto a insumos por exportaciones", y que el único desacuerdo se refiere a si los factores de participación ya dan cabida a

estos costes.¹³ La diferencia en cuanto al contenido y significado de los contratos petrolíferos no está en diferencia, o al menos no son una diferencia en exclusiva, en cuanto a una medida tributaria dentro del significado del BIT.

35. Como contraste, el Demandado niega que los factores de participación tengan ninguna relevancia en la responsabilidad sobre el IVA, lo cual depende tan solo en la interpretación de las leyes tributarias de Ecuador. En consecuencia, la diferencia entra enteramente dentro de la exención de medida tributarias en el Artículo XIII(1).

36. En la fase de jurisdicción este Tribunal debería tener claro que la caracterización ofrecida por el Demandado es sencillamente correcta. Subordinado a lo se dice en los párrafos 23–26 anteriores, el Demandante tiene derecho a una decisión sobre los méritos de su reclamación si su caracterización de la diferencia—tratándose de una caracterización tocante a la jurisdicción—es razonablemente rebatible, si es o no la caracterización preferible y si el tribunal (si tuviera que tomar una decisión inmediata sobre este punto) estaría o no inclinado a aceptarla. Al respecto el Tribunal apuntaría que no tiene ante sí evidencia pericial de la ley ecuatoriana, y que el significado de los términos relevantes en las leyes tributarias ecuatorianas, a las cuales se ha hecho referencia, parecería ser cuanto menos rebatible.

37. Pero como quiera que esto sea, surge la cuestión de que el Tribunal Supremo de Ecuador (Cámara Tributaria) ha dejado abierta la relación entre la responsabilidad del IVA y los factores de participación. En una decisión del 13 de noviembre, 2003 en procedimientos iniciados por una empresa petrolífera de Estados Unidos, Bellwhether International Inc., el Tribunal decidió dejar a un lado una decisión fechada el 18 de noviembre, 2002 del Primer Tribunal Tributario, que había corroborado un Fallo del Director General del IRS ecuatoriano denegando el reembolso del IVA al Demandante. La razón por la cual el Tribunal Supremo dejó a un lado la decisión fue que el Primer Tribunal Tributario no tomó en cuenta adecuadamente el argumento del Demandante de que, en contra de lo que tenía entendido el IRS, los pagos del IVA hechos por el Demandante no habían sido reembolsados a través del reembolso de costos y gastos a los que tenía derecho el Demandante por su participación en los hidrocarburos extraídos como resultado de sus operaciones petrolíferas en Ecuador. Como consecuencia, el Tribunal Supremo de Ecuador remitió el caso al Primer Tribunal Tributario para que revisara los méritos de su decisión, tomando en cuenta de forma adecuada esta cuestión y cualquier hecho relacionado con ello y presentar una nueva decisión sobre las reclamaciones de reembolso del IVA del Demandante. De esta decisión surge que, también desde la perspectiva del más alto tribunal de Ecuador, la cuestión de si los operadores de petróleo y gas que exportan hidrocarburos desde Ecuador tienen derecho a ser compensados por los reembolsos del IVA a través de su participación en los hidrocarburos extraídos, si dicha participación cubre plenamente dichas devoluciones de impuestos, y si Ecuador se ve comprometido por gestiones dentro o fuera del sistema tributario a mantener intactos a los operadores de petróleo y gas que exportan hidrocarburos con respecto al pago del impuesto IVA, son cuestiones que siguen abiertas. De lo cual resulta que la caracterización del Demandado de la presente diferencia, como que esta exclusivamente relacionada con las medidas tributarias no se sostener, en esta etapa del procedimiento, como claramente correcta. A falta de evidencia más clara y de un argumento más completo sobre este punto, las cuestiones quedan abiertas a la consideración de este Tribunal Arbitral, conforme a las disposiciones del BIT y las reglas aplicables del derecho internacional (Artículo XIII(7) del BIT).

38. Por estas razones, el Tribunal no queda satisfecho de que dispone de material suficiente que le permita decidir definitivamente la cuestión en la diferencia sobre la caracterización de la cual depende su jurisdicción. Para expresarlo de otra forma, es rebatible que al menos ciertos aspectos de la reclamación no quedan eximidos del ámbito del BIT por el Artículo XII(1), aunque con el material de que dispone el Tribunal no es capaz de determinar hasta que punto esto es así o no. En estas circunstancias el Tribunal no considera conveniente discutir en detalle el significado de las disposiciones relevantes, y en particular el significado del término “medidas tributarias” en el Artículo XII(1). Éstas deben ser objeto de una posterior sesión informativa y argumentación.

39. El Tribunal tampoco considera que debería expresar cualquier punto de vista sobre el argumento alternativo del Demandante, siendo éste que incluso si la diferencia entrara enteramente dentro del ámbito del Artículo XII(1), la conducta del Demandado es equiparable a expropiación y por lo tanto entra dentro del ámbito del BIT por razón del Artículo XII(4). Apunta que, de acuerdo con al menos una definición de expropiación indirecta, existe una estrecha conexión entre ese concepto y el “beneficio económico razonablemente previsto” que podría fluir de una inversión en circunstancias dadas.¹⁴ También apunta que el IVA en Ecuador, aunque la tasa que se carga está dentro del rango normal para ese impuesto a nivel internacional, se carga sobre insumos y no sobre beneficios, y que en el contexto del un sistema IVA la negativa a permitir devoluciones del IVA sobre insumos es capaz de tener un efecto desproporcionado sobre una empresa. Se puede dudar si esto es o no verdad en el presente caso, como indica el Demandado. Pero el impacto de una medida tan discriminatoria o tan equiparable a expropiación no depende necesariamente de la rentabilidad global de la empresa en cuestión—y ciertamente no a efectos jurisdiccionales. En un caso en el cual de todas formas la cuestión fundamental de la caracterización deberá tratarse como parte de

los meritos, desde el punto de vista del Tribunal, es apropiado tratar todas las cuestiones de méritos y jurisdicción combinada al mismo tiempo y como parte del mismo proceso.¹⁵

40. Por estas razones, de conformidad con el Artículo 21(4) de las Reglas UNCITRAL el Tribunal decide proseguir con el arbitraje y fallar sobre el alegato jurisdiccional del Demandado en su laudo final.

D. Otras cuestiones

41. No es apropiado tratar de los costos aisladamente del resultado de este arbitraje en su conjunto. Por consiguiente, los costos y gastos del Tribunal en relación con esta fase del procedimiento quedan apartados, y se abordaran con la etapa de méritos a la vista del Artículo 40 de las Reglas UNCITRAL.

42. En cuanto a un ulterior procedimiento en este arbitraje, el Tribunal solicita que las Partes mantengan conversaciones con el fin de acordar un programa expeditivo de exposiciones que cubra las restantes cuestiones, y comunicarlo al Tribunal, conjuntamente o por separado, no más tarde del viernes 12 de marzo, 2004. Si no se ha acordado un programa, el Tribunal decidirá.

43. En cuanto a la cuestión de la confidencialidad de las exposiciones en el arbitraje paralelo bajo el Tratado Estados Unidos-Ecuador, el Tribunal apunta que el Demandado ha escogido el mismo árbitro en los dos procedimientos, tal como tenía derecho a hacerlo según el Artículo 7(1) de las Reglas UNCITRAL. Además, el hecho de mantener una designación conjunta en diferencias relacionadas no seria, en y por si mismo, fundamento de recusación según el Artículo 10(1). El Demandado también está representado por la misma firma legal, nuevamente algo que él debe decidir. Evidentemente, el Demandado y sus asesores legales tienen una visión sinoptica de las diversas diferencias relacionadas con la industria petrolifera en Ecuador que puede serle negada al Demandante y a sus asesores legales. Pero se trata de una desigualdad natural como entre empresas privadas y un Estado anfitrión, que surge de sus respectivos papeles y estatus y que no puede trastocarse *en tant que tel*.

44. No obstante, podría surgir un problema de paridad de procedimiento. En este respecto, el Tribunal toma nota de los requisitos del Artículo 15(1) y (3) de las Reglas UNCITRAL. Según el Artículo 15(1) el tribunal debe tratar a las partes con igualdad; según el Artículo 15(3) todos los documentos o información aportados al tribunal arbitral por una de las partes será comunicado al mismo tiempo a la otra parte. El Tribunal acepta que el suministro de documentos o información por parte de Ecuador a los miembros del Tribunal en el arbitraje Estados Unidos-Ecuador, incluido el miembro común a los dos Tribunales, no entra literalmente dentro del ámbito del Artículo 15(3). Las exposiciones o la información aportada por Ecuador al Dr. Barrera en su capacidad de miembro del otro Tribunal no son por lo tanto facilitadas a este Tribunal. Aún más, este Tribunal no tiene autoridad sobre los documentos y la información sometidos a otro Tribunal; solo puede decidir sobre el presente caso a la vista de la information que se le presente.

45. Por otra parte, tan pronto como el Dr. Barrera utiliza la información obtenida del otro Tribunal en relación con el presente arbitraje, surge un problema con respecto a la igualdad de las partes. Además, razonablemente no se le puede pedir al Dr. Barrera que mantenga una “muralla China” en su propia mente: su comprensión de la situación puede muy bien verse afectada por información adquirida en el otro arbitraje. Lo más que se le puede pedir es que revele los datos así derivados cuando le parezcan relevantes a cualquier cuestión sometida a este Tribunal.

46. El Tribunal no se propone tratar esta cuestión de una forma categórica ordenando al Demandante una plena revelación previa de las exposiciones del otro arbitraje. Incluso asumiendo que tenga autoridad para hacerlo, no está convencido de que semejante orden es necesaria. En particular, apunta que las cuestiones conjuntas de jurisdicción y méritos en el otro arbitraje han sido recientemente objeto de una vista oral, y que es de prever que la decisión de ese Tribunal esté disponible antes del cierre de las exposiciones del presente caso. No obstante, considera que el laudo del otro Tribunal deba facilitarse al Demandante tan pronto como pueda ser una vez emitido, y pide al Demandado que haga todo lo que pueda para que esto sea así.¹⁶ Si se precisa tiempo adicional para que el Demandante responda a dicho laudo, puede solititarlo.

Decisión

Por las razones antedichas, el Tribunal, unánimemente, DECIDE:

- (a) Rechazar la objeción de la Demandada bajo el Artículo 13(3)(a) del BIT relativa a la no sumisión de la Demandante a las presentes actuaciones;

(b) Dentro de los 30 días del presente Laudo Partial, la Demandante proveerá a la Demandada una renuncia escrita ajustada a las exigencias del Artículo 13(3)(b) del BIT, debidamente suscrita por una autoridad societaria apropiada de la Demandante;

(c) De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 21 (4) de las Reglas Arbitrales de la CNUDMI, las restantes cuestiones jurisdiccionales serán decididas conjuntamente con el fondo de la disputa.

Dado en Londres en español e inglés, ambas versiones igualmente válidas.

Profesor James Crawford

Presidente del Tribunal

Dr. Haracio A. Grigera Naón

Miembro

Patrick Barrera Sweeney

Miembro

Febrero 27, 2004

Footnotes

¹ 2027 UNTS 196 (en vigor, 6 de junio, 1997).

² Las dos subsidiarias son AEC Ecuador Ltd. ("AEC") y City Oriente Ltd. ("Oriente"). Ambas son corporaciones de las Bermudas, descritas por el Demandante como "subsidiarias propiedad absoluta indirecta de EnCana": Notificación de Arbitraje, párrafo 7.

³ Solicitud de Medidas Provisionales de Protección, Laudo Provisional, 31 de enero, 2004, párrafos 19, 20.

⁴ UNCITRAL Reglas, Art. 21(1) y (2).

⁵ Cf. Artículo XIII(7) del BIT.

⁶ *Ethyl Corporation contra el Gobierno de Canada (Laudo sobre Jurisdicción)* (1999) 38 ILM 708, 734 (párrafo 59) citando Schreuer...

⁷ *Waste Management, Inc. contra Méjico*, Laudo del 2 de junio, 2000, 5 Informes CIADI 442, 453 (párrafo 15).

⁸ Véase discusión en *Waste Management, Inc. contra Méjico (N° 2)*, Decisión sobre Objeción Preliminar, 26 de junio, 2002, 6 Informes CIADI 549, 552–3 (párrafos 12–14).

⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra la República de Filipinas* (ARB 02/06), decisión del 31 de enero, 2004, párrafo 26, citando *Caso concerniente a Plataformas Petrolíferas. República Islámica de Irán contra los Estados Unidos de América*, Informes ICJ 1996 p. 803 en 810 (párrafo 16).

¹⁰ La única compañía petrolífera doméstica de Ecuador es Petroecuador, que es una entidad del sector público entity no sujeta al IVA.

¹¹ Véase párrafo 5 más arriba.

¹² Transcripción, 5 de enero, 2004, 48.

¹³ Ibid., 48–9.

¹⁴ *Metalclad Corporation v. contra Méjico*, Laudo del 30 de agosto, 2000, 5 Informes CIADI 209, 230 (párrafo 103).

¹⁵ El Demandado no argumentó que incluso si el Demandante tiene razón en la cuestión de la caracterización, aún así, no surge ninguna cuestión en cuanto a la aplicación del Artículo 11(2) del BIT.

¹⁶ El laudo final en el presente arbitraje no será confidencial; el Tribunal entiende que se está aplicando la misma regla en el arbitraje Estados Unidos-Ecuador.