Procedimiento de arbitraje derivado del
Convenio para el Fomento y Protección Recíproca de Inversiones entre Canadá y Ecuador
y del Reglamento de la CNUDMI

EnCana Corporation

(Demandante)

contra

la República de Ecuador

(Demandada)

LAUDO ARBITRAL

Profesor James Crawford, Presidente

Sr. Horacio Grigera Naón

Sr. Christopher Thomas

Secretaría

Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres

3 Febrero de 2006

ÍNDICE

		apartado
A.	Antecedentes procesales	**1-19**
B.	Antecedentes de hecho	**20-106**
	(1) Adquisición de AEC y de COL por parte de EnCana	21-22
	(2) Los Contratos de Participación	23-40
	(3) Desarrollo de la legislación y administración del IVA en Ecuador	41-57
	(4) Tratamiento de las compañías petroleras a efectos del IVA	58-86
	(5) Discrepancias sobre los reembolsos de IVA: procedimientos en los tribunales ecuatorianos	87-94
	(6) Ley Interpretativa nº 2004-41 (2004)	95-97
	(7) Intentos de renegociar los factores de participación con Petroecuador	98-99
	(8) Destitución de los juices de la Corte Suprema y eventos relacionados	100-106
C.	Denuncia de vulneración del CFPRI por parte de EnCana	**107-111**
D.	Asuntos competenciales	**112-168**
	(1) Derecho de EnCana de reclamar el tratamiento de filial de un tercer Estado	115-122
	(2) Venta de sus intereses en COL por parte de EnCana	123-132
	(3) La exclusión de la medidas fiscales: Artículo XII(1) del CFPRI	133-140
	(a) El ámbito de la exención de las "medidas fiscales"	141-149
	(b) Alegación del SRI del factor de participación	150-153
	(c) La posición de Petroecuador	154-161
	(d) Situación interna de Ecuador	162-165
	(4) Conclusiones sobre competencia	166-168
E.	Fundamentos de la reclamación de expropiación	**169-196**
	(1) La reclamación de expropiación indirecta	171-174
	(2) La reclamación de expropiación directa	175-196
F.	Costas	**197**

Laudo

Anexo 1 Cronología de la disputa

Anexo 2 Disposiciones aplicables del CFPRI entre Canadá y Ecuador en materia de Inversiones

EnCana Corporation
(Demandante)

contra

la República de Ecuador
(Demandada)

LAUDO

A. ANTECEDENTES PROCESALES

1. A través de una Notificación de Arbitraje, de fecha 14 de marzo de 2003, EnCana Corporation ("EnCana"), una sociedad canadiense, inició el presente procedimiento contra el Gobierno de la República de Ecuador, conforme al Artículo XIII(2) del Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones (el "CFPRI") entre los Gobiernos de Canadá y de Ecuador.[1] La demanda estaba basada en las medidas adoptadas por Ecuador contra dos filiales participadas al 100% por EnCana, denominadas AEC Ecuador Ltd (antiguamente City Investing Co Ltd) ("AEC") y City Oriente Limited ("COL"), ambas constituidas en Barbados. En dicha Notificación, EnCana alegaba que las medidas adoptadas por Ecuador (concretamente, mediante las resoluciones de las autoridades fiscales, el *Servicio de Rentas Internas* (SRI)) al rechazar reintegrar a sus filiales el Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA), infringían lo previsto en el CFPRI. La Demandante solicitaba un pronunciamiento a tales efectos, así como una compensación por perjuicios que incluía el reintegro de los créditos tributarios rehusados y de los que se rehusasen en el futuro. El valor de los créditos tributarios denegados hasta el momento se establecía en aproximadamente 80 (ochenta) millones de dólares de EE.UU.

2. El Artículo XIII del CFPRI dispone que, a elección del inversor, la disputa podrá someterse al arbitraje por el CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (siempre y cuando los países de ambas partes sean signatarios de la Convención CIADI); por las Reglas de Facilidades Adicionales del CIADI (si sólo uno de los países de las partes es signatario); o por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Ecuador es signataria de la Convención CIADI, aunque no así Canadá. EnCana optó por el arbitraje de la CNUDMI, nombrando como árbitro suyo, en virtud del Artículo 7(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ("el Reglamento") al Dr. Horacio Grigera Naón, ciudadano argentino. En virtud del citado artículo, Ecuador nombró al Dr. Alfonso Barrera Valverde, ciudadano ecuatoriano. Seguidamente, ambos árbitros escogieron al Profesor James Crawford SC, ciudadano australiano, para ejercer las funciones de presidente del tribunal.

---

[1] 2027 UNTS 196 (en vigor desde: 6 de junio de 1997). Las disposiciones pertinentes se exponen en el Anexo 2.

3. El 1 de julio de 2003, el Tribunal recibió la notificación de la dimisión del Dr. Alfonso Barrera Valverde. Posteriormente, Ecuador nombró a Don Patrick Barrera Sweeney, ciudadano ecuatoriano. El 18 de agosto de 2004, el Sr. Barrera dimitió y fue sustituido por el Sr. J. Christopher Thomas QC, ciudadano canadiense.

4. En la teleconferencia inicial celebrada el 4 de septiembre de 2003, se alcanzó un acuerdo en cuanto a una serie de asuntos relacionados con el proceso de arbitraje. Dichos acuerdos se plasmaron en la orden procesal del 9 de septiembre de 2003. En concreto, se convino (a) que la sede del arbitraje sería Londres, sin perjuicio de las facultades del Tribunal para celebrar vistas y deliberar en cualquier otro lugar que estime conveniente, de conformidad con el Artículo 16 del Reglamento; (b) que el Registrador sería el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres,[2] (c) que los idiomas del proceso arbitral serían el inglés y el español, y (d) que la Demandada presentaría un resumen de su Pliego de defensa, conjuntamente con una declaración detallada de sus Objeciones preliminares como más tardar el 27 de octubre de 2003, lo cual se cumplió puntualmente. Posteriormente, de conformidad con una nueva orden procesal, el 8 de diciembre de 2003 la Demandante presentó un escrito sobre las objeciones competenciales formuladas por la Demandada.

5. En cuanto a la confidencialidad del procedimiento, y con la anuencia de las partes, el Tribunal estipuló en su orden procesal del 9 de septiembre de 2003 que:

> «(a) Mientras subsista el proceso de arbitraje, se mantendrá la confidencialidad de las alegaciones, testimonios escritos y demás documentación presentada durante el proceso, así como de las actas y transcripción de las vistas.
> (b) Las vistas del Tribunal se celebrarán en privado, salvo que el Tribunal decida lo contrario con la anuencia de las partes.
> (c) Las decisiones y laudos del Tribunal tendrán el carácter de documentos públicos».[3]

6. Esto dejaba sin resolver la cuestión de la confidencialidad sobre la que las partes no habían llegado a un acuerdo, a saber el tratamiento de las alegaciones y documentos escritos del arbitraje de *Occidental*, un proceso de arbitraje paralelo entre una empresa estadounidense y la Demandada en el que se trataban temas similares.[4] La Demandada había

---

[2] Asimismo, el Sr. Simon Olleson, abogado de Lincoln's Inn, actuó como secretario del Tribunal. El Tribunal desea dejar constancia de su agradecimiento al Sr. Olleson por los servicios prestados.

[3] Orden procesal nº 1, 9 de septiembre de 2003.

[4] En este proceso, una sociedad estadounidense, Occidental, exigió un tratamiento equivalente en cuanto al IVA en virtud del Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones entre Estados Unidos y Ecuador, formalizado en Washington el 27 de agosto de 1993. El laudo final del Tribunal se dictó en Londres el 1 de julio de 2004: *Occidental Exploration and Petroleum Company c. República de Ecuador*, Caso LCIA nº UN3467 (en adelante, el *laudo de Occidental*). El Tribunal consideró que el reintegro del IVA abonado a cuenta de la importación o adquisición de bienes y servicios locales utilizados para la producción de crudo destinado a la exportación no estaba incluido en el factor X del Contrato de Participación de Occidental, y que la negativa del SRI a reintegrar el IVA constituía una violación de la norma de tratamiento nacional estipulada por el Artículo II(1) del CFPRI entre EE.UU. y Ecuador, de la norma de tratamiento justo y equitativo contemplada en el Artículo II(3)(a) ; y, «en cierta medida», de la garantía contra la arbitrariedad dispuesta en el Artículo II(3)(b) (véase el apartado 200, así como el apartado operativo del laudo, apartados 4 y 5 ; en relación con el último punto, véanse asimismo los apartados 163). Sostenía que Occidental estaba facultada para retener el IVA reintegrado y aún no recuperado del SRI, y que tenía derecho a obtener daños por el importe de 71.533.649

contratado al mismo bufete jurídico para representarla en ambos arbitrajes y, tras la renuncia del Dr. Barrera Valverde, había nombrado al mismo árbitro (el Sr. Patrick Barrera Sweeney). En opinión de la Demandante, el hecho de que uno de los árbitros lo fuera en ambos procesos ponía en serio entredicho la posibilidad de mantener la confidencialidad entre los dos arbitrajes. Asimismo, la Demandante alegó resultar perjudicada en la fase de preparación y presentación de su escrito de demanda por el hecho de no haber tenido acceso a información que estaba a disposición de la Demandada y del Tribunal. En la vista del 5 de enero de 2004 se acordó que el tema sería abordado por una posterior decisión del Tribunal, con sujeción al resultado de las objeciones competenciales de la Demandada.

7. La vista para tratar las objeciones competenciales se celebró el 5 de enero de 2004. La decisión del Tribunal sobre la competencia se dictó el 27 de febrero de 2004. En lo que respecta a la objeción de la Demandada sobre la suficiencia de la renuncia al derecho otorgada en virtud del Artículo XIII(3) del CFPRI, el Tribunal diferenció entre el consentimiento a la competencia del Artículo XIII(3)(a) y la renuncia "a su derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento relacionado" del Artículo XIII(3)(b). En cuanto a lo primero, lo importante es que el consentimiento se diese ante el propio Tribunal. A tales efectos, el consentimiento prestado en el escrito de demanda se consideró suficiente para tales efectos, con lo cual se satisfacía lo dispuesto por el Artículo XIII(3)(a).[5] En relación a lo segundo, se exigió a EnCana a aportar un instrumento por separado que cumpliese los requisitos del Artículo XIII(3)(b). El CFPRI no requiere que se acuda a un fuero distinto para obtener una renuncia específica en el caso de filiales que, como en este caso, están constituidas en un tercer Estado y no en el Estado anfitrión.

8. El Tribunal abordó algunas otras objeciones competenciales a los fundamentos. Concretamente, éstos se referían a las objeciones de la Demandada manifestando que (a) la demanda tenía que ver con las «medidas fiscales» no sujetas al CFPRI en virtud del Artículo XII del mismo; y que (b) que no existían indicios *prima facie* de expropiación de ninguna inversión o beneficios de EnCana. Lo hizo fundamentando que sin un claro entendimiento tanto de la situación legal de Ecuador y de los hechos relacionados con la demanda de EnCana, no era posible determinar si alguno de los aspectos de la reclamación no entraba dentro del ámbito del Artículo XII.[6] Un planteamiento similar se adoptó en relación a la cuestión sobre si el cambio de la posición fiscal equivaldría a una expropiación, lo cual también se incluyó en los fundamentos.[7]

9. Inmediatamente después de la vista de las objeciones competenciales, la Demandante presentó medidas cautelares de protección en relación con ciertas medidas adoptadas por la

---

dólares de EE.UU. a cuenta de los reintegros del IVA denegados incumpliendo el CFPRI, además de intereses. El laudo de *Occidental* fue apelado por Ecuador ante los tribunales ingleses, y Occidental presentó una contrademanda oponiéndose a los fundamentos del Tribunal en cuanto a la cuestión de la expropiación. A la fecha del presente laudo, el Tribunal de Apelaciones ha denegado el recurso contra la sentencia cautelar que rechazaba la objeción basado en la justificación de la objeción competencial: véase *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration and Production Company* [2005] EWCA Civ 1116 (CA), en recurso de apelación de [2005] EWHC 774 (Comm.) (Aikens J). A la espera del pronunciamiento definitivo sobre el tema, el proceso sobre el fundamento de la oposición se encuentra en suspenso.

5 Decisión del Tribunal en cuanto a competencia, 27 de febrero 2004, §§13-15.

6 Ibid., §38.

7 Ibid., §39.

Demandada contra AEC, filial de la Demandante, y contra su representante legal, el Dr. Roque Bustamante. Habiendo oído a las partes, el Tribunal rechazó la petición mediante laudo provisional del 31 de enero de 2004.

10. En cuanto al tema pendiente de la confidencialidad, el Tribunal decidió que, por el momento, no se requería ninguna orden adicional. El asunto quedó zanjado cuando el Sr. Barrera Sweeney renunció a su cargo de árbitro del Tribunal. Posteriormente, Ecuador solicitó al tribunal que trataba el caso de *Occidental* un levantamiento de las restricciones de confidencialidad del dicho proceso de arbitraje. Mediante notificación del 10 de septiembre de 2004, el Presidente del Tribunal comunicó a las partes que la conclusión del Tribunal quedaba *functus officio*.

11. El 26 de abril de 2004, EnCana presentó su memoria de los fundamentos, a la que adjuntó declaraciones de testigos, informes periciales y demás documentación.

12. El 25 de junio de 2004, la Demandada presentó su Contrainforme de fundamentos, mediante el cual planteó otra serie de objeciones competenciales, además de aquéllas que el Tribunal había decidido incorporar a los fundamentos mediante decisión del 27 de febrero de 2004.[8]

13. El 10 de agosto de 2004, EnCana presentó su Respuesta al Contrainforme de Ecuador, a la que adjuntó, entre otras cosas, declaraciones adicionales de testigos.

14. El 24 de septiembre 2004, EnCana presentó materiales adicionales. Tras un intercambio de correspondencia, el Tribunal prorrogó el plazo para que EnCana presentase su contrarréplica.

15. Ecuador presentó una contrarréplica el 8 de octubre de 2004, acompañada por pruebas y declaraciones de testigos adicionales.

16. La vista sobre los fundamentos se celebró en Londres entre el 8 y el 13 de noviembre de 2004. Constó de una discusión legal y de la presentación de testimonios y pruebas periciales de ambas partes.

17. Ambas partes presentaron memorias posteriores a la vista, como estaba previsto, el 23 de diciembre de 2004, a las que adjuntaron documentación adicional.

18. Tras la presentación de estos informes, la Demandada presentó una objeción alegando que la Demandante había introducido nuevas demandas relativas, *entre otras*, al cese de la mayoría de los jueces del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Ecuador, y haciendo alusión a las declaraciones del Presidente de Ecuador sobre el particular. El Tribunal observó que la información era susceptible de ser relevante al objeto del procedimiento de arbitraje, y ofreció a la Demandante la posibilidad de replicar a las alegaciones. Así lo hizo la Demandada, mediante carta del 11 de febrero de 2005 (que llevó a un ulterior intercambio de correspondencia los días 17 y 18 de febrero 2005).

---

[8] Contrainforme de los fundamentos de Ecuador, §69.

19. Tras las deliberaciones sobre el borrador del laudo, el 4 de abril de 2005 el Tribunal planteó a las partes una serie de preguntas, solicitándoles que respondieran a las mismas como más tardar el 25 de abril de 2005. El 22 de abril de 2005 la Demandada, alegando que el Congreso de Ecuador había destituido al Presidente del país, solicitó una prórroga de 21 días para responder a tales preguntas. Posteriormente, ambas partes presentaron declaraciones y respuestas, los días 16 y 27 de mayo de 2005. El contenido de esa documentación, en lo que resulta relevante para el caso que nos ocupa, se expone a continuación.

B. ANTECEDENTES DE HECHO

20. El objetivo de la presente sección es presentar un resumen de los antecedentes de hecho de la disputa. En general, no existen diferencias fundamentales entre las partes en lo que respecta a la secuencia de acontecimientos (véase la cronología del Anexo 1). Por contraposición, existen importantes diferencias de opinión en cuanto a las consecuencias legales de las medidas adoptadas y no adoptadas.

(1) Adquisición de AEC y de COL por parte de EnCana

21. EnCana adquirió Pacalta Resources Limited («Pacalta») en mayo de 1999. Pacalta era una sociedad canadiense propietaria de AEC (a la sazón su nombre era City Investing Company Ltd).[9] A su vez, AEC era propietaria indirecta de COL. En el momento de presentarse la Notificación de Arbitraje del 14 de marzo de 2003, tanto AEC como COL eran, indirectamente, filiales participadas al 100% por EnCana.[10]

22. El 28 de noviembre de 2003, EnCana vendió su participación en COL a Condor Petroleum Ltd, una sociedad estadounidense («Condor»).[11] Además, el 13 de septiembre de 2005 EnCana anunció sus intenciones de vender el resto de sus activos en Ecuador una sociedad mixta china, estando previsto el cese de sus actividades para antes de finales de 2005.[12] Las implicaciones de estas ventas de las filiales de EnCana se tratan en las siguientes páginas del presente laudo.

(2) Los contratos

23. Este proceso tiene por objeto la reclamación de los reintegros de IVA derivados de la ejecución de cuatro contratos en virtud de los cuales se cedían derechos de exploración y explotación de las reservas de petróleo y gas de Ecuador, formalizados por AEC y COL antes y después de ser adquiridas por EnCana. Específicamente, EnCana alega que las «medidas

---

[9] City Investing Company Limited cambió su denominación social por AEC Ecuador el 21 de mayo de 2002: véase el informe de la Demandante, 26 de abril de 2004, §26.

[10] En lo que respecta a la estructura corporativa, véase el segundo testimonio de Keplinger, del 5 de agosto de 2004, Respuesta W/S, vol. II, Tab 2, Anexo A. También Prueba 89 de la contrarréplica de la Demandada, Pruebas, vol. I, Tab 89.

[11] El Contrato de compraventa se incluye en las Pruebas de la contrarréplica de la Demandada, vol. I, Tab 88; de hecho, la venta fue de City Oriente Holding Company Ltd, también una sociedad constituida en Barbados, propietaria directa de todas las acciones de COL.

[12] Carta de la Demandante al Tribunal del 19 de septiembre de 2005, a la que adjunta un comunicado de prensa.

adoptadas por Ecuador —incluyendo las Resoluciones 233, 669, 670, 736 y 3191 del SRI, la negativa ya formalizada y continuada de reconocer y reintegrar los créditos tributarios y las modificaciones de las normas con lo cual se pretende negar a las compañías petroleras los créditos y reintegros del IVA pagado— vulneran las obligaciones contenidas en el Convenio y del derecho internacional, y que han supuesto, y continúan suponiendo, significativas pérdidas y daños para la Demandante».[13] Continúa y especifica, entre otras cosas, que Ecuador, a través del SRI, fundamentó la negativa de los créditos y reintegros del IVA pagado sobre la incorrecta conclusión de que la compañía petrolera estatal ecuatoriana, Petroecuador, había reconocido y otorgado dichos importes mediante la negociación del factor X de Tarapoa y de la ejecución del contrato oportuno, a pesar de que la información aportada Petroecuador indicaba lo contrario.[14] Alegó asimismo tratamiento discriminatorio de las compañías petroleras en comparación con otros exportadores del sector extractivo, como la minería y la agricultura, y la expropiación de inversiones o beneficios de los inversores mediante la negativa a reintegrar el IVA pagado.

24. Históricamente, en Ecuador han existido tres tipos de contratos para la explotación de los recursos petrolíferos. Inicialmente, las compañías petroleras formalizaban «contratos de asociación», en virtud de los cuales la carga inicial de la inversión recaía sobre la compañía y, posteriormente, tanto ésta como el Estado venían obligadas a aportar financiación adicional. La compañía debía pagar regalías por la producción, además de un porcentaje de participación adicional en forma de impuesto sobre la renta. Contratos de este tipo se celebraron en la década de 1970, incluyendo el formalizado por AEC en 1973.

25. En un segundo período, las compañías petroleras fueron autorizadas a celebrar «contratos de servicios», en virtud de los cuales el crudo producido era de propiedad de Petroecuador, en tanto que la petrolera pagaba una tasa para extraer el petróleo. En el marco de estos contratos se reintegraban todos los gastos. En virtud de los mismos, las compañías petroleras no incurrían en ningún riesgo, salvo en el caso de que durante el período de exploración no descubriesen petróleo.

26. El actual régimen de exploración y explotación de hidrocarburos se basa en la modificación de la Ley de Hidrocarburos de 1993, que autorizaba a formalizar «contratos de participación». Estos contratos se definen en un artículo no numerado del artículo, insertado en el Capítulo III después del Artículo 12, como contratos

> «...celebrados por el Estado, por intermedio de PETROECUADOR, mediante los cuales delega a la contratista con sujeción a lo dispuesto en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción.
>
> La contratista, una vez iniciada la producción, tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará a base de los porcentajes

13 Notificación de Arbitraje y escrito de demanda, 14 de marzo 2003, apartado 36.

14 Ibid, apartado 41(iv) y (v).

ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos producidos.»

Bajo esta modalidad, la compañía petrolera asume todos los riesgos de la exploración y explotación, incluyendo todos los costes y gastos requeridos. Como contrapartida, la compañía petrolera recibe un porcentaje del petróleo extraído en forma de «factores de participación». En la modalidad estándar de estos contratos, existen típicamente tres factores de participación, cada uno de los cuales corresponde a diferentes niveles, o bandas, de la producción total.

27. El 29 de marzo de 1995, COL formalizó con Petroecuador el «Contrato de Participación del Bloque 27».[15]

28. El 25 de julio de 1995, AEC formalizó el «Contrato de Participación de Tarapoa», que modificaba (y, de hecho, sustituyó) al contrato de asociación celebrado con Petroecuador el 23 de octubre de 1973.[16]

29. El 27 de octubre de 1995, AEC formalizó el «Contrato de Unificación de 18B Fanny» con Petroproducción (la compañía estatal para la exploración y explotación del petróleo ecuatoriana, filial de Petroecuador).[17]

30. El 25 de noviembre de 1999, AEC formalizó el «Contrato de Unificación de Mariann 4A» con Petroproducción.[18]

31. En virtud de cada uno de estos contratos, las compañías adquirían el derecho de retener un porcentaje del crudo extraído. El porcentaje que cada compañía podía retener variaba en función del nivel medio diario de producción petrolera. Los porcentajes de producción convenidos con Petroecuador fueron denominados «factores X».

32. En el momento de formalizarse los cuatro contratos, estaba previsto que la producción petrolera alcanzase niveles relativamente bajos y, en consecuencia, los factores X se definieron sólo para bajos niveles de producción. Posteriormente, la producción se incrementó en dos de las concesiones (el campo unificado 18B Fanny (AEC) y el yacimiento Tarapoa (AEC) adyacente), por lo cual se inició una nueva ronda de negociaciones con el objeto de ajustar el factor «X3» al aumento de la producción.

33. El 12 de diciembre de 1997 se acordaron los borradores de los contratos para los yacimientos de Fanny 18B y Tarapoa. No obstante, su formalización estaba sujeta a la aprobación de diversos organismos estatales.[19] La modificación del factor X3 del Contrato de

---

15 Véase Bustamante 1, vol. I, 26 de abril de 2004, Prueba A (traducción al inglés en A1). Originalmente, COL fue co-contratante con Consolidated Ramrod Gold Corporation; los derechos y obligaciones de Consolidated Ramrod Gold fueron cedidos a COL el 30 de abril de 1997.

16 Véase Bustamante 1, vol. II, 26 de abril de 2004, Prueba B (traducción al inglés en B1).

17 Véase Bustamante 1, vol. III, 26 de abril de 2004, Prueba C.

18 Véase Bustamante 1, vol. III, 26 de abril de 2004, Prueba D.

19 Véase el informe de la Demandante, 26 de abril de 2004, §75.

Participación de 18B Fanny se formalizó el 14 de julio de 1999;[20] la modificación del factor X3 en virtud del Contrato de Participación de Tarapoa se formalizó el 2 de agosto de 2001.[21]

34. Tanto el Contrato de Participación del Bloque 27 como el de Tarapoa contienen una disposición para renegociar los factores X en caso de que el equilibrio económico de los mismos se vea afectado por cambios imprevistos. Por ejemplo, el Contrato de Participación de Tarapoa estipula, en la parte relevante:

> **Once.nueve (11.9) Modificación del régimen tributario.-** En caso de modificación del régimen tributario o de la participación laboral vigentes a la fecha de suscripción de este Contrato y según están descritos en esta cláusula, o de su interpretación, o creación de nuevos impuestos o cargas no previstas en este Contrato, que tengan consecuencias en la economía de este Contrato, en los porcentajes de participación se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria o participación laboral antes indicados.

35. Las subcláusulas precedentes de la cláusula 11 hacen referencia al impuesto sobre la renta y a los pagos por participación laboral (11.1 y 11.2), una contribución por el uso del agua y de los materiales de construcción naturales (11.3), una contribución a la Superintendencia de Compañías (11.4), un impuesto sobre los activos totales (11.5), contribuciones al «Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales» (11.6); y tasas notariales relacionadas con la elevación a escritura pública del contrato formalizado (11.7). La cláusula equivalente del Contrato de Participación del Bloque 27 es, *a grosso modo*, similar. No obstante, existen algunas diferencias en la relación de impuestos y cargas relevantes. Ninguno de los Contratos de Participación hace referencia expresa alguna al Impuesto sobre el Valor Agregado.

36. Además, la Cláusula 6.12.8 del Contrato de Participación del Bloque 27 y la Cláusula 6.3 del Contrato de Participación de Tarapoa preveían la celebración entre las partes de un contrato operativo para la explotación de los campos unificados en el caso de «yacimientos comunes»; es decir, aquellos yacimientos que se extendiesen fuera de las áreas de concesión. Las Cláusulas 6.12.8(d) y 6.3.8(d), respectivamente, contemplaban que dichos contratos operativos incluirían «procedimientos para los ajustes de los porcentajes de participación, inversiones, costos y gastos como reconocimiento de la actualización periódica» de reservas demostradas y otras condiciones para la explotación del yacimiento común.

37. En virtud de cada uno de los Contratos de Unificación se establecía un Comité de Operaciones Unificadas, facultado para revisar o modificar las condiciones contractuales o sus anexos antes de su presentación ante el Ministerio de Energía y Minas para su aprobación.

38. Cada uno de los Contratos de Participación contenía, en forma de Cláusula 20, un procedimiento de arbitraje, tras consulta entre las partes, con arreglo al Artículo 10 de la Ley de Hidrocarburos ecuatoriana. Dichas cláusulas también preveían la posibilidad de un

---

20 Véase Bustamante 1, vol. III, 26 de abril de 2004, Prueba E.

21 Véase Bustamante 1, vol. III, 26 de abril de 2004, Prueba F.

arbitraje del CIADI (una vez que Ecuador pasase a formar parte del Convenio de Washington) (Cláusula 20.3), y otros sistemas de arbitraje internacional reconocidos por la ley ecuatoriana (Cláusula 20.4). Asimismo, la Cláusula 22.1.3 de cada uno de los dos Contratos de Participación disponía que:

> «En cumplimiento de lo establecido en el art. tres (3) de la Ley N° cuarenta y cuatro (44), las Partes han pactado someter las controversias que se originen en la interpretación o ejecución de este Contrato, a arbitraje, según lo establecido en la Cláusula vigésima.»

39. Cada uno de los dos Contratos de Unificación contenía una formulación diferente de la cláusula de arbitraje. La Cláusula 21 del Contrato de Unificación de Mariann 4A estipulaba que el arbitraje se realizaría de conformidad con la legislación ecuatoriana sobre el tema y con el Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, y excluía el recurrir a los tribunales ordinarios, salvo en caso de oposición a un laudo arbitral por motivos de nulidad. El Contrato de Unificación de 18B Fanny contemplaba que el arbitraje procedería de acuerdo con las partes relevantes del Código de Procedimiento Civil (Cláusula 19).

40. Por cuanto los Contratos de Fanny 18B y de Tarapoa en materia de X3 constituían modificaciones del Contrato de Unificación de Fanny 18B y del Contrato de Participación de Tarapoa, respectivamente, no contenían cláusulas de arbitraje.

(3) Desarrollo de la legislación y administración del IVA en Ecuador

41. La presente disputa resulta más compleja debido a las numerosas enmiendas y modificaciones del régimen tributario en general, y del IVA en particular, durante el período que nos ocupa. El esquema básico del sistema fiscal de Ecuador está contenido en la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) La LRTI se implementa mediante el Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno (el Reglamento).

42. En el momento de la formalización del Contrato de Participación del Bloque 27 (el 29 de marzo de 1995) y del Contrato de Participación de Tarapoa (el 25 de julio de 1995), el Artículo 65 de la LRTI estipulaba, en las partes pertinentes, lo que a continuación se expone:

> «Los sujetos pasivos del IVA tendrán derecho a un crédito tributario equivalente al impuesto pagado en la adquisición local o importación de bienes o en la utilización de servicios gravados con el IVA, que consten por separado en la respectivas facturas o documentos análogos, siempre que sean comercializados en el país o se empleen en la producción de un nuevo bien o en la prestación de un servicio gravado con este impuesto.
> Constituye también crédito tributario el valor de este impuesto pagado al adquirir bienes que pasan a formar parte del activo fijo del adquirente.
> Asimismo, habrá lugar a crédito tributario por el IVA pagado en la adquisición o importación de bienes o insumos que se destinen a la producción o comercialización de bienes transferidos a entidades del sector público, aunque dichas transferencias se encuentren exentas del pago de este impuesto.»

43. El Artículo 65 fue modificado el 22 de agosto de 1995 mediante la inserción de apartados adicionales, cuya parte relevante dispone que «el crédito Tributario reintegrado a los sujetos pasivos del IVA y a los exportadores no causará intereses.» Con esta modificación, el Artículo 65 se mantuvo vigente hasta el 30 de abril de 1999, fecha en que fue sustituido.

44. El Artículo 68 de la LRTI disponía que «Si la declaración arrojare saldo a favor del sujeto pasivo, dicho saldo será considerado crédito tributario, que se hará efectivo en la declaración del mes siguiente.»

45. Antes de la formalización de los Contratos de Participación, el Artículo 36 de la LRTI preveía créditos tributarios en relación con el IVA «pagado en la adquisición de cualquier insumo o materia prima empleados en la *fabricación* de productos que se destinen a la exportación.»

46. El 30 de diciembre de 1994, el Artículo 36 fue derogado y sustituido por el Artículo 163. Dicha disposición (posteriormente modificada el 21 de noviembre de 1995) se mantuvo en vigor hasta el 29 de junio de 1999 y, en su parte relevante, estipulaba lo siguiente:

> «Norma general.- Como principio general, las personas naturales y las sociedades que son sujetos pasivos del IVA y hayan pagado este impuesto en la importación o adquisición local de bienes o en la utilización de servicios gravados, tienen derecho a un crédito tributario equivalente al impuesto pagado en la adquisición local o importación de bienes o en la utilización de servicios gravados con el IVA, que consten por separado en las respectivas facturas o documentos análogos, siempre que sean exportados, comercializados en el país o se empleen en la producción de un nuevo bien o en la prestación de un servicio gravado con este impuesto, con sujeción a las disposiciones de la Ley de Régimen Tributario Interno y el presente Reglamento.
> Para que el IVA pagado en la adquisición local de bienes o servicios pueda ser utilizado como crédito tributario por el adquirente de los bienes o perceptor de los servicios, según el caso, será necesario que éste se lo acredite en contratos, facturas, notas o boletas de venta o documentos similares originales…
> El IVA pagado en compras, importaciones y servicios destinados a la producción o comercialización de bienes y servicios gravados con tarifa cero, será cargado a sus costos de producción y no generará crédito tributario.
> Cuando por la naturaleza de las operaciones realizadas o por cualquier otra circunstancia, el contribuyente o el sujeto pasivo presuman que no podrán compensar el crédito tributario en los seis meses inmediatos siguientes a su configuración, podrán solicitar su devolución […] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 del presente Reglamento y el artículo 65 de la Ley de Régimen Tributario Interno.»

47. El Artículo 169 del Reglamento, que entró en vigor el 30 de diciembre de 1994, estipulaba en la parte pertinente:

> «Crédito tributario por ventas de bienes destinados a la exportación. Las personas naturales y las sociedades que hayan pagado el IVA en la adquisición de cualquier

> insumo o material prima empleados en la fabricación de productos que se destinen a la exportación, tienen derecho a crédito tributario por dichos pagos una vez que se haya realizado la respectiva exportación...
> Por fabricación de productos que se destinen a la exportación también se entenderá la producción agrícola, pecuaria o similar para los mercados externos.

El Artículo 169 fue derogado el 29 de junio de 1999.

48. En los períodos inmediatamente anteriores y posteriores a la formalización de los Contratos de Participación, según el texto literal de la legislación no quedaba claro si todos los exportadores tenían derecho a crédito tributario en concepto de IVA pagado por la adquisición o importación de materias primas, en virtud del Artículo 65 de la LRTI. Aunque el Artículo 163 del Reglamento aparentemente daba derecho a un crédito como principio general, el Artículo 169 del Reglamento sólo otorgaba expresamente el derecho a la obtención del crédito a los exportadores dedicados a la *fabricación*. Asimismo, no quedaba enteramente claro bajo qué circunstancias existía derecho a una devolución con arreglo al Artículo 163 del Reglamento, y se limita a definir su compensación contra futuras obligaciones.

49. La nueva versión del Artículo 65 de la LRTI, que entró en vigor el 30 de abril de 1999 y que fue modificada el 14 de mayo de 2001, estipulaba:

> «El uso del crédito tributario se sujetará a las siguientes normas:
> 1. Los sujetos pasivos del Impuesto al Valor Agregado IVA, que se dediquen a la producción o comercialización de bienes para el mercado interno gravados con tarifa menor al 12 por ciento (12%), a la prestación de servicios gravados con tarifa de 12 por ciento (12%), o a la exportación de bienes y servicios, tendrán derecho al crédito tributario por la totalidad del IVA, pagado en las adquisiciones locales e importaciones de los bienes que pasen a formar parte de su activo fijo; o de los bienes, de las materias primas o insumos y de los servicios necesarios para la producción y comercialización de dichos bienes y servicios.
> 2. Los sujetos pasivos del IVA que se dediquen a la producción, comercialización de bienes o a la prestación de servicios que en parte estén gravados con tarifa cero por ciento (0%) y en parte con tarifa (10%) tendrán derecho a un crédito tributario...»

El cambio de la tasa del IVA del 10% al 12% fue parte de una reforma más amplia que tuvo lugar para ampliar el espectro de actividades sujetas al IVA.

50. También el Artículo 69A de la LRTI entró en vigor el 30 de abril 1999. Tal como fue formulado originalmente, estipulaba:

> IVA pagado en actividades de exportación.- Las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado el impuesto al valor agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en la fabricación de bienes que se exporten, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado sin intereses en un tiempo no mayor a noventa (90) días a través de la emisión de la respectiva nota de crédito, cheque u otro medio de pago. Se reconocerán intereses si vencido el término antes

> indicado no se hubiese reembolsado el IVA reclamado. El Servicio de Rentas Internas deberá devolver lo pagado contra la presentación formal de la declaración del representante legal del sujeto pasivo, que deberá acompañar las copias certificadas de las facturas en las que conste el IVA pagado

Las sucesivas modificaciones del Artículo 69A lo hicieron también aplicable a los prestadores de servicios.

51. El 18 de noviembre 1999 se insertó un artículo no numerado después del Artículo 55 de la LRTI (en adelante, el «Artículo 55A»). Dicho Artículo disponía:

> Crédito Tributario por exportación de bienes.- Las personas naturales y jurídicas exportadoras que hayan pagado el IVA en la adquisición de bienes que exporten, tienen derecho a crédito tributario por dichos pagos. Igual derecho tendrán por el impuesto pagado en la adquisición de materias primas, insumos y servicios utilizados en los productos elaborados y exportados por el fabricante. Una vez realizada la exportación, el contribuyente solicitará al Servicio de Rentas Internas la devolución correspondiente acompañando copia de los respectivos documentos de exportación.
> [...]
> La actividad petrolera se regirá por sus leyes específicas.

El hecho de que a la sazón no existiesen leyes vigentes específicas para la actividad petrolera no fue entonces objeto de disputa.

52. El nuevo Artículo 169 del Reglamento, que entró en vigor el 29 de junio de 1999 y que fue derogado el 31 de diciembre de 2001, disponía:

> Devolución del impuesto al valor agregado a las Instituciones del Estado, exportadores de bienes y a los discapacitados.- Para que los exportadores de bienes obtengan la devolución del impuesto al valor agregado pagado en la importación o adquisición local de insumos, materias primas y de servicios utilizados en los productos elaborados y exportados por el fabricante o productor, según corresponda, una vez realizada la exportación deberán presentar al Servicio de Rentas Internas la solicitud...

53. En consecuencia, aunque el Artículo 65 de la LRTI que entró en vigor en abril de 1999 (y posteriormente modificado) parecía otorgar derechos a la obtención de créditos tributarios a diversas categorías de contribuyentes, incluyendo los exportadores dedicados a la *producción*, en relación con el IVA pagado en concepto de adquisiciones o importaciones, el Artículo 55A parecía otorgar derechos a créditos tributarios y preveía un reintegro sólo en relación con los exportadores que fueran *fabricantes*. De manera similar, el Artículo 69A de la LRTI contemplaba el derecho a devolución para os exportadores dedicados a la *fabricación*. Por otra parte, desde el 29 de junio de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2001, el Artículo 169 del Reglamento parecía prever la posibilidad de reintegros tanto a *fabricantes* como a *productores*.

54. Tras la derogación del Artículo 169 del Reglamento el 31 de diciembre de 2001, se insertó un nuevo Artículo 147 del Reglamento que, en su apartado 3, estipulaba lo siguiente:

> Casos en los que no hay derecho a crédito tributario. – No habrá derecho a crédito tributario en los siguientes casos:
> [...]
> 3.- Cuando el IVA pagado por el adquirente le haya sido reembolsado en cualquier forma.

55. El Artículo 148 del Reglamento (que también entró en vigor el 31 de diciembre y que fue modificado el 4 de diciembre de 2002) estipulaba:

> Devolución del impuesto al valor agregado a exportadores de bienes.- Para que los exportadores de bienes obtengan la devolución del Impuesto al Valor Agregado pagado en la importación o adquisición local de bienes y servicios, empleados en la fabricación de bienes exportados, que no haya sido utilizado como crédito tributario o que no haya sido reembolsado en cualquier forma, una vez realizada la exportación deberá presentar al Servicio de Rentas Internas la solicitud...»[22]

56. Así, la posición legal era compleja y poco clara desde cualquier punto de vista. No obstante, debe decirse que ante el Tribunal no se ha presentado nada que indicase que el legislador pretendiese, mediante estas disposiciones, trazar una clara distinción entre el sector extractivo y otras industrias, ni sobre el objeto que pudiera tener dicha diferenciación en cuanto a la política fiscal para un impuesto del tipo del IVA. Ni tampoco, considerando que muchos sectores (por ejemplo, la agricultura) combinan elementos de producción y fabricación, se estableció ningún criterio para determinar el grado de 'fabricación' necesario para tener derecho a la devolución del IVA.[23]

57. Dicho esto, la aplicación de la legislación tributaria a los contratos celebrados por AEC y COL (y las demás compañías petroleras) dio lugar a una serie de problemas de interpretación legal en relación con la cuestión de si tenían o no derecho a devolución, incluyendo:

> (a) Si sólo los *fabricantes* tenían derecho a la devolución del impuesto;
> (b) Si la extracción de petróleo constituía «fabricación», según el significado del Artículo 69A de la LRTI, considerando los numerosos procesos a los que son sometidos los hidrocarburos extraídos de la tierra antes de su exportación;
> (c) Si los factores de participación de los Contratos de Participación celebrados por las compañías petroleras se calcularon incluyendo el IVA en los costos y gastos de las compañías;

---

[22] Notificación de Arbitraje y escrito de demanda, 14 de marzo de 2003, §34. Véase EM, Declaraciones de testigos, vol. 1, Tab. 6, David Paredes, 23 de abril de 2004, §5.22.

[23] La versión original del Artículo 169, derogado en junio de 1999, estipulaba que "Por fabricación de productos que se destinen a la exportación también se entenderá la producción agrícola, pecuaria o similar para los mercados externos." Al parecer, en las siguientes versiones no se incluyó ninguna disposición equivalente.

(d) Y de ser así, si era posible que las devoluciones del IVA se instrumentaran mediante tal mecanismo contractual;

(e) Si las devoluciones del IVA estaban incluidas en los factores de participación y podían reintegrarse válidamente a través de un mecanismo contractual, si ello fue recogido para incluir la diferencia resultante del cambio del IVA del 10% al IVA del 12% aplicados a productos y servicios en abril de 1999.

A estas preguntas, los diferentes niveles de tribunales ecuatorianos dieron diversas respuestas en casos en los que estuvieron implicadas tanto AEC y COL como otras compañías petroleras.

(4) Tratamiento de las compañías petroleras a efectos del IVA

58. Según la Demandante, el Gobierno de Ecuador cambió su interpretación del Artículo 87 de la Ley de Hidrocarburos, relativo a la exención de varios impuestos aplicados a las importaciones; se ha dicho que esto se produjo tres años después de la formalización de los Contratos de Participación.[24] Al parecer, dicho cambio de interpretación se produjo en torno a noviembre de 1997.[25] Antes de esta fecha, el Artículo 87 de la Ley de Hidrocarburos se interpretó como que no se imponía el pago del IVA a las importaciones.

59. La Demandante no pretende alegar este cambio de interpretación como vulneración del CFPRI, sino más bien para contribuir a explicar por qué AEC y COL no solicitaron devoluciones del IVA antes de marzo de 2000.

60. Sea como fuere, en el período entre marzo de 2000 y marzo de 2001, AEC solicitó — y mediante una serie de resoluciones el SRI otorgó— devoluciones en concepto del IVA pagado en relación con la producción de petróleo para exportación entre mayo de 1999 y agosto de 2000 («las Resoluciones originales»). Con el objeto de devolver estos fondos, el SRI emitió notas de crédito por valor de 7.567.091,87 de dólares de EE.UU.[26]

61. Posteriormente, tanto AEC como COL presentaron ante el SRI solicitudes de devolución relacionadas con el IVA pagado entre enero de 1998 y abril de 1999, y entre septiembre de 2000 y mayo de 2001 (en el caso de AEC), y por el período entre enero de 1999 y diciembre de 2000 (en el caso de COL).[27] Las solicitudes de devolución del IVA pagado antes de marzo de 2000 se basaron en una regularización de las cuentas de AEC y COL, siendo incluido el IVA en la contabilidad como crédito tributario y cuentas a cobrar. Antes de la adquisición de las compañías por EnCana, en mayo de 1999, y de la regularización de cuentas, los pagos del IVA habían sido contabilizados como gastos de explotación.

---

[24] Informe de la Demandante, 26 de abril de 2004, §§105-107.

[25] Véanse Demandante, Declaraciones de testigos adjuntas a la declaración, vol. 1, Tab. 1, Pablo Buenaño, 26 de abril 2004, §15; Demandante, Declaraciones de testigos adjuntas al informe, vol. 1, Tab. 6, David Paredes, 23 de abril de 2004 (traducción al inglés en Demandante, Declaraciones de testigos adjuntas a la Respuesta al Contrainforme, vol. 1, Tab 1), §§4.4-4.5

[26] La Resolución 736 parece estar vinculada, al menos parcialmente, al IVA pagado por AEC antes de ser adquirida por EnCana.

[27] Véase la tabla de la Notificación de Arbitraje y escrito de demanda de la Demandante, §27.

62. Al igual que muchos esquemas tributarios nacionales, el régimen ecuatoriano del IVA funciona sobre la base de que si un sujeto pasivo de este impuesto solicita un crédito tributario o una devolución del IVA, deberá presentar a las autoridades fiscales una solicitud debidamente documentada. Todo pago de reintegros estaría así sujeto a la oportuna auditoría y verificación de las autoridades tributarias.

63. Tenemos la declaración de la Dra. De Mena, Directora General del SRI durante el período relevante, de que una vez que se instituyó el mecanismo de reembolso del IVA, el SRI recibió numerosas solicitudes de reembolso. Estas reclamaciones fueron abonadas en su totalidad.[28]

64. A mediados de 2001, el SRI reunió a un equipo de auditores para que examinase las devoluciones que se estaban otorgando tras la modificación de la ley, en especial los reintegros abonados a las compañías petroleras.[29]

65. Al parecer, como parte de este proceso, el 14 de junio de 2001 el titular de la Dirección Regional Norte del SRI escribió al Dr. Rodolfo Barniol, Presidente Petroecuador, solicitándole información acerca de los Contratos de Participación y sus modificaciones.30 Aunque esta carta no fue presentada al Tribunal, por la respuesta parece claro que tenía por objeto averiguar si el IVA estaba incluido en los costos de los contratistas para el cálculo de los factores de participación.

66. El Dr. Barniol respondió el 11 de julio de 2001,[31] adjuntando una memoria fechada el 9 de julio de 2001 del Jefe de la Unidad de Administración de Contratos Petroleros de Petroecuador, Sr. Francisco Rendón.[32] La memoria adjunta expone, en la parte relevante, lo siguiente:

> «Esta Unidad consideró que los puntos 2, 3 y 4 del oficio de la referencia, era necesario explicar personalmente a los funcionarios de la Dirección Regional del Servicio de Rentas Internas del Norte, las razones por las cuales no era posible atender favorablemente lo solicitado; [...]
>
> - De conformidad con el reglamento del Sistema Especial de Licitación respectiva, Petroecuador, elabora todos los documentos inherentes a la misma.
>
> - En base a documentos de trabajo internos, se establecen las condiciones y parámetros técnicos y económicos de razonabilidad para calificar las ofertas, para que exista un equilibrio entre los posibles egresos e ingresos que genere el proyecto, bajo condiciones de rentabilidad razonable para las Partes y guardando

---

28 Primera declaración del testigo Dr. De Mena, apartado 16.

29 Primera declaración de la testigo Dra. De Mena, apartado 17; Transcripción, día 4: p. 83, línea 22, p. 84, línea 12. Ref. las declaraciones finales del Sr. Barrack, día 5: pp. 28-9.

30 Carta oficial nº 002098, 14 de junio de 2001.

31 Carta oficinal nº 0378-PEP-2001 2866.

32 Memoria nº 392-ACP-2001, 9 de julio de 2001

una lógica concordancia sobre el costo-beneficio que las inversiones en esta clase de proyectos requiere.

- Las compañías interesadas en participar en la licitación, elaboran sus ofertas en base al principio antes señalado, y no es requisito el que presenten el detalle de sus estudios económicos, financieros y técnicos para participar en la licitación convocada.

- La compañía oferente conoce obviamente toda la legislación nacional aplicable en materia hidrocarburífera, incluida la del orden tributario, y puede advertir cuáles son los tributos que encarecen el costo del proyecto en forma directa y cuáles tienen efecto indirecto por ser reembolsable, como en el caso del IVA.»

67. A pesar de este aparente tono negativo en relación a la pregunta sobre si los factores del IVA estaban incluidos en los Factores de Participación, la memoria del Sr. Rendón fue posteriormente utilizada por el SRI para expedir algunas de las resoluciones denegando las solicitudes de devolución de AEC y de COL.

68. Posteriormente, el 12 de septiembre de 2001, la Dra. De Mena escribió al Dr Barniol, tras una reunión que al parecer tuvo lugar el 5 de septiembre de 2001, solicitando una consulta sobre la cuestión de la inclusión del IVA dentro de los factores de participación de los Contratos de Participación.[33] Haciendo referencias a los cambios en la legislación de 1999, en particular del Artículo 69A de la LRTI y del Artículo 169 del Reglamento, la Dra. De Mena continuó:

> Amparados en dichas reformas a la Ley y su reglamento, los exportadores pueden solicitar la devolución del IVA por las ventas realizadas al exterior y por las cuales ha generado un crédito tributario que no puede ser compensado porque no tienen ventas internas y además exportan toda su producción, como lo señalan las empresas petroleras que exportan hidrocarburos. Consecuentemente, las compañías petroleras que han firmado contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos con el Estado por intermedio de Petroecuador, han solicitado la devolución del IVA por sus exportaciones de hidrocarburos.

69. A continuación se presentaba un análisis de la situación fiscal relativa a los Contratos de Participación, basándose en el Artículo insertado después del Artículo 12 de la Ley de Hidrocarburos (apartado 26 precedente); la conclusión expuesta fue que «..por lo tanto, las inversiones, costos y gastos son consideradas en las ofertas para la adjudicación de los contratos de participación». Se hacía referencia asimismo al Artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos en lo relacionado a la estabilidad económica, que contemplaba un ajuste en los porcentajes de participación «cuando el sistema fiscal aplicable al contrato hubiese sido modificado, con el objeto de restablecer la economía del contrato en efecto antes de la modificación fiscal»; la conclusión fue nuevamente de que «los impuestos se consideraban

---

[33] Carta oficial nº 000567, 12 de septiembre de 2001.

incorporados en la participación de las partes y, por consiguiente, incluidos en los costos y gastos que afectan a la economía del contrato.» Continuaba el análisis:

> «Estudiada dicha normativa, se entiende que en esta modalidad de contratación, la contratista por su cuenta y riesgo se compromete a realizar todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción. A cambio el Estado le entrega una participación en la producción fiscalizada. Entonces, para llegar al cálculo de dicha participación como forma de pago y conforme a la legislación anotada hasta aquí, la participación que recibe la contratista reconoció sus inversiones, costos y gastos para la inversión del crudo, incluyendo los impuestos que generaría tal actividad como el impuesto al valor agregado (IVA).»

70. A la luz de tales consideraciones, la *consulta* solicitada por la Dra. De Mena proseguía:

> «El Estado Ecuatoriano, por intermedio de Petroecuador en los contratos de participación al reembolsarle sus inversiones, costos y gastos por medio del porcentaje de participación, ¿reconoció en dichos reembolsos el impuesto al valor agregado (IVA) y otros tributos que afecten la actividad?»

Obviamente, el SRI continuaba a la sazón partiendo del supuesto que, con la excepción de los contratos de participación, existía derecho de crédito o tributario o reembolso.

71. El Dr. Barniol respondió el 20 de noviembre de 2001;[34] habiendo definido los antecedentes de la consulta solicitada (incluyendo otras reuniones con funcionarios de la Dirección Regional del Servicio de Rentas Internas del Norte), hizo mención a diversas disposiciones relevantes. En primer lugar, su análisis hizo hincapié en que los contratos de participación no implicaban «reembolso» por parte del Estado de las inversiones, costos y gastos de la contratista. Tras mencionar varios otros puntos, el análisis prosigue:

> «- Antes de participar, las compañías interesadas en las licitaciones tienen pleno conocimiento de las Bases de Contratación y en base a ello elaboran sus ofertas que luego son presentadas de acuerdo a los requisitos prestablecidos para participar en el respectivo concurso. No es obligatorio que presenten el detalle de sus estudios económicos, financieros, técnicos, de mercado, etc., por lo que PETROECUADOR no puede certificar si en las ofertas de las empresas interesadas, estaba considerado el IVA como costo.
>
> Las compañías oferentes conocen toda la legislación ecuatoriana aplicable a los contratos, como en forma expresa se cita en las ofertas y en cada uno de los contratos suscritos. Consecuentemente saben de las obligaciones económicas y tributarias que deben satisfacer una vez que se suscriban los contratos. Mantener lo contrario sería afirmar que el ESTADO ECUATORIANO no ha actuado de buena fe.

---

[34] Carta oficial nº 1274-ACP-2001-4744, 20 de noviembre de 2001.

> La empresa estatal de Petróleos del Ecuador, luego de esta exposición y al recalcar que en los Contratos de Participación [..] no existen los reembolsos de las inversiones, costos y gastos, sino una participación en la producción, de acuerdo con las ofertas presentadas por los oferentes, hoy Contratistas, y al no estar PETROECUADOR en capacidad de certificar documentadamente si en dichas ofertas, los Contratistas incluyeron como un costo el IVA, considero que al existir norma legal sobre la cual en esta comunicación se ha realizado una larga exposición, debe aplicarse dicha norma; y si a pesar de ello, existieran controversias, las mismas debe ser dirimidas por la autoridad competente en la materia, esto es, el Servicio de Rentas Internas, en primera instancia, y en apelación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal.
>
> Vale señalar que PETROECUADOR, de ser el caso, estará a espera del fallo de la autoridad competente, a fin de determinar si procede o no la renegociación de los factores de participación y así preservar el equilibrio económico del Contrato, tanto como ser fiel a su política de respetar el marco legal vigente.»

72. En su testimonio oral, la Dra. De Mena manifestó que había encontrado sorprendente la carta del Dr. Barniol, que recibió tras emitirse las tres resoluciones denegatorias:

> **Sr. Barrack.** Así que, de hecho, en su respuesta Petroecuador no pudo decirle o no le dijo si el IVA estaba incluido en los factores de participación, ¿no?
> **Dra. De Mena.** Escribí esa carta porque el Sr. Barniol dijo que, en base a su análisis de la situación, había descubierto que Occidental había incluido claramente el IVA pagado y repercutido... sus costos habían sido incluidos en el contrato. Preparamos juntos el borrador de la carta. Y la respuesta me sorprendió en cierto modo, porque me había confirmado que no quedaba claro en ninguna otra compañía, excepto ésta, que el IVA estaba incluido en el contrato como costo, y de la respuesta del Sr. Barniol se puede interpretar lo que se quiera.
> [...]
> **Sr. Barrack.** Para el momento en que recibió esta carta, de hecho había usted expedido otra resolución denegatoria, con fecha 24 de septiembre de 2001. Es decir que en el momento de recibir esta carta, había usted expedido tres de las resoluciones denegatorias, ¿es correcto?
> **Dra. De Mena.** Sí. ¿Me permite aclararlo? Lo hice porque estaba convencida, después de hablar con él, que confirmaría lo que habíamos dicho cuando tratamos el asunto, y que confirmaría entonces lo que habíamos quedado. Y por lo que habíamos hablado, entendí que le quedaba claro lo que estaba ocurriendo con diferentes compañías petroleras. Pero las únicas autoridades competentes en asuntos fiscales son las autoridades tributarias.
> **Sr. Thomas**. Estoy pensando en el comentario que hizo usted antes. ¿Entendí bien que había usted consultado a Petroecuador sobre el asunto de si los contratos de participación incluían el IVA y de que esta carta del Presidente de Petroecuador la sorprendió? En otras palabras, ¿consideró usted esto como un cambio en la posición que previamente había entendido de Petroecuador?
> **Dra. De Mena**. En efecto, así es. Fue un cambio de posición en relación con lo que habíamos tratado.

> **Sr. Thomas**. Antes de esta carta, ¿lo que usted había entendido de sus conversaciones con Petroecuador era que el IVA sí estaba incluido en los contratos de participación?
> **Dra. De Mena.** Los contratos de participación cubrían todos los gastos y costos, incluyendo obviamente el IVA, que es parte intrínseca de los costos y gastos.[35]

73. A partir del 28 de agosto de 2001, el SRI expidió resoluciones rechazando las solicitudes de AEC y de COL («las Resoluciones denegatorias»).[36] Según la Demandante, esto se fundamentó en que las devoluciones del IVA estaban incluidos en los factores X de los Contratos de Participación.

74. Al parecer, todas las Resoluciones, con la excepción de la Resolución 3191 (COL) fueron gestionadas personalmente por la Dra. De Mena. La Resolución 3191 fue expedida por el titular de la Dirección Regional del Servicio de Rentas Internas del Norte.

75. Las Resoluciones 00669 y 00670 fueron expedidas por el SRI el 28 de agosto 2001, en relación con AEC y COL, respectivamente. Para justificar la decisión de rechazar un gran número de solicitudes de devolución, que cubrían el período entre octubre de 2000 y mayo de 2001 (en el caso de AEC) y entre septiembre y diciembre de 2000 (en el caso de COL), las Resoluciones denegatorias apuntaban una serie de fundamentos.

76. Tomando primero como ejemplo la Resolución 00669, en las consideraciones de hecho las resoluciones hacen referencia a (y citan) la carta de la Dirección Regional del SRI del Norte del 14 de junio de 2001 y a la respuesta del 9 de julio 2001, adjuntando la memoria del 11 de julio de 2001, citada en el apartado 66 precedente.

77. En segundo lugar, en las consideraciones de derecho, las resoluciones hacen referencia a al artículo no numerado insertado a continuación del Artículo 12 de la Ley de Hidrocarburos de 1993, que regula los contratos de participación (citado en el apartado 26 precedente) y a otros instrumentos legales relativos al contenido de las ofertas que deben incluirse en el proceso de licitación, concluyendo:

> «e) De lo expuesto se entiende que en esta modalidad de contratación, la contratista por su cuenta y riesgo se compromete a realizar todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción. A cambio el Estado le entrega una participación en la producción fiscalizada. Entonces, para llegar al cálculo de dicha participación, como forma de pago y conforme a la legislación anotada hasta aquí, la participación de la contratista debía considerar en sus inversiones, costos y gastos para la inversión del crudo, los impuestos que generaría tal actividad. Y siendo que uno de los impuestos de mayor presencia en el espectro tributario de cualquier actividad económica es el impuesto al valor agregado, resultaría extraordinario que no se halle el mismo. »

---

35 Día 4, p. 89, líneas 11-24; p. 90, línea 8 – p. 92, línea 11.

36 Véase la tabla de la Notificación de Arbitraje y escrito de demanda de la Demandante, 14 de marzo de 2003, §27; véanse también las Pruebas 4, 5, 6 y 7.

Se hacía entonces referencia a la memoria del 11 de julio de 2001, en apoyo de dicha conclusión. Las consideraciones de derecho continuaban exponiendo:

> «f) Por lo tanto no es aplicable la disposición del Artículo 69A de la Ley de Régimen Tributario Interno, por cuanto el estado Ecuatoriano al reembolsarle sus inversiones, costo y gastos por medio del porcentaje de participación, incluyó en dichos reembolsos el impuesto al valor agregado –IVA- y otro tributos que afectan a la actividad.»

A la sazón no se mencionaba ninguna controversia basada en el hecho de que la extracción de petróleo no entraba dentro del concepto de «fabricación» contenido en el Art. 69A de la LRTI.

78. La siguiente de las Resoluciones denegatorias fue la nº 00736, del 24 de septiembre de 2001, basada en un dictamen de la Dra. De Mena sobre un recurso presentado por COL contra la Resolución nº 001730 del 31 de agosto de 1999, expedida por Dirección Regional del SRI del Norte rechazando la solicitud de un reembolso.

79. La Resolución nº 00736 adoptaba un lenguaje que, en esencia, era el mismo empleado en las Resoluciones 00669 y 00670, y confirmaba la resolución apelada. La decisión apelada del titular de la Dirección Regional del SRI del Norte había enumerado las normas de contabilización de costos de los contratos de participación, que requería que «todos los costos y gastos incurridos en las diferentes etapas de Exploración, Desarrollo, Producción, Transporte, Comercialización, etc.» fuesen contabilizados como tales; esto excluía el derecho a un crédito tributario en concepto del IVA pagado.

> «... los valores pagados por el IVA en las importaciones y compras locales efectuadas por [City Investing Company Limited] deberán ser registrados como parte de los costos de la mercadería, según lo establece el [Reglamento de Contabilidad de Costos en Contratos de Hidrocarburos, Contrato de Participación para la exploración y explotación] ...
> ... de acuerdo a lo establecido en el Art. 65 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el IVA pagado en las referidas adquisiciones no da derecho a crédito tributario. Por lo tanto se vuelve inaplicable lo establecido en el Artículo 169 del [Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno]»

80. El 12 de noviembre de 2001, antes de la recepción de la carta del Dr. Barniol fechada el 20 de noviembre 2001, se presentó una respuesta en nombre del SRI en relación con los recursos contra las Resoluciones 00669 y 00670 de AEC y COL, respectivamente. Esta respuesta se fundamentaba tanto en el argumento de que el IVA se consideraba como reembolsado en el marco de los factores de participación como en el alegato de que la extracción de petróleo no constituye «*fabricación*».[37]

81. El 20 de diciembre de 2001, el titular de la Dirección Regional del SRI del Norte expidió la Resolución nº UR-0003191, en relación con una reclamación de devolución de

---

[37] Compendio de materiales preparados por EnCana, vol. 1, tab 4, p. 11.

IVA presentada por COL. Contenía un lenguaje similar al de las resoluciones denegatorias previas, haciendo referencia a la naturaleza de los contratos de participación y al hecho de que se consideraba el IVA como compensado por el factor de participación (apartado 3(f)), aunque no se hacía referencia ninguna a la memoria de Petroecuador del 11 de julio de 2001 ni a la carta del Dr. Barniol del 20 de noviembre de 2001. En este momento todavía no se presentaba el argumento de que la extracción de petróleo no constituía «fabricación» en el sentido del Artículo 69A de la LRTI.

82. El 1 de abril de 2002, la Directora General del SRI expidió la Resolución 233 con el objeto de anular cada una de las Resoluciones originales en virtud de las cuales se habían pagado reembolsos a AEC, y ordenó el inicio del procedimiento para recobrar la suma de 7.567.091,87 de dólares de EE.UU. previamente abonada en concepto de reintegro del IVA. El procedimiento se canalizó mediante una apelación presentada por el titular de Dirección Regional del SRI del Norte, el 7 de septiembre de 2001, contra las resoluciones que autorizaban los reembolsos a varias compañías petroleras. Los fundamentos aducidos para la anulación fueron que los reintegros del IVA habían sido pagados indebidamente, por cuanto las sumas ya habían sido compensadas en el marco de los Contratos de Participación. Asimismo, se manifestaba que no tenían derecho al reembolso por cuanto éste se aplicaba exclusivamente al IVA pagado con respecto a la exportación de bienes para los cuales se hubiese utilizado materiales y servicios para la «*fabricación*» de los productos exportados.[38]

83. La Resolución 233, en el apartado que contenía los alegatos del SRI (al igual que en las resoluciones anteriores), hacía referencia al artículo que regulan los contratos de participación en la Ley de Hidrocarburos. A continuación, pasaba a exponer el argumento de la «*fabricación*»:

> «e) El Art. 69A... señala claramente lo siguiente: Las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado el impuesto al valor agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes empleados en la fabricación de bienes que se exporten, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado [...] (énfasis del autor)
>
> f) El Petróleo no es un bien que se fabrica o que sufre un proceso, simplemente se lo extrae de los yacimientos que son propiedad del Estado Ecuatoriano. Según el Diccionario de la Lengua Española, fabricar significa: "producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos". En el caso de la extracción del petróleo no se hace ni se produce ninguna cosa, se lo extrae y se lo exporta, sin sufrir transformación alguna.»

Y continúa, en un lenguaje que recuerda al de las resoluciones precedentes:

> «k) ... quien invierte en una actividad de riesgo como es la actividad petrolera, siempre considera que todas sus inversiones, costos y gastos sean recuperables en su totalidad o cubra su porcentaje de riesgo con una alta rentabilidad, la misma que en el caso de la actividad petrolera está contemplada en el porcentaje de participación

[38] Véase la Prueba 8 de la Notificación de Arbitraje y escrito de demanda de la Demandante, 14 de marzo de 2003.

otorgado por el Estado Ecuatoriano y determinado al momento de la negociación del contrato. Ésta es una práctica generalmente aceptada en materia hidrocarburífera alrededor de todo el mundo y que la empresa consideró en la negociación del porcentaje de participación al igual que la normativa tributaria vigente a la fecha de la firma del contrato, en la que no se contemplaba devolución de IVA.

l) Siendo que los porcentajes de participación de la contratista reconocieron ya el pago de todos los impuestos, el Estado Ecuatoriano al aceptar la solicitud de devolución del IVA presentada ante el SRI atendiendo a la condición de exportador de la contratista, duplica dicho reconocimiento que ya fue hecho en su momento por Petroecuador, quien actúa a nombre del Estado, ese mismo Estado que con su poder de imperio crea los impuestos.

p) [...] La normativa jurídica aplicable a la fecha de suscripción del Contrato Modificatorio al Contrato de Participación (25 de julio de 1995) ni la normativa actual, han previsto que la actividad de extracción y exportación de petróleo crudo otorgue derecho a crédito tributario y menos aún a la devolución del IVA. Es por ello que el IVA pagado por la Contratista ya fue considerado dentro del porcentaje de participación de ésta al momento de la negociación del contrato, así como los demás tributos, gravámenes, contribuciones y cargas que afectan a la actividad de la Contratista y que son pagadas por ésta conforme a lo que establece la Ley [...]

r) [...] Concomitantemente con la norma legal del Art. 69-A de la Ley de Régimen Tributario Interno, el actual Art. 169 del reglamento únicamente prevé la devolución del IVA pagado en la importación o adquisición local de insumos, materias primas y de servicios utilizados en los productos elaborados y exportados por el fabricante o productor; es decir, la norma reglamentaria tampoco es aplicable a las actividades de explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado ecuatoriano, tanto más que este último ya ha reembolsado este tributo a la contratista al haber aceptado el porcentaje de participación propuesto por ella y que contenía ese costo...»

Aunque en el recurso presentado por el titular de la Dirección Regional del SRI del Norte se hacía referencia a la memoria del 11 de julio de 2001, con el objeto de invalidad las diversas resoluciones originales, esto no fue incluido en los razonamientos de la Dra. De Mena. Tampoco se hacía ninguna referencia a la carta del Dr. Barniol del 20 de noviembre de 2001.

84. Ya se verá que la Resolución 233 presentaba dos fundamentos distintos para denegar el derecho a la devolución del IVA (y, en consecuencia, para exigir la devolución de los reintegros de IVA ya pagados): en primer lugar, que «el IVA pagado por la Contratista ya fue considerado dentro del porcentaje de participación de ésta al momento de la negociación del contrato»; en segundo lugar, que el Artículo 69A de la LRTI es aplicable exclusivamente a productos fabricados y no a «actividades de explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado ecuatoriano». Este último argumento, al parecer utilizado por primera vez por el titular de la Dirección Regional del SRI del Norte el 7 de septiembre al

presentar su apelación contra las resoluciones previas que concedían los reintegros, fue ahora empleado como fundamento adicional por la Directora General de SRI.[39]

85. Así pues, en lo que respecta a la justificación para denegar los reembolsos y para revocar las resoluciones anteriores que sí los autorizaban, la posición del SRI cambió significativamente entre las Resoluciones 00669 y 00670 adoptadas el 28 de agosto de 2001, y la Resolución 233, adoptada el 1 de abril de 2002. En su testimonio oral, la Dra. De Mena admitió libremente eso:

> **Sr. Ordway**. El objeto de este arbitraje son cinco resoluciones expedidas por el SRI con respecto a las devoluciones del IVA a estas compañías, City Investing y City Oriente. No obstante, dichas resoluciones no se centran en el Artículo 69A. Tratan, por ejemplo, del contrato. ¿Es que su posición ha evolucionado en el transcurso del tiempo?
> **Dra. De Mena**. El SRI… sí, por su puesto que su parecer ha evolucionado y un punto de justificación del fundamento de las resoluciones es que no afecta a la legalidad de las disposiciones del 69A, que no admite el reembolso en concepto de productos que no han sido fabricados.[40]

Asimismo, admitió libremente que existía una política de reintegros a los exportadores de productos agrícolas (a pesar de que en todo momento la ley no era enteramente clara sobre el particular), y de no autorizarlos a las compañías petroleras exportadoras de crudo, aunque mantuvo la posición de que después de la aprobación del Artículo 69A, la ley no permitía el reembolso a las compañías petroleras:

> **Sr. Ordway**. Con respecto a la posición [de las compañías petroleras. Nota del Traductor] de que sí tenían derecho, ¿existía alguna política con respecto a las petroleras que usted considere pertinente?
> **Dra. De Mena**. La ley no lo permite, o al menos no lo permitía. Pero Ecuador ha sido coherente en su política de no devolver el IVA a las compañías petroleras. Hemos sido coherentes desde que el Ministerio de Economía y Finanzas estaba a cargo de la administración tributaria, después cuando existía un sistema nacional de tributación interna, y ahora con el SRI, fruto de la reestructuración más reciente de la administración fiscal de Ecuador. La coherencia se mantiene.
> Hemos sido siempre coherentes en las diferentes reestructuraciones de nuestras políticas con respecto a ese sector. Y al agrícola, por ejemplo, lo hemos tratado con una política tendiente a promover las exportaciones. Esta política de promover las exportaciones era muy conocida, muy conocidas, y estaban familiarizadas con ella todas las empresas que negociaron con el Gobierno ecuatoriano para invertir en Ecuador. Así que no podía haber ninguna otra expectativa, ya que es la política que hemos aplicado continuamente. Y porque la ley y las disposiciones legales a la sazón

---

[39] Como se ha indicado más arriba, había sido empleado por el SRI en la respuesta presentada el 20 de noviembre de 2001, en relación con el recurso contra las Resoluciones 00669 y 00670 presentado por AEC y COL.

[40] Día 4: p. 63, línea 22 – p. 64, línea 7. Véase también Sr. Venegas, Día 3, p. 94, líneas 18-19.

vigentes era que ninguna ley permitía los reembolsos, al menos legalmente, o bien por mor del 69A, por ejemplo.[41]

Sr. Ordway. Previamente testificó que estaba de acuerdo con la posición de Ecuador, manifestada en su documentación y testimonios, de que las compañías petroleras no tenían derecho al reembolso del IVA en virtud del 69A porque no eran fabricantes. No obstante, usted autorizó devoluciones a los exportadores de flores, a los exportadores de bananas y a los exportadores de otros productos que tampoco son fabricados. ¿Cómo puede explicar esto?
Dra. De Mena. En la normativa había algo que decía que el concepto de fabricantes cubriría también a los agentes económicos del sector agrícola, y tal ha sido la política de Ecuador desde que las autoridades fiscales han comenzado a administrar estos asuntos, o cuando los temas fiscales eran administrados por el Ministerio de Economía y Finanzas. Ésta siempre ha sido la política, una política dirigida a promover las exportaciones. Y el Ministerio de Economía y Finanzas se atuvo a esa política, como las autoridades fiscales y el SRI tras los diversos procesos de reestructuración. Quizá las normas legales no cubran necesariamente al sector agrícola, pero el hecho es que es una política nacional que hemos aplicado de forma continua y que quizá debiéramos hacer más específica.
Sr. Ordway. ¿Cree usted, considerando el lenguaje del 69A, que el autorizar los reembolsos de IVA a esas compañías es quizá algo que debería haberse reconsiderado o que tendría que reconsiderarse?
Dra. De Mena. No lo creo, porque eso se basaba en una política que nuestro país ha seguido tradicionalmente. No obstante, si Ecuador lo considera adecuado, podría ser. No lo sé. Podríamos promulgar una ley, podría ser una buena idea.[42]

Sr. Barrack: Sra. De Mena, entre las cosas que testificó esta mañana dijo que antes de que el Artículo 69A pasara a ser parte de la ley, las compañías petroleras no tenían derecho a reembolsos. ¿Cómo fundamenta usted eso?
Dra. De Mena. No tenían derecho entonces ni lo tienen ahora. Eso es lo que dije. Antes, el Artículo 69A, la normativa, la norma reguladora no tenía los mismos prerrequisitos que ahora. La política de Ecuador era reembolsar todo, y no se abonaban reembolsos a las compañías petroleras.
Sr. Barrack. ¿Pero sí a otros exportadores?
Dra. De Mena. Había reintegros para los exportadores agrícolas, particularmente.
Sr. Barrack. Incluso aunque no hubiese nada en la normativa que mencionase la agricultura, también antes de la normativa había reembolsos para los exportadores, ¿correcto?
Dra. De Mena. Había reembolsos. La norma decía que los productos del sector agrícola podían interpretarse como productos fabricados.
Sr. Barrack. Incluso antes de que existiera la normativa, la disposición específica a la que usted hace referencia, hubo un momento en que no existía en la normativa, ¿no es así?

---

41 Día 4: p. 65, línea 10 – p. 66, línea 8.
42 Día 4: p. 69: 12 – p. 70: 9.

> **Dra. De Mena**. No soy abogada y realmente no he estudiado las normativas anteriores. Pero sé... Todo lo que puedo decir es que siempre hubo reintegros al sector agrícola en virtud de esta política de promover las exportaciones de nuestro país, y es una política bien conocida, bien conocida para los inversores que han venido a negociar contratos con el Estado ecuatoriano.
> **Sr. Barrack.** Por lo que a usted respecta, ¿siempre ha existido una política, al menos desde el punto de vista del SRI, de no autorizar reembolsos a las compañías petroleras?
> **Dra. De Mena**. Por lo que respecta al SRI, cumplimos la ley, específicamente el Artículo 69A.
> **Sr. Barrack.** Pero aún antes del 69A, ¿existía la política de no conceder reembolsos a las compañías petroleras?
> **Dra. De Mena**. El SRI se constituyó en virtud de la Ley 41 de 1997, y previamente eran el Ministerio de Economía y Finanzas y la administración fiscal nacional quienes regían los asuntos tributarios. Y la política era reintegrar el IVA a los exportadores de productos agrícolas. Nunca se pagaron reembolsos a las compañías petroleras.
> **Sr. Barrack.** Entonces la respuesta es sí: siempre existió una política de no reintegrar el IVA a las compañías petroleras durante toda la historia del SRI. ¿Correcto?
> **Dra. De Mena**. Hay aquí un matiz: esa política existía, pero ahora es un prerrequisito legal. Según la ley no es posible hacerlo debido al Artículo 69A. Ahora no está legalmente permitido, así que cumplimos con la ley.[43]

86. No se discute que, si los reembolsos del IVA no hubiesen sido autorizados antes de agosto de 2001, el SRI hubiese tenido derecho de recuperarlos.

(5) Discrepancias sobre los reembolsos de IVA: procedimientos en los tribunales ecuatorianos

87. Este cambio de política de parte del SRI dio lugar a disputas no sólo por parte de AEC y COL, sino también por parte de otras compañías petroleras extranjeras en Ecuador.

88. Por su parte, AEC y COL presentaron recursos ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal de Ecuador dentro del plazo de 20 días prescrito por la legislación ecuatoriana, oponiéndose a cada una de las Resoluciones denegatorias y a la Resolución 233. El Tribunal Distrital de lo Fiscal presentó sus decisiones el 8 de noviembre de 2002 y el 19 de noviembre de 2002. En ellas sostuvo que la legislación tributaria (incluyendo el Art. 69A de la LRTI) no era aplicable en relación al 10% del IVA, por cuanto el asunto debía resolverse en el contexto de las disposiciones de ajustes económicos de los Contratos de Participación y, por consiguiente, quedaban fuera del ámbito del sistema tributario. En cuanto a la diferencia entre el IVA al 10% y el IVA al 12%, consecuencia de la reforma de la legislación fiscal que entró en vigor tras la formalización de los Contratos de Participación, y por lo cual no pudo haberse incluido en éstos ni estar sujetos a las cláusulas de ajuste económico de los mismos, el Tribunal Distrital de lo Fiscal dictaminó que AEL y COL tenían derecho a que se les reintegrase la diferencia. Esta decisión se fundamentó sobre el hecho de que aunque el Art. 69A no era aplicable a las compañías petroleras por cuanto el crudo no se «fabrica», una disposición de

43 Día 4: p. 81, línea 23 – p. 83, línea 21.

la legislación fiscal (Art. 16(2) LRTI) permitía a los tribunales conceder reintegros a los contribuyentes sujetos a impuestos que conllevasen una modificación de la relación económica entre las partes.

89. AEC y COL presentaron apelaciones contra estas sentencias ante la Corte Suprema de Ecuador. Dichas apelaciones fueron posteriormente abandonadas en el momento en que EnCana inició el presente arbitraje, aunque el Artículo XIII(12) del CFPRI sólo requiere el abandono o renuncia a los procedimientos antes los tribunales del Estado anfitrión sólo en el caso de filiales constituidas localmente.[44]

90. A pesar del abandono del recurso legal por parte de ambas empresas, el SRI continuó su contrademanda contra la sentencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal. Esencialmente, el SRI planteó una argumentación restrictiva, manifestando que dado que la diferencia del 2% que se había ordenado reintegrar concernía a los Contratos de Participación, el Tribunal Distrital de lo Fiscal había errado en exigir al SRI que pagase dicho reembolso, en lugar de dejar que el asunto lo tratase Petroecuador. La Corte Suprema confirmó el derecho al reembolso de la diferencia entre el IVA al 10% y el IVA al 12%, con los mismos fundamentos del Tribunal Distrital de lo Fiscal (que no había sido expresamente objetado por el SRI), y rechazó el argumento del SRI sobre su no responsabilidad por el reintegro de la diferencia del 2% sobre la base de que el IVA sólo podía reintegrarse a través de los mecanismos creados por la legislación pertinente. Y que las obligaciones del SRI sobre el particular no podían quedar subyugadas a disposiciones contractuales.[45]

91. Por contraposición, la Corte Suprema, en el *caso Bellwether*[46] rechazó el argumento basado en la «*fabricación*» del Artículo 69A de la LRTI, y sostuvo que la productora de petróleo tenía derecho a un reembolso.

92. No obstante la sentencia el *caso Bellwether*, los Tribunales Distritales de lo Fiscal han continuado dictando autos coherentes con sus primeras decisiones, reforzados por la Ley Interpretativa. En particular, una posterior sentencia en primera instancia del Tribunal Distrital de lo Fiscal en el caso *Repsol* confirmó la interpretación sostenida por el SRI en relación con «*fabricación*», basándose en el historial legislativo del Artículo 69A.[47]

93. Al parecer, según la legislación ecuatoriana las instancias judiciales inferiores pueden hacer tal cosa, porque las sentencias de la Corte Suprema no sientan jurisprudencia hasta que la Corte Suprema halla fallado tres veces en el mismo sentido. El hecho de si la Corte Suprema falló o no tres veces sobre el asunto en cuestión fue objeto de una fuerte controversia entre las partes. No obstante, a la espera de la resolución de la disputa sobre la

---

44 Véase la Decisión sobre la competencia, 27 de febrero de 2004, §20.

45 *City Oriente Ltd. c. Directora General del SRI*, Corte Suprema de Justicia, Caso 42-2003, 14 de enero de 2004 (Prueba R-27, Contrainforme de los fundamentos de Ecuador, Pruebas, vol. 1); y *City Investing Ltd. c. –Directora General del SRI*, Corte Suprema de Justicia, Caso 48-2003, 12 de febrero de 2004 ((Prueba R-28, Contrainforme de los fundamentos de Ecuador, Pruebas, vol. 1).

46 *Bellwether International c. Directora General del SRI*, Caso nº 4-2003-12-4, 12 de noviembre de 2003 (Prueba R-30, Contrainforme de los fundamentos de Ecuador, Pruebas, vol. 1 -versión corregida-).

47 *Repsol YPF c. Directora General del SRI, Tribunal Distrital de lo Fiscal*, Primera Cámara, Caso nº 19803-2288-B, 19 de marzo de 2004 (Prueba R-29, Contrainforme de los fundamentos de Ecuador, Pruebas, vol. 1 -versión corregida-); véase también Contrainforme de la Demandada, 25 de junio de 2004, §§37-38;

composición de la Corte Suprema, el sistema judicial está incapacitado en este momento de adoptar resoluciones definitivas en todos los casos pendientes.

94. En consecuencia, las partes sostienen versiones encontradas sobre si la legislación ecuatoriana ha otorgado o no el derecho al reembolso del IVA a AEC y a COL. Se han aportado numerosos informes periciales, así como las opiniones de los diversos testigos de hecho, en cuanto a la ley ecuatoriana aplicable. El Tribunal tratará este tema en una fase posterior.

(6) Ley Interpretativa nº 2004-41 (2004)

95. El 2 de agosto de 2004, el Congreso Nacional de Ecuador promulgó la Ley nº 2004-41, una Ley Interpretativa relativa al Artículo 69A de la LRTI.[48] La Ley Interpretativa fue publicada en el Registro Oficial el 11 de agosto de 2004. El apartado operativo dispone que el Artículo 69A de la LRTI debe interpretarse «en el sentido de que el reintegro del Impuesto al Valor Agregado, IVA, no es aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización de petróleo crudo, puesto que el petróleo no se fábrica, sino que se lo extrae de los respectivos yacimientos».

96. El preámbulo de la Ley Interpretativa manifiesta lo siguiente:

> «Que el artículo 69-A incorporado en la Ley de Régimen Tributario Interno por la Ley 99-24 publicada por el Suplemento del Registro Oficial Nº 181 del 30 de Abril de 1999, dispone la devolución del Impuesto al Valor Agregado pagado en la adquisición de bienes empleados en la fabricación de bienes que se exporten, con el propósito de promover la exportación de bienes con mayor valor agregado nacional;
>
> Que el petróleo no es un bien que se fabrica sino que se lo extrae de los yacimientos petroleros, por lo que en la Clasificación Internacional Uniforme de Actividades Económicas (CIIU), la actividad de extracción de petróleos figura en la sección C, División 12, Grupo 120, en tanto que, las actividades de fabricación o manufactureras están comprendidas en la Sección D de dicha Clasificación Internacional;
>
> Que el artículo añadido a continuación del artículo 55 de la Ley de Régimen Tributario Interno, por la Ley 99-41, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nº 321 del 18 de noviembre de 1999, expresamente excluye a la actividad petrolera del tratamiento previsto en dicha norma;
>
> Que de acuerdo con las normas previstas en la Ley de Hidrocarburos, los porcentajes de participación de las empresas petroleras deben establecerse de tal manera que les permita recuperar los costos, gastos, contribuciones y demás tributos que afectan a la actividad petrolera, además de una utilidad razonable;

48 Véanse las Pruebas de la Contrarréplica de la Demandada, vol. 1, R-83.

Que la misma Ley de Hidrocarburos y su Reglamento prevén que en el caso de que las modificaciones tributarias o cualquier otra norma legal afecte a la economía de los contratos, ésta se restablecerá mediante el ajuste de los porcentajes de participación;

Que pese a las empresas y claras disposiciones constantes en la legislación ecuatoriana respecto a esta materia, empresas trasnacionales dedicadas a la explotación de hidrocarburos, aduciendo argumentos no legítimos vienen reclamando en tribunales del Ecuador y otros de carácter internacional la devolución del Impuesto al Valor Agregado;

Que atropellando la competencia asumida por los tribunales ecuatorianos, se ha trasladado al conocimiento y resolución sobre esta materia fuera del país, donde es posible confundir sobre el contenido y alcance de nuestra legislación;

Que la incorrecta aplicación del artículo 69-A de la Ley de Régimen Tributario Interno ha ocasionado graves perjuicios económicos al Estado Ecuatoriano;

Que de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 130 de la Constitución Política de la República del Ecuador, corresponde al Congreso Nacional interpretar las leyes con carácter generalmente obligatorio; y,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales [expide la siguiente:] »

97. Ante el Tribunal hubo cierto debate en cuanto a la constitucionalidad y efectos legales de la Ley Interpretativa. No obstante, por lo que el Tribunal entiende, no se han emprendido acciones para objetar su validez. También se debatió la cuestión de si se trataba de algo de efecto puramente prospectivo.

(7) Intentos de renegociar el factor de participación con Petroecuador

98. Así, merced a una combinación de actos ejecutivos, decisiones judiciales y, eventualmente (tras la sentencia adversa del caso *Occidental*) una Ley Interpretativa, Ecuador adoptó la posición de que el IVA al que están sujetas las compañías petroleras no se les reintegraría porque éstas no se dedican a actividades de «*fabricación*» a los efectos del Artículo 69A de la LRTI, y que los únicos recursos que les asistían era la modificación del factor de participación en virtud de las cláusulas de ajuste de los contratos de Petroecuador.

99. No obstante, a esta posición no se llegó inmediata ni inequívocamente. Cuando algunas de las compañías afectadas pretendieron negociar un ajuste de los Contratos de Participación, Petroecuador rechazó dichas reclamaciones alegando que las devoluciones del IVA eran cuestión del SRI.[49] Por contra, la posición del SRI —y para el caso la del

[49] Véase el *Laudo de Occidental*, apartado 35.

Presidente de Ecuador[50]— fue que cualquier ajuste tendría que negociarse en el marco de los contratos, y bajo los términos y condiciones de la legislación y práctica tributaria ecuatoriana. Esta posición parece que es la que ha prevalecido, finalmente, en el momento de la promulgación de la Ley Interpretativa.

(8) Destitución de los jueces de la Corte Suprema y eventos relacionados

100. En diciembre de 2004, prácticamente todos los jueces de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional fueron destituidos por resolución del Congreso. Tales eventos provocaron considerables críticas en Ecuador y en otras partes.[51] Según la memoria posterior a la vista de la Demandante, el Presidente de Ecuador dijo en una entrevista para la televisión que «dos o tres días antes de cambiar la Corte, los jueces aparentemente fallaron contra los intereses del Estado y admitieron las demandas de devoluciones relacionadas con el petróleo presentadas por varias compañías extranjeras».[52]

101. La Demandada respondió mediante una carta, fechada el 11 de febrero de 2005, a la que adjuntó una declaración del Presidente de Ecuador, SE Lucio Gutiérrez Borbúa, dirigida al Tribunal. El Presidente destacó (a) que a los jueces, designados en 1998 para un período de 4 años, se les había prorrogado en su cargo de manera temporal, y que el Congreso había decidido por mayoría reorganizar la Corte Suprema, nombrando 31 nuevos miembros; (b) que en el momento de la reorganización, ni EnCana ni ninguna filial actual o antigua de EnCana tenía ningún caso pendiente ante la Corte Suprema. El Presidente Gutiérrez hizo referencia a la entrevista en la televisión, aunque manifestó:

> «En virtud de mi cargo como Presidente Constitucional de la República, rechazo enfáticamente cualquier hipótesis que pudiese llevar al Tribunal a la conclusión de que mi Gobierno interfirió en la reorganización de jueces de la Corte Suprema de Justicia, y que dicha reorganización tuviese cualquier relación con las querellas presentadas por las compañías petroleras ante los tribunales ecuatorianos.»

A continuación, insistió en la independencia del Poder Judicial de Ecuador y en el compromiso de su país de cumplir con los procedimientos de arbitraje contemplados en los tratados de los cuales Ecuador es signataria.

102. Es verdad que a la sazón no existía ningún procedimiento emprendido por EnCana; éstos habían sido retirados cuando se inició el presente proceso. Por otra parte, sí estaban pendientes de resolución por la Corte Suprema procedimientos emprendidos por otras compañías petroleras.

---

[50] Véase la carta del 27 de octubre de 2003 (DPR-2003-229) del Presidente Gutiérrez a la Dra. De Mena, dándole instrucciones para resolver las disputas con las compañías petroleras mediante la aplicación de las disposiciones de estabilidad económica de la Ley de Hidrocarburos. Posteriormente, la Dra. De Mena transmitió esas instrucciones al Presidente Ejecutivo de PetroEcuador: véase la carta del 21 de julio de 2004 (nº 0240).

[51] Véase, por ejemplo, E/CN.4/2005/60/Ad.4 (29 de marzo de 2005).

[52] Entrevista en la televisión al Presidente Gutiérrez, 14 de diciembre de 2004, memoria posterior a la vista de EnCana, 23 de diciembre de 2004, Prueba 2.

103. Tras las deliberaciones para la elaboración del borrador del laudo, el 4 de abril de 2005 el Tribunal formuló a las partes una serie de preguntas. Concretamente, preguntó:

> 1. En relación con la carta del Presidente de Ecuador del 27 de octubre de 2003 dirigida a la Dra. De Mena, en el período entre octubre de 2003 a julio de 2004, ¿qué hizo Ecuador, incluyendo PetroEcuador, para dar efecto al contenido de esa carta?
> 2. En cuanto al período posterior a julio de 2004, ¿qué pasos concretos, si acaso, adoptó Ecuador, incluyendo PetroEcuador, para llevar a efecto al preámbulo de la Ley Interpretativa del 11 de agosto de 2004?
> 3. ¿Pidió EnCana, alguna filial de EnCana o cualquier otra compañía petrolera afectada, a PetroEcuador:
>
> a. que diese efecto a lo expuesto en la carta del Presidente del 27 de octubre de 2003?;
> b. que actuase para resolver cualquier cuestión pendiente a la luz de los asuntos expuestos en el preámbulo de la Ley Interpretativa?

104. El 20 de abril de 2005, el Presidente Gutiérrez fue destituido por el Congreso y abandonó el país, obteniendo asilo político en Brasil.

105. Las respuestas de las partes a las preguntas que formuló el Tribunal el 4 de abril de 2005 fueron presentadas el 16 y el 27 de mayo de 2005. Estas manifestaciones dejaron evidencia una serie de discrepancias en cuanto a los hechos. Según Ecuador, se hicieron considerables esfuerzos para renegociar los contratos en virtud de las cláusulas de estabilidad económica, negociaciones que algunos casos llegaron a buen término. Además, el Procurador General manifestó que en varias ocasiones él personalmente había invitado a EnCana a estas negociaciones, algo que el Sr. Keplinger, Director General de AEC, declinó hacer. Según EnCana, aunque sí tuvo lugar una reunión entre el Sr. Keplinger y el Procurador General el 5 de agosto de 2004, en la misma no se presentó ninguna oferta concreta de negociar. Ni tampoco las comunicaciones del Procurador General con el embajador de Canadá y otros funcionarios de la Embajada canadiense llevaron a ninguna propuesta concreta: además de que «no se observó ningún indicio de que Ecuador, sea a través del SRI o de Petroecuador, está dispuesto a adoptar ninguna medida para entregar ningún importe adicional adeudado a AEC o a COL en concepto de las devoluciones del IVA pagado».[53] Asimismo, EnCana rechazó que los contratos renegociados por dos productoras marginales fuesen comparables a los Contratos de Participación con las filiales de EnCana.

106. No es necesario que el Tribunal resuelva las discrepancias en los hechos entre las partes que dejaron en evidencia las respuestas del 16 y 27 de mayo de 2005. Parece claro (a) que tuvo lugar una reunión sin resultados entre EnCana y el Procurador General; (b) que efectivamente el Procurador General, en más de una ocasión, trató el tema de los Contratos de Participación con funcionarios de la Embajada de Canadá; (c) que EnCana mantuvo la actitud general, como lo hizo desde el principio, de que tenía derecho a las devoluciones del IVA y de que continuaría su demanda sobre el particular ante este Tribunal; y (d) que las manifestaciones del lado ecuatoriano, así como —en fechas posteriores— la agitación política que rodeó las medidas contra las Cortes y la destitución del Presidente, convirtieron a

---

[53] Declaración del testigo Keplinger, 16 de mayo de 2005, apartado 33.

la renegociación en una opción insatisfactoria. En palabras del Sr. Keplinger, las compañías petroleras, incluyendo las filiales de EnCana, «se muestran por consiguiente muy reacias a reabrir cualquiera de sus contratos con el Gobierno de Ecuador».[54]

C. DENUNCIA DE VULNERACIÓN DEL CFPRI POR PARTE DE ENCANA

107. Como resultado de las decisiones del SRI de negarse a los créditos/reembolsos del IVA y de pretender recobrar los créditos/reembolsos previamente otorgados a sus filiales, EnCana aduce una serie de vulneraciones del CFPRI. Concretamente, EnCana denuncia que Ecuador ha violado los siguientes Artículos:[55]

- Artículo II(1), por adoptar medidas contrarias a su obligación de «estimular la creación de condiciones favorables conducentes a que los inversionistas de la otra Parte Contratante efectúen inversiones en su territorio»;
- Artículo II(2)(a), por incumplir el compromiso de dar a las inversiones y beneficios de EnCana un tratamiento justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional;
- Artículo IV(1), por el hecho de que Ecuador haya incumplido el compromiso de dar a EnCana un tratamiento no menos favorable a aquel que otorga a sus propios inversionistas;[56]
- Artículo VIII, por el hecho de que las medidas adoptadas constituyen una expropiación o producen un efecto equivalente a una expropiación.

108. Las disposiciones relevantes de CFPRI se exponen en el Anexo 2. De particular importancia para el caso que nos ocupa es el Artículo XII, dedicado a las medidas fiscales. Dicho Artículo estipula lo que a continuación se expone:

> «1. Exceptuando lo especificado en este Artículo, nada en este Convenio será aplicable a medidas fiscales.
>
> ...
>
> 3. Con sujeción al párrafo (2), toda reclamación de un inversionista de que una medida fiscal de una de las Partes Contratantes viola el acuerdo entre las autoridades del gobierno central de una Parte Contratante y el inversionista con respecto a la inversión, será considerada como reclamación por violación de este Convenio y a menos que las autoridades fiscales de las Partes Contratantes determinen conjuntamente, a más tardar seis meses después de ser notificadas de la reclamación por el inversionista, de que la medida no contraviene tal acuerdo.
>
> 4. El artículo VIII puede ser aplicable a una medida fiscal a menos que las autoridades fiscales de las Partes Contratantes determinen conjuntamente, a más tardar

---

[54] Declaración del testigo Keplinger, 27 de mayo de 2005, apartado 23.

[55] Aunque originalmente se presentó una demanda basada en el Artículo XVI fundamentada en impedimento legal (Demandante, Informe, 26 de abril de 2004, §§179, 223-226), ahora ha quedado efectivamente subsumida en la denuncia de vulneración del Artículo II por parte de EnCana: véase Demandante, Respuesta, 10 de agosto de 2004, §293; Memoria posterior a la vista, §§414-416.

[56] En la Notificación de Arbitraje y en el escrito de demanda de la Demandante del 14 de marzo de 2003 se alegaba también la vulneración del Artículo III por el hecho de incumplir el compromiso de tratamiento de nación más favorecida. La demanda basada en el Artículo III no aparece en la memoria de la Demandante del 26 de abril de 2004 ni en posteriores alegaciones.

seis meses después de haber sido notificadas por un inversionista de que éste disputa una medida fiscal, de que dicha medida no constituye una expropiación.

5. Si las autoridades fiscales de las Partes Contratantes no pudiesen ponerse de acuerdo sobre las determinaciones conjuntas especificadas en los párrafos (3) y (4) dentro de los seis meses siguientes a la notificación, el inversionista podrá someter su reclamación para que sea resuelta con arreglo al Artículo XIII.»

109. En el presente caso, la notificación fue presentada por EnCana en virtud del Artículo XII(4), aunque por lo que respecta a esta disposición las autoridades fiscales de Canadá y Ecuador nada determinaron en el mencionado plazo de seis meses. En consecuencia, aunque las medidas objeto de la reclamación fuesen las medidas fiscales previstas en el Artículo XII(1), EnCana está en libertad de objetarlas como la expropiación mencionada en el Artículo VIII. Por otra parte, no existe ningún acuerdo relevante entre EnCana y las autoridades del gobierno central de Ecuador por cuanto (tanto si Petroecuador merece o no la calificación de ser dicha autoridad) los Contratos de Participación fueron formalizados por filiales de EnCana, que no entran en la categoría de los «inversionistas» que menciona el Artículo I(h) del CFPRI. Por estos motivos, a menos y hasta el punto de que las medidas no entren en la órbita de la exclusión de las medidas fiscales del Artículo XII, EnCana no puede denunciar la vulneración de otras disposiciones del CFPRI que no sean las del Artículo VIII.

110. De hecho, en ese caso, la disposición competencial del CFPRI carece asimismo de aplicación, dado que con sujeción a las excepciones enumeradas, *nada de lo contenido* en el CFPRI es aplicable a las medidas fiscales, y esto incluye al Artículo XIII.

111. Mediante esta Decisión de competencia del 27 de febrero de 2004, el Tribunal incorporó este aspecto de las objeciones competenciales de la Demandada a los fundamentos, tal y como se ha indicado anteriormente.

D. LOS ASUNTOS COMPETENCIALES

112. Tal y como se ha expuesto en los apartados 7-8 precedentes, la Demandada presentó una serie de objeciones competenciales en sus alegaciones del 27 de octubre de 2003. En su decisión del 31 de enero de 2004, el Tribunal rechazó parte de estas alegaciones e incorporó el resto a los fundamentos. En su Contrainforme, la Demandada presentó nuevos cuestionamientos competenciales «a la luz de los argumentos y de la información contenidos en la memoria de EnCana».[57] En esta fase del caso, la Demandada sigue manteniendo las siguientes objeciones competenciales:

(1) EnCana no puede presentar reclamación alguna por pérdidas sufridas por sociedades filiales constituidas en un tercer Estado;

(2) Incluso si pudiese sostenerse una reclamación en nombre de AEC, no sería tal el caso en relación con COL, considerando que EnCana vendió su participación en esta sociedad el 28 de noviembre de 2003;

---

57 Contrainforme de los fundamentos de la Demandada, 25 de junio de 2004, §69.

(3) El derecho a la devolución del IVA es un «asunto tributario» y, a menos que constituya una expropiación, está excluido de la protección del CFPRI en virtud del Artículo XII(1).

113. Además, en la fase competencial, la Demandada alegó que la denegación a una filial de la devolución del IVA no constituía expropiación de una «inversión» ni de un «beneficio», y que incluso *prima facie* no entra dentro del ámbito del Artículo VIII. En consecuencia, este argumento parece haber sido sostenido como relacionado más con los fundamentos que como una objeción competencial. En tales circunstancias, el Tribunal tratará este aspecto de la demanda de EnCana como cuestión de fundamentos.

114. El Tribunal expondrá las tres objeciones restantes por turno, abordando cualquier disputa en cuanto a hechos en la medida en que sea necesaria para rebatirlas.

(1) Derecho de EnCana de reclamar el tratamiento de filial de un tercer Estado

115. La Demandada alega que el CFPRI diferencia entre las reclamaciones presentadas por el inversionista con respecto a daños y pérdidas que él mismo ha sufrido y contempladas en el Artículo XIII(1) de una parte, y de la otra, las reclamaciones presentadas en nombre de una empresa que el inversionista «posee o controla directa o indirectamente», tal como lo dispone el Artículo XIII(12). En este último caso, la reclamación podrá sustentarse sólo cuando la empresa es «una persona jurídica incorporada o legalmente constituida de acuerdo con las leyes aplicables» del Estado anfitrión. Ni AEC ni COL son sociedades ecuatorianas. En consecuencia, el CFPRI no contempla ningún mecanismo mediante el cual el inversionista pueda reclamar en nombre de una sociedad no constituida en el Estado anfitrión los daños y perjuicios sufridos por dicha empresa. Más bien, el inversionista podrá reclamar sólo los daños que él mismo haya sufrido.[58] Según la Demandada, EnCana no reclama por sus propias pérdidas, sino por las sufridas por AEC y COL, considerando que la reparación que reclama es el reembolso de sumas de dinero a dichas filiales.[59] En particular, considerando el Artículo XIII(12), las partes del CFPRI no previeron la presentación de reclamaciones por daños causados a una filial constituida en un tercer Estado. De lo contrario, el Artículo XIII(12) hubiese sido innecesario.[60] La alegada «omisión de cobertura» manifestada por la Demandante surge debido a lo dispuesto por el derecho internacional general en relación a la nacionalidad de las reclamaciones, lo cual no ha sido modificado por el CFPRI.[61]

116. Por su parte, EnCana alega que nada de lo contenido en el Artículo XIII(1) supone una limitación para reclamar daños directos o independientes.[62] En opinión de EnCana, el Artículo XIII(12) no limita la aplicación del Artículo XIII(1).[63] Más bien, el Artículo XIII(12) es una disposición especial que permite a un inversionista emprender acciones

58 Ibid., §74.

59 Ibid., §77, en referencia a la memoria de la Demandante, 26 de abril 2004, §290(ii) y (iii); véase también ibid., §290(v) y (vii). Véase también la petición de compensación en la Notificación de Arbitraje y escrito de demanda de la Demandante, §60(b), (c), (e) y (f).

60 Contrarréplica de la Demandada,8 de octubre de 2004, §§60, 64.

61 Ibid., §65.

62 Respuesta de la Demandante, 10 de agosto de 2004, §142.

63 Ibid., §§145-146.

legales en nombre de una filial constituida en el Estado anfitrión que haya sufrido allí pérdidas o daños. Con respecto al Artículo XIII(12), existe una excepción en el derecho internacional que excluye las reclamaciones contra un Estado por sus propios nacionales.[64] En el presente caso, por el contrario, EnCana insiste en que está reclamando por sus propias pérdidas y no en nombre de sus filiales. Sobre este particular, EnCana manifiesta que las pruebas demuestran que las necesidades de financiación de ambas filiales fueron satisfechas por EnCana; que la negativa a los créditos/devoluciones del IVA constituyen una «pérdida directa de valor monetario de las filiales», y que la recuperación de dichos fondos podrían pasarse directamente a EnCana sin ninguna deducción, o bien incrementarían el valor de la inversión mediante el aumento del activo líquido de las filiales.[65] En cualquier caso, la competencia del Tribunal de imponer la restitución de la propiedad o, en su lugar, fijar una indemnización por daños, en virtud del Artículo XIII(9) no está limitada; sería procedente que el Tribunal ordenase la restitución de la propiedad a la filial si determinase que se le ha quitado.[66]

117. En primer lugar, el Tribunal debería observar que, de acuerdo con los principios generales, es necesario interpretar las disposiciones del CFPRI para considerar los efectos que cada una de ellas tienen con respecto al objeto y a la finalidad del Convenio en su totalidad. Sobre este particular, son relevantes las siguientes disposiciones del CFPRI:

- El Artículo I(g) hace una definición de inversión que incluye «cualquier clase de activo que pertenezca o esté controlado directamente o indirectamente por un inversionista de un tercer Estado». Con arreglo a esta definición, los intereses de los inversionistas canadienses en Ecuador pueden ser mantenidos a través de sociedades de terceros países, siempre y cuando éstas sean de propiedad del inversionista o estén controladas por éste. En el momento de producirse los acontecimientos que dan lugar a las reclamaciones de EnCana,[67] y en el momento de iniciarse este proceso de arbitraje, AEC y COL eran sociedades plenamente participadas y controladas por EnCana, la cual por consiguiente tenía en Ecuador una inversión cubierta por el CFPRI.
- El Artículo I(h) incluye en su definición de inversionista a las sociedades constituidas en Canadá «que efectúa la inversión en el territorio del Ecuador». Leída conjuntamente con las definiciones de «inversión» y «empresa», no caben dudas de que EnCana se ajusta a la definición de inversionista a los efectos del CFPRI.
- El Artículo I(j) define como «beneficios» a «todos los ingresos producidos por una inversión», y pasa a enumerar, aunque no exclusivamente, diversos tipos de beneficios, incluyendo «otros derechos».
- Las disposiciones sustantivas del CFPRI (es decir, los Artículos II, IV y VIII) contemplan ciertas garantías en relación con las «inversiones o beneficios de inversionistas de la otra Parte Contratante», sin mayores especificaciones. En otras palabras, siempre y cuando la entidad afectada por el tratamiento que contravenga estas disposiciones sea la «inversión» de un inversionista

64 Ibid., §150.

65 Respuesta de la Demandante, 10 de agosto de 2004, §§165-166.

66 Ibid., §163.

67 El Tribunal deja de momento de lado las reclamaciones de IVA relativas a los períodos en que las filiales en cuestión no eran de propiedad de EnCana ni estaban controladas por ésta.

canadiense, tal y como lo define el Artículo I, no se especifica que el vehículo de la inversión deba ser de nacionalidad canadiense o ecuatoriana.

- En este contexto, el Artículo XIII(1) cubre «*cualquier* disputa entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, relacionada con una reclamación por el inversionista de que una medida tomada, o no tomada, por la primera Parte Contratante viola este Convenio, y con las pérdidas o daños incurridos por el inversionista como consecuencia *o resultado* de tal violación» (las palabras destacadas en cursiva son nuestras): dichas disputas, si no se resuelven en el plazo de 6 meses, podrán ser sometidas a arbitraje de conformidad con el resto de las disposiciones del Artículo XIII. La generalidad de este enunciado es bastante clara. Para someter una reclamación a un arbitraje entre el inversionista y el Estado, esto es, para quedar bajo la competencia de un Tribunal en virtud del Artículo XIII(4), el inversionista no necesita demostrar que ha sufrido pérdidas. Bastará con que alegue con que una inversión contemplada por el Convenio ha sufrido pérdidas, lo cual EnCana ha hecho de manera creíble.
- El Artículo XIII(12) incorpora una disposición especial para el caso en que una empresa local del Estado anfitrión que el inversionista posea o controle directa o indirectamente haya sufrido pérdidas o daños como consecuencia o resultado de una vulneración del CFPRI. En tal caso, el inversionista podrá interponer la reclamación prevista por el Artículo XIII en nombre de dicha empresa; de hecho, el inversionista actúa como representante de la empresa al presentar la reclamación, y cualquier indemnización se pagará a la empresa afectada.

118. El Tribunal no interpreta que el Artículo XIII(12) limite el claro enunciado de los Artículos I y XIII(1), que permiten a un inversionista interponer una reclamación por pérdidas que él mismo haya sufrido como consecuencia de la vulneración del CFPRI. Evidentemente, el CFPRI sostiene que la identidad independiente de las sociedades constituidas en diferentes Estados y territorios debe respetarse. Con todo, admite explícitamente las inversiones realizadas a través de sociedades radicadas en terceros países, y la presentación de reclamaciones por las vulneraciones que afecten a dichas inversiones, siempre y cuando como resultado de las mismas el inversionista haya sufrido pérdidas o daños. Es verdad que no diferencia entre pérdidas o daños sufridos por una sociedad constituida localmente y las pérdidas o daños sufridos directa o indirectamente por el propio inversionista. Pueden considerarse circunstancias en las cuales una vulneración del CFPRI que afecte a una filial constituida localmente no hubiesen causado pérdidas o daños a la sociedad matriz. Es decir, en que la vulneración no repercutiese en los beneficios de la matriz ni en la cotización de las acciones de la filial. En tal caso, el inversionista sólo podría recurrir a los procedimientos previstos en el Artículo XIII(12). Alternativamente, la magnitud de la pérdida para el inversionista extranjero podría ser diferente de la sufrida por la sociedad constituida localmente. Por ejemplo, en el caso de una sociedad participada mayoritariamente, o de una empresa obligada contractualmente a indemnizar a la sociedad matriz por cualquier pérdida. Pero un inversionista que alegue haber sufrido daños o pérdidas, directa o indirectamente, por mor de la vulneración del CFPRI, tiene derecho a recurrir a las acciones previstas en los Artículos XIII(1) y (2). Si no puede demostrar daños o

pérdidas compensables, carecerá de fundamentos; eso no afecta a la competencia de un tribunal constituido con arreglo al Artículo XIII(4) para admitir esta reclamación.[68]

119. El Tribunal destaca que, en cierta medida, la queja de la Demandada fue provocada por el modo en que la Demandante formuló su petición de compensación en su solicitud, dado que incluía la demanda de que las devoluciones y/o daños se pagasen a COL y AEC. EnCana argumenta que son punibles las pérdidas y daños «derivados» sufridos por la filial, pero en sobre este particular no ha lugar a presentar los casos *SD Myers*[69] y *Pope & Talbot*[70] como fundamentos. Ambos casos incluían demandas de pérdidas y daños causados a la sociedad matriz (el inversionista) como consecuencia de las medidas adoptadas en relación con sus filiales (la inversión), y no demandas presentadas en nombre de la filial en virtud del Artículo 1117 del TLCAN por las pérdidas y daños sufridas por dicha filial. (En cualquier caso, ambas demandas incluían a filiales constituidas en el Estado anfitrión.)

120. El CFPRI no prevé que los daños sean pagados a empresas que no sean ellas mismas inversionistas, tal y como los define el Artículo I, salvo mediante la disposición especial del Artículo XIII(12) de acciones legales interpuestas en nombre de una empresa constituida en el Estado anfitrión. En la medida en que pretendía que los daños se pagasen a AEC y a COL como tales, la petición de EnCana fue claramente más allá de lo que admite el CFPRI. No obstante, ello no afecta a la competencia del Tribunal relativa al procedimiento concurrente de EnCana para reclamar pérdidas o daños para sí misma.[71]

121. No es necesario que el Tribunal decida si un inversionista puede o no, en virtud del Artículo XIII(9)(b), solicitar la restitución de las propiedades afectadas a una filial constituida en un tercer país. Aún si fuese así, el Artículo XIII(9)(b) deja claro que el Estado demandado estará facultado para pagar «compensación monetaria y cualquier interés aplicable en lugar de restitución», y por los motivos expuestos dicho pago tendría que hacerse al propio inversionista para compensar sus propias pérdidas o daños (según el Artículo XIII(1)) o bien, mediante las acciones legales emprendidas en virtud del Artículo XIII(12), directamente a la empresa constituida localmente. En el caso actual, EnCana solicita que se le adjudiquen los daños directamente a ella misma, por lo que no surge ninguna cuestión de restitución.

122. En conclusión, en el presente caso EnCana reclama para sí las pérdidas o daños sufridos como consecuencia o resultadó de una supuesta vulneración del CFPRI que ha afectado a su inversión. Tal demanda entra expresamente dentro de los términos de los Artículos I y XIII(1) del CFPRI y, por consiguiente, el Tribunal es competente para tratarla.

---

68 Los Artículos I(g) y XIII no admiten, en general, que los accionistas representen a empresas de terceros países; es necesario que la empresa sea de propiedad o esté controlada por un inversionista que tenga la nacionalidad de cualquiera de los dos Estados.

69 *SD Myers Inc. c. Gobierno de Canadá* (2000) 8 ICSID Reports 18, 51 (apartado 231)

70 *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá* (2002) 7 ICSID Reports 148, 166 (apartado 80).

71 Respuesta de la Demandante, 10 de agosto de 2004, §§165-6. Véase también la memoria de la Demandante, 26 de abril de 2004, §290(iv) y (v); con referencia a la Notificación de Arbitraje y escrito de demanda de la Demandante, §60(d) y (e).

(2) Venta progresiva de los intereses de EnCana en Ecuador

123. Otra objeción en cuanto a competencia tenía que ver en primer lugar con la reclamación relativa a COL. El 28 de noviembre de 2003, mientras se desarrollaba este proceso de arbitraje, EnCana vendió su participación en COL a Condor por 15 millones de dólares de EE.UU. Según EnCana, según lo dispuesto por el contrato de venta, tiene derecho, en «régimen de transparencia» (es decir, sin ninguna deducción) al 70% de la indemnización que pudiera adjudicarse con respecto a las devoluciones del IVA que debería haberse pagado en el período en que COL fue propiedad de EnCana.[72] Como ya se ha indicado, en septiembre de 2005 EnCana anunció la venta de sus restantes activos en Ecuador a una sociedad mixta china. En respuesta, la Demandada indicó que su objeción a la reclamación relativa a los intereses de EnCana en COL se amplían ahora a los intereses de EnCana en general.[73]

124. Ecuador alega que, incluso si de alguna manera EnCana tuviese derecho a mantener la reclamación con respecto a COL, el efecto de la venta de COL es el de excluir cualquier recuperación por parte de EnCana en relación con COL mediante este proceso.[74] Este argumento se sustenta en una serie de fundamentos.

(a) En virtud del Artículo XIII(1), sólo un «inversionista», tal y como lo define el Artículo I(h), está facultado a presentar una reclamación. Considerando que EnCana ya no mantiene ningún interés en COL, ha dejado de ser la corporación «que efectúa la inversión» en Ecuador, habiendo por tanto dejado de ser «inversionista».[75]

(b) En virtud del Artículo XIII(12)(a), un demandante continuará siendo «inversionista» hasta que se determine una adjudicación; en este aspecto, la Demandante presenta como fundamento la sentencia de *Loewen*.[76]

(c) Por último, manifiesta, basándose otra vez en *Loewen*, que la reclamación de EnCana es un intento de evitar la norma de nacionalidad continua del derecho internacional.[77]

125. EnCana responde que una vez realizada una inversión en Ecuador, pasa a ser «inversionista» según los términos del Artículo I(h) del CFPRI; y que dado que ya había sufrido pérdidas y daños en relación a las medidas tomadas en relación con COL en el momento de cursar la Notificación de Arbitraje, tiene derecho a someter la reclamación a arbitraje.[78] EnCana señala asimismo que el Convenio no requiere expresamente la continuidad de propiedad de una inversión durante la tramitación de una reclamación, y que la Demandada no ha citado ninguna autoridad para respaldar su interpretación del Convenio.[79] En relación con el argumento de continuidad de nacionalidad, EnCana hace

---

72 Informe de la Demandante, 26 de abril de 2004, §§128, 133.

73 Demandada, carta del 22 de diciembre de 2005.

74 Contrainforme de los fundamentos de la Demandada, 25 de junio de 2004, §§79-88.

75 Ibid., §83.

76 *The Loewen Group Inc. c. Estados Unidos de América, Laudo*, Caso nº ARB(AF)/98/3, 26 de junio de 2003, 7 ICSID Reports 442, 485 (apartado 225).

77 Contrainforme de los fundamentos de la Demandada, 25 de junio de 2004, §83.

78 Respuesta de la Demandante, 10 de agosto de 2004, §§171-4.

79 Ibid., §§175-7.

hincapié en que en todo momento ha sido una sociedad canadiense, y que la venta de COL no ha afectado a su nacionalidad. Por otra parte, EnCana, señala que en el caso de *Loewen*, fue la parte demandante la que cambió de nacionalidad durante la tramitación del procedimiento. Alega la sentencia de *Mondev*[80] para fundamentar la propuesta de que el hecho de que la Demandante ya no tenga intereses sobre la inversión en el momento del laudo o adjudicación no es óbice para la recuperación. Expone en este contexto que es adecuado un concepto amplio de la interpretación de las nociones de «inversionista» e «inversión» en el CFPRI, análoga a la adoptada por el Tribunal en el caso *Mondev* en relación con el Artículo 1139 del TLCAN.[81]

126. En opinión del Tribunal, el argumento de la Demandada interpreta erróneamente los fundamentos sobre los cuales puede presentarse una reclamación como la que nos ocupa. EnCana no está actuando «en nombre de una empresa que el inversionista posee o controla directa o indirectamente» (Artículo XII(12)(a)); el CFPRI no prevé recursos rectificadores de este tipo con respecto a las filiales de terceros países. Más bien presenta la reclamación en su propio nombre, alegando pérdidas o daños propios derivados de las medidas de la Demandante. La venta de COL no afectó a su reclamación de las pérdidas o daños sufridos hasta el momento de la venta. Condor, en las condiciones del contrato de venta, no convino en indemnizar a EnCana en cualquier caso por las pérdidas sufridas como consecuencia de las medidas fiscales de Ecuador, y bajo ninguna circunstancia existe aquí una cuestión de subrogación. El hecho de que EnCana venga contractualmente obligada a pagar a Condor el 30% de cualquier suma recuperada por cuenta de COL[82] es irrelevante en lo que respecta a los derechos de EnCana en este arbitraje.

127. Es verdad que en la Notificación de Arbitraje EnCana pedía compensación mediante el reintegro a AEC y COL de «las sumas que deban pagarse a las compañías después de la fecha del laudo del Tribunal, y por los créditos y reintegros de IVA correspondientes que el SRI debería haber abonado a las compañías».[83] A la sazón, COL todavía era propiedad de EnCana, y la continuidad de las pérdidas de COL por mor de las medidas objetadas caía dentro del ámbitos del Artículo XIII(1). Una vez que COL fue vendida, la posición cambió; EnCana no podía seguir incurriendo en pérdidas por estos motivos y, al reconocerlo, EnCana abandonó la reclamación de futuras pérdidas con relación a COL. Pero esta evolución sólo afectó al ámbito de la reparación que EnCana podía plausiblemente solicitar; no tuvo efecto alguno sobre la competencia del Tribunal en cuanto a tratar las pérdidas o daños previamente sufridos por EnCana.

128. Como lo demuestra la cita del mismo pasaje de *Loewen*, ambas argumentaciones, la de continuidad de la nacionalidad y la de continuidad de la inversión durante la tramitación de las reclamaciones, son en realidad dos maneras de expresar lo mismo. Por consiguiente, similar es la respuesta a ambas: la presente reclamación es mantenida por EnCana por propio

---

80 *Mondev International Limited c. Estados Unidos de América*, ICSID Caso nº ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, 6 ICSID Reports 192, 214-5 (apartado 91).

81 Respuesta de la Demandante, 10 de agosto de 2004, §§181-187.

82 Informe de la Demandante, 26 de abril de 2004, §§133, 135; véase también el Contrainforme de los fundamentos de la Demandada, 25 de junio de 2004, §82. En cuanto al Contrato de compraventa, véase Demandada, Pruebas de la contrarréplica, vol. I, Tab 88.

83 Notificación de Arbitraje, 14 de marzo de 2003, apartado 60(c).

derecho, y no en nombre de sus filiales. La nacionalidad de EnCana no ha cambiado, y no se ha producido la subrogación de reclamaciones a la titularidad de un nacional de un tercer país. En consecuencia, resulta innecesario tratar la cuestión de cómo y en qué medida las normas del derecho internacional en el campo de la protección diplomática, así como la norma de la continuidad de nacionalidad, se aplica a las reclamaciones directas de los inversionistas en virtud de los CFPRI. Y, si lo hacen de identificar el *terminus ad quem* a los efectos de dicha norma.[84] El Tribunal destaca que la aparente mezcla en el TLCAN de conceptos de protección diplomática con reclamaciones entre inversionistas y Estados (véase, por ejemplo, el Artículo 1136(5)) no se refleja en el CFPRI aplicable a este arbitraje. En cualquier caso, tanto si se requiere como si no la continuidad de la propiedad en relación con una reclamación presentada según el Artículo XIII(12) en nombre de una filial constituida en el Estado anfitrión, dicha disposición no es relevante para una reclamación relativa a daños sufridos por el inversionista en virtud del Artículo XIII(1), siempre y cuando el inversionista ya haya sufrido a la sazón la pérdida o daños (lo cual, en todo caso, es un requisito del Artículo XIII).

129. El principal argumento de la Demandada se fundamenta en la interpretación de las palabras «inversión» e «inversionista» en el Artículo I(g) y (h), respectivamente. Como cuestión preliminar, no cabe ninguna duda de que EnCana satisface los requisitos del primer tramo del Artículo I(h), dado que es una «empresa [como lo define el Artículo I(b)] incorporada o legalmente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de Canadá». La cuestión central es si las palabras «efectúa la inversión en el territorio del Ecuador» impone o no un requisito de que el interés relevante de la Demandante en la inversión deba continuar hasta el momento en que se expida un laudo definitivo sobre la reclamación, o si es suficiente con que la Demandante pueda demostrar que, en el momento de la adopción de las medidas denunciadas en relación con su «inversión», sufrió pérdidas o daños en tanto que inversionista.

130. Las disposiciones generales del Artículo XIII(1)-(4) exponen condiciones bastantes generales y no sustentan ninguna interpretación restrictiva. El Artículo XIII(1) hace referencia a

> «Cualquier disputa entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, relacionada con una reclamación por el inversionista de que una medida tomada, o no tomada, por la primera Parte Contratante viola este Convenio, y con las pérdidas o daños incurridos por el inversionista como consecuencia o resultado de tal violación [...]» (énfasis añadido)

El resto de la disposición sólo hace referencia a la «disputa», y no abunda en la cuestión.

131. La Demandante alega que una «disputa» se produce en el momento de adoptar las medidas que, vulnerando el Convenio, producen pérdidas y daños al inversionista, y esto es

---

[84] Según el borrador de Artículos sobre Protección Diplomática de la CDI (adoptados en primera lectura), Art. 5, al fecha crítica en relación con la presentación de una reclamación por vía de protección diplomática de parte del Estado nacional es la «fecha de presentación oficial de la reclamación»: véase CDI, *Informe sobre el 56º período de sesiones (3 de mayo al 4 de junio, y 5 de julio al 6 de agosto de 2004)*, A/59/10, 34-37, especialmente 36.

suficiente para fundamentar la competencia. El Tribunal lo admite, tanto sobre la base del texto del CFPRI como de su objeto y finalidad. Siempre y cuando un inversionista sufra pérdidas o daños por mor de la vulneración del Convenio, el motivo de demanda queda suficientemente fundamentado; la retención de la filial (partiendo del supuesto que el inversionista pueda decidir dicha retención) no sirve a ningún propósito en tanto que requisito competencial, aunque podría ser relevante para cuestiones de cuantificación.

132. En opinión del Tribunal, el razonamiento esgrimido por el Tribunal del caso *Mondev* en relación con el Artículo 1139 es aplicable al presente caso, a pesar de que *Mondev* tenía que ver con la recuperación de una propiedad tras la falta de pago de una hipoteca más que con la venta voluntaria de una filial. Para adaptar lo que el Tribunal del caso *Mondev* manifestó a las disposiciones del CFPRI objeto de nuestro interés:

> «El Artículo [II], e incluso más aún el Artículo [VIII], deberán de ser aplicados frecuentemente después de que la inversión en cuestión haya resultado fallida. En la mayoría de los casos, las disputas sometidas a arbitraje estarán relacionadas precisamente con la naturaleza de la responsabilidad de dicho fallo. Exigir al demandante que mantenga un estatus continuado como inversor en virtud de la legislación del país anfitrión en el momento de iniciarse el arbitraje tendería a frustrar la finalidad real de [el CFPRI], que es ofrecer a los inversionistas protección contra conductas injustas, incluyendo la expropiación sin compensación de sus inversiones, y hacerlo durante toda la vida de una inversión... Sobre esta base, el Tribunal llega a la conclusión de que [el CFPRI] debería interpretarse ampliamente para cubrir todas las demandas legales derivadas del tratamiento de una inversión tal y como aparece definido en el Artículo [I]...»[85]

Sobre este particular, la enajenación de una filial antes de la resolución de una disputa dificultaría la cuantificación de las pérdidas y daños sufridos. Y si el inversor vende por debajo del valor de mercado, asume el riesgo de haber hecho un mal negocio en caso de que posteriormente el Tribunal determine que la pérdida real sufrida por la inversión es inferior al descuento reflejado en el precio pagado. No obstante, estas consideraciones conciernen al alcance y demostración de una pérdida, y no a la competencia para entender la reclamación.

(3) La exclusión de las medidas fiscales: Artículo XII(1) del CFPRI

133. La tercera y principal objeción competencial de la Demandada es que la actual reclamación está inextricablemente vinculada a una «medida fiscal» y, por consiguiente, excluida del ámbito del CFPRI por el Artículo XII(1), con excepción a lo que pueda estar relacionado con una demanda por expropiación en virtud del Artículo VIII. Los términos del Artículo XII ya fueron expuesto en el apartado 108 precedente.

134. La posición de la Demandante en la fase competencial, resumida por el Tribunal en su laudo competencial, fue que:

---

85 (2002) 6 ICSID Reports 182, 214 (apartado 91).

> «...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 del IVA. Cuanto más, desde el punto de vista de la 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... 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.»[86]

Por contraposición, la Demandada adoptó la posición de que los factores de participación no tenían absolutamente ninguna relevancia en cuanto a la obligación de pagar el IVA, «que no depende de otra cosa sino de la legislación tributaria de Ecuador».[87]

135. En sus alegaciones sobre la fase actual, la Demandada argumentó una vez más que todas las reclamaciones de EnCana tienen que ver sencillamente con la cuestión de reembolso de impuestos, y que carece de validez independientemente de la negativa de reembolsar el IVA. La afirmación de la Demandada se fundamenta en el hecho de que existe un acuerdo de principio sobre que EnCana tiene derecho a que se le reintegre el IVA pagado con respecto a exportaciones, y que sólo existe desacuerdo en si los factores de participación ya incluyen dichos costos. Según Ecuador, EnCana no tiene derecho a ninguna devolución del IVA por mor de la legislación ecuatoriana, en tanto y en cuanto a lo relativo a la interpretación original de la ley como a la luz de la Ley Interpretativa nº 2004-41 (2004). Rechaza expresamente la posición que EnCana le atribuye, en el sentido de «que EnCana tiene derecho a un reintegro, y que dicho reintegro se hizo efectivo mediante un contrato.»[88]

136. En cuanto a la cuestión de los Contratos de Participación, la Demandada manifiesta que éstos no dan derechos a COL ni a AEC a obtener un reembolso fiscal, ya que se trata de un asunto de la LRTI. En cambio, argumenta que el cálculo de los factores X en virtud de los Contratos estaba previsto para que se incluyesen todos los impuestos y demás costos, y que así es en efecto como son compensadas las compañías por los factores de participación.[89]

137. En cuando a las Resoluciones denegatorias, la Demandada admite (como es el caso) que el SRI inicialmente justificó su posición argumentando que los costos del IVA estaban cubiertos por el factor de participación. Pero la importancia de esto parece haber sido contrarrestada por el hecho de que, en resoluciones posteriores y durante los procesos judiciales, el SRI justificó las decisiones sobre la base de que las compañías no tenían derecho a reintegros en ningún caso en virtud de la legislación ecuatoriana.[90]

138. En respuesta, EnCana hace hincapié en que el SRI, en las Resoluciones denegatorias originales, había afirmado que las disposiciones relevantes de la legislación tributaria no eran

---

86 Decisión del Tribunal en materia de competencia, 27 de febrero 2004, §§34.
87 Ibid., §35.
88 Contrarréplica de la Demandante, 25 de junio de 2004, §93.
89 Ibid., §§99-101.
90 Ibid., §102.

de aplicación porque el reembolso se canalizaba a través de los Contratos de Participación.[91] Destaca que el Tribunal del laudo *Occidental* caracterizó la disputa como si el reintegro se canalizaba o no a través de los factores X.[92] Manifiesta que, a pesar de los esfuerzos de Ecuador de encubrir las decisiones adoptadas por el SRI como «medidas fiscales», las acciones del SRI estaban basadas en una conclusión en cuanto al ámbito de los Contratos de Participación y que, en consecuencia, la reclamación no se limita exclusivamente a «medidas fiscales» en el sentido que les da el Artículo XII.[93]

139. Asimismo, EnCana argumenta que:

(1) el importe reclamado no eran impuestos, sino «reembolsos y créditos de importes retenidos [por COL y AEC], con respecto a los cuales han actuado sólo como agentes de retención», ya que de acuerdo al principio de «destino» universalmente adoptado en los sistemas del IVA, los exportadores no están sujetos a fiscalidad mediante en IVA en transacciones interempresariales;[94]

(2) la aplicación «idiosincrática» de las normas de devolución del IVA a las exportaciones de crudo (a diferencia de otros productos, como flores) constituye una discriminación; las «medidas fiscales» son, por definición, medidas de carácter general, no exacciones *ad personam*.[95]

(3) que el Artículo XII(1) no debería interpretarse como que admite las medidas del SRI adoptadas con claro desacato de las disposiciones vigentes de la legislación nacional, contraria al Derecho de la Comunidad Andina, y vulnera la práctica universal de otorgar créditos y devoluciones del IVA.[96]

140. El Tribunal considerará, en primer lugar, en qué medida los asuntos concernientes a la sujeción al IVA entran en principio dentro del ámbito de la exención de las medidas fiscales previstas por el Artículo XII(1); en segundo lugar, si el hecho de que inicialmente el SRI haya utilizado como fundamento los Contratos de Participación deja a EnCana fuera del ámbito de dicha exención; en tercer lugar, la posición de Petroecuador; en cuarto lugar, la situación nacional en Ecuador, incluyendo las decisiones internas y la destitución de los jueces de la Corte Suprema, aparentemente por motivos relacionados con la disputa con las compañías petroleras.

(a) <u>El ámbito de la exención de las «medidas fiscales»</u>

141. El concepto «medidas fiscales» no está definido en el CFPRI, aunque el Artículo I(i) del mismo especifica que el concepto «medida» incluye «comprende cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica».

---

91 Respuesta de la Demandante, 10 de agosto de 2004, §§190, 194.

92 Respuesta de la Demandante, 10 de agosto de 2004, §200, refiriéndose al *laudo Occidental*, §74: «no existe controversia entre las partes en cuanto a la existencia del impuesto o a su porcentaje. La verdadera discrepancia entre las partes es si el reintegro ha sido canalizado a través del Factor X del Contrato, como afirma la Demandada, o si no es así, como afirma la Demandante, si debería ser reconocido como un derecho por la legislación tributaria ecuatoriana.»

93 Respuesta de la Demandante, 10 de agosto de 2004, §§201-202.

94 Ibid., §§203-4.

95 Ibid., §§205-6.

96 Ibid., §§210-20.

142. En opinión del Tribunal, al concepto «medidas fiscales» debería atribuírsele su significado normal en el contexto del Convenio. En particular, el Tribunal quisiera plantear las siguientes observaciones en cuanto al significado del término.

(1) Es inherente a la naturaleza de un impuesto el ser dispuesto en virtud de ley. Las autoridades tributarias no son bandidos que actúan según su parecer, y una demanda arbitraria no fundamentada por ninguna disposición de la legislación vigente del Estado anfitrión no entra dentro de la categoría de exención del Artículo XII. Por el otro lado, como destacó la Demandada, el Tribunal no es una instancia de apelación de asuntos tributarios ecuatorianos, y en la medida de que un asunto esté claramente conectado a una ley o reglamento fiscal (o a un procedimiento, requisito o práctica de las autoridades tributarias, basándose supuestamente en dicha ley o reglamento), será claramente un tema que deba entender el Poder Judicial del Estado anfitrión.

(2) No existe ningún motivo para limitar el concepto «fiscal» a la fiscalidad directa, ni la Demandante sugiere que debería así limitarse.[97] Por consiguiente, están incluidos los impuestos indirectos, como el IVA.

(3) Habiendo considerado el alcance del concepto definido «medida», no existen motivos para limitar el Artículo XII(1) a las disposiciones específicas de la ley que establece un impuesto. En todos aquellos aspectos del régimen tributario que determinan la cuantía del pago o reintegro de un impuesto, son parte de la noción de «medidas fiscales». Así, el concepto abarca las deducciones, desgravaciones o devoluciones fiscales.

(4) La cuestión de si algo es o no una medida fiscal es, fundamentalmente, un tema de su aplicación legal y no de su efecto económico. Una ley tributaria es aquella que es impone a determinados grupos de personas la carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público. Las repercusiones económicas o los efectos de las medidas fiscales pueden ser poco claros y discutibles; no obstante, una medida será una medida fiscal si es parte del régimen de aplicación de un impuesto. Una medida que disponga una exención impositiva es tan medida fiscal como aquélla que en primer lugar obligó al pago del impuesto. En el caso del IVA, el Tribunal no acepta que el sistema de recaudación y devolución del IVA, aunque pueda resultar neutro para el fabricante o productor intermedio, sea menos una medida fiscal en cada fase del proceso. Una ley que impone una obligación al proveedor de cargar IVA es una medida fiscal. Del mismo modo lo es aquélla que impone la obligación de contabilizar el IVA retenido, la que dé derecho al proveedor a compensar el IVA a quienes haya adquirido bienes y servicios y la que regule la disponibilidad de las devoluciones del IVA resultantes de un desequilibrio entre el IVA pagado y recaudado del sujeto.

[97] En el arbitraje de *Occidental*, la demandante argumentó que la disposición estadounidense, formulada en un lenguaje diferente, estaba limitada a los impuestos directos, alegación rechazada por el Tribunal: *Laudo de Occidental*, §69.

143. Así pues, incluso en el caso en que la posición de un productor intermedio fuese sustancialmente la de un recaudador o canalizador de un impuesto (que en realidad incide sobre el último consumidor), no obstante las disposiciones legales que contemplen la posición del productor intermedio, sus derechos y sus obligaciones en relación al proceso de contabilización del IVA (incluyendo el derecho a devolución), es y seguirá siendo una «medida fiscal» según la define el Artículo XII(1). Y si una ley es una medida fiscal, entonces cualquier acto ejecutivo que efectivamente (y no sólo aparentemente) implemente dicha ley, será igualmente una medida fiscal.

144. La Demandante alega que Ecuador está actuando de manera incoherente: de una parte, el SRI se niega a autorizar una devolución del IVA alegando que todos los costos de las operaciones petrolíferas están cubiertas por el factor de participación del Contrato de Participación; por el otro, no es cierto que el factor de participación haga tal cosa. La recuperación del IVA nunca fue un problema en el momento en que se negociaron los factores de participación, y (a pesar de las instrucciones del Presidente de Ecuador en su carta del 27 de octubre de 2003) Petroecuador ha rehusado renegociar bajo la cláusula de «equilibrio económico» de los contratos de participación argumentando que los reintegros del IVA son asunto del SRI. A su debido momento, el Tribunal abordará la cuestión de la renegociación de los factores de participación. No obstante, para lo que actualmente nos ocupa, la cuestión es que incluso si la Demandante tiene razón en su caracterización de la situación, la disputa sobre los reintegros del IVA sigue siendo un tema que concierne a las «medidas fiscales».

145. La misma conclusión es aplicable a la caracterización que la Demandada hace del asunto. En opinión de la Demandada, el que las compañías petroleras puedan o no reclamar el IVA no tiene nada que ver con el factor de participación; la cuestión es si realizan actividades de «*fabricación*», tal y como las define la legislación ecuatoriana. Se trata de un asunto evidentemente cubierto por el concepto «medidas fiscales»; y este Tribunal no es una instancia de apelación, ni (con sujeción a las dos excepciones estipuladas en el Artículo XII) es competente para entender temas fiscales. No importa si Ecuador tiene o no razón en su argumento de la «*fabricación*». Es un tema que deben entender los tribunales fiscales de Ecuador, con arreglo a la legislación del país.

146. Como ya se ha señalado, EnCana alega que el SRI ha sido incoherente en su aplicación de la ley, rechazando que los productores de petróleo se dedique a actividades de «*fabricación*» o manufactureras mientras devuelve el IVA a profesiones como exportadores de flores o de minerales, que no alteran el carácter ni la calidad del producto mediante los proceso de extracción y transporte. El Tribunal observa que al menos uno de los funcionarios tributarios ecuatorianos que prestó testimonio admitió que bien podría ser necesario que el SRI examinase tales caso a la luz de la interpretación ahora adoptada.[98] Pero incluso si (como el Tribunal se inclina a opinar) el SRI no ha sido coherente en su interpretación del Artículo 69A, la cuestión esencial es que las obligaciones de no discriminar y de actuar de manera equitativa de cara a las diferentes clase de inversionistas —obligaciones que pueden derivarse de los Artículos II y IV del CFPRI— no son aplicables a las medidas fiscales. Incluso si el SRI ha aplicado el reglamento del IVA de manera «idiosincrática», esto no puede llevarnos a

98 Sr .Venegas, Día 3: p. 5, líneas 5-16; ref. Dra. De Mena, Día 4, p. 70, líneas 1-9.

la conclusión de que su conducta queda fuera del ámbito de exclusión de las medidas fiscales. Las demandas fueron presentadas por funcionarios tributarios autorizados, en cumplimiento de la legislación vigente; fueron sometidas a revisión por los tribunales tributarios y eventualmente por la Cámara de lo Fiscal de la Corte Suprema. Tienen todas las marcas de ser una medida fiscal. Si es legal en virtud de la legislación ecuatoriana no es tema que este Tribunal deba decidir.

147. Consideraciones similares se aplican a uno de los argumentos de EnCana, en el sentido de que la negativa de devolver el IVA por parte del SRI constituye una vulneración del Derecho de la Comunidad Andina aplicable, o ni siquiera de las normas internacionales generalmente aceptadas para la aplicación del principio de destino de la legislación del IVA. En el arbitraje de *Occidental*, el Tribunal aceptó el argumento de que, a la sazón, el Derecho de la Comunidad Andina obligaba a la adopción de una versión transparente del principio de destino.[99] Incluso en este caso (el tema ha sido nuevamente debatido ante este Tribunal), a pesar del hecho de que la legislación del IVA vulnere el Derecho de la Comunidad Andina, no deja de ser una medida fiscal a los efectos del Artículo XII(1). En cuanto al argumento de las normas internacionales generalmente aceptadas (también ampliamente debatido), el Tribunal tiene dudas en cuanto a en qué medida incluso las prácticas comunes más difundidas en la aplicación del principio de destino deben constituir una regla del derecho internacional, en ausencia de un sentido común articulado de obligación a tales efectos (de lo cual no existen evidencias). No obstante, no es el Tribunal el que debe entender el tema: su competencia se limita a la aplicación del CFPRI, y una medida fiscal no deja de ser tal porque supuestamente vulnere normas sustantivas generalmente aceptadas para tales medidas.

148. Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal no ha tomado en consideración la Ley Interpretativa, sino que se ha basado exclusivamente en la situación legal previamente existente. Destaca, aunque no necesita resolver, la controversia en cuanto a la validez constitucional de la Ley Interpretativa promulgada el 11 de agoto de 2004 y si debe tener o no efectos retroactivos (por ejemplo, por sentencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal del 26 de abril de 2005.[100] En otros contextos, un cambio retroactivo de la legislación para atender la cobertura de ciertos requisitos no cubiertos en el momento de promulgar la legislación tributaria, bien no podría estar protegido del escrutinio del Artículo XII(1). Así, una conducta que no supusiese una medida fiscal que vulnerase el Artículo II del CFPRI en el momento de ser promulgada no adquiriría el carácter de medida fiscal a los efectos del CFPRI por el hecho de ser retrospectivamente identificada como tal.[101] Pero el Tribunal no entiende cómo una medida existente, en principio contemplada por las exclusiones del Artículo XII(1), dejaría de estar contemplada por motivos de la promulgación de la Ley Interpretativa. O bien la Ley Interpretativa es válida en virtud de la Constitución de Ecuador, en cuyo caso adquiere

---

99 *Laudo de Occidental*, §§145-152.

100 Véase *Petróleos Colombianos Ltd c. Directora General del SRI* (N° 20115-2660 S-I-S-V), aportado como anexo mediante la carta enviada por el representante legal de la Demandada con fecha 16 de mayo de 2005, en respuesta a las preguntas del Tribunal del 4 de abril de 2005.

101 De haberse producido una vulneración del CFPRI no podría excusar retrospectivamente, ni se podría haber excluido la responsabilidad de la misma, en virtud de una ley interna: ref. CDI, Artículos relativos a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, anexa a la resolución de la AG 56/83, 12 de diciembre de 2001, Artículos 4, 32.

el mismo carácter de la ley que interpreta, o no lo es, en cuyo caso la ley anterior sigue vigente y tiene el mismo carácter de legalidad en virtud del CFPRI.

149. Por estos motivos, el Tribunal determina que la reclamación de EnCana en lo que respecta al derecho de las filiales a la devolución del IVA está excluida del ámbito del CFPRI por el Artículo XII, en tanto y en cuanto supone una «medida fiscal», sujeta a la excepción por expropiación.

(b) Alegación del SRI del factor de participación

150. De hecho, queda claro que uno de los fundamentos, que al menos inicialmente fue el principal, presentado por el SRI para rechazar las solicitudes de devolución del IVA de AEC y de COL, así como para exigir el reintegro de las devoluciones ya pagadas, fue que el IVA era un costo empresarial en principio ya cubierto por los factores de participación.[102] Asimismo, el Tribunal considera un hecho que los factores de participación de los diversos contratos no tomaron en cuenta los pagos de IVA como costos.103 Así lo testificó el Sr. Keplinger, Director General de EnCana en Ecuador y participante directo en las negociaciones. Sus manifestaciones no fueron contradichas por las pruebas originales aportadas por la Demandada.[104] En particular, la Demandada no presentó ningún testigo de Petroecuador El Tribunal destaca que las manifestaciones en sentido contrario de la Dra. De Mena no estuvieron basadas en evidencias, sino en la suposición (véase el apartado 69 precedente), y posteriormente fueron contradichas por el Dr. Barniol, Presidente de Petroecuador, en su carta a la Dra. De Mena del 20 de noviembre de 2001. Es cierto que seguidamente los funcionarios ecuatorianos, incluida la Dra. De Mena, urgieron a EnCana y a otras compañías petroleras a intentar resolver el asunto de la devolución del IVA sin recurrir a litigios, mediante un ajuste del factor de participación. Pero podrían haberlo hecho coherentemente sin adoptar ninguna posición en cuanto a la intención original de las partes con respecto a los contratos de participación.

151. Sin embargo, sobre este particular surgen varias cuestiones. Una es si la conducta del SRI al rechazar el derecho a la devolución del IVA basándose parcialmente en una presunción errónea acerca del ámbito y cobertura de los factores de participación sigue o no beneficiándose de las exenciones de medidas fiscales del Artículo XII. Otra es si alguna conducta de Petroecuador sobre este particular podría entrar o no dentro de dicha exención.

152. En cuanto a la primera pregunta, el Tribunal desearía subrayar lo siguiente:

(a) Desde una fase bastante precoz, también se utilizó el argumento alternativo basado en el término «*fabricación*».[105] Sean cuales fueren los fundamentos de

---

[102] Véanse los apartados 77-81 precedentes. Aunque el Sr. Venegas manifestó (Día 3, p. 95, líneas 2-3) que el SRI se basó desde el principio en el Art. 69A, esto no está reflejado en los registros.

[103] A la misma conclusión se llegó en relación con el contrato de participación entre Petroecuador y Occidental: véase el *Laudo de Occidental*, apartados 98-113.

[104] Primera declaración del testigo Keplinger, 26 de abril de 2004, apartados 10-11. A tales efectos, el testimonio del Sr. Keplinger no fue afectado por el contrainterrogatorio : Día 1 p. 35, línea 13-p. 36, línea 16 (primer interrogatorio), .p. 56, línea 14-p. 57 línea 6.

[105] Véanse los apartados 80-83 precedentes.

dicha interpretación, aplicar un impuesto o denegar una devolución haciendo referencia a un término contenido en la legislación tributaria constituye *per se* una medida tributaria.

(b) Aunque uno de los fundamentos —cronológicamente el primero— de la posición del SRI (verbigracia, la inclusión del IVA entre los factores de participación) fue de hecho erróneo en el caso de AEC y de COL, las decisiones del SRI eran susceptibles de modificación por los tribunales fiscales de Ecuador, cuyos autos (tanto si la Dra. De Mena las aprobase como si no) fueron cumplidos. Una decisión adoptada por una autoridad tributaria, susceptible de revisión por los tribunales fiscales, sigue siendo una medida fiscal aunque esté total o parcialmente basada en errores de hecho en cuanto a las intenciones de otra entidad.

153. Por estos motivos, en opinión del Tribunal, el hecho de que las decisiones del SRI y de los tribunales ecuatorianos estuviesen basados en premisas de hecho errónea no las aparta del ámbito de exclusión de las «medidas fiscales» del Artículo XIII del CFPRI.

(c) La posición de Petroecuador

154. El Tribunal pasa al tercer tema identificado en el apartado 140 precedente, verbigracia la solicitud de exención fiscal para Petroecuador. La Demandante no negó que, al celebrar los Contratos de Participación con compañías extranjeras para la explotación de los recursos nacionales de Ecuador, la conducta de Petroecuador en tanto que instrumento de propiedad del Estado y controlado por éste, es atribuible a Ecuador a los efectos del CFPRI. Sobre este particular, es relevante que Petroecuador estuvo sujeta, al igual que el SRI, a las instrucciones del Presidente y de otros, y que el Procurador General tuvo y ejerció su autoridad para «supervisar el cumplimiento de... contratos y proponer o adoptar para ello las medidas judiciales necesarias para la defensa de los activos e intereses públicos nacionales»[106] Según las pruebas, esta facultad se extendía a la supervisión y control del cumplimiento por parte de Petroecuador de los contratos de participación y a sus eventuales renegociaciones. Por consiguiente, la conducta de Petroecuador a la hora de formalizar, ejecutar y renegociar los contratos de participación (o rehusarse a hacerlo) es atribuible a Ecuador. Para ello, poco importa si este resultado deriva del principio establecido en el Artículo 5 de los Artículos relativos a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI o de lo dispuesto en el Artículo 8.[107] El resultado es el mismo.[108]

---

[106] Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004, Art. 3 (g); *Registro Oficial* Nº 312, 13 de abril de 2004.

[107] El Artículo 5 de los Artículos de la CDI estipula:

«Se considerara hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.»

El Artículo 8 dispone que :

«Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.»

[108] En los testimonios prestados el 16 y el 27 de mayo de 2005, el Procurador General alegó estar actuando como la persona responsable de renegociar los contratos de participación, considerando que la Procuraduría

155. Además, en la medida en que EnCana denuncia una vulneración del CFPRI por mor de la conducta de Petroecuador, la exención de medidas fiscales del Artículo XII puede no tener aplicación. Sea lo que fuere que Petroecuador haya hecho o dejado de hacer en relación con los contratos de participación, estos actos podrían no haber constituido una medida fiscal.

156. No obstante, la dificultad consiste en determinar en qué medida el caso de EnCana podría involucrar una reclamación en virtud del CFPRI concerniente a la conducta de Petroecuador (véanse las preguntas del Tribunal del 4 de abril de 2005, expuestas en el apartado 103 precedente). En principio, una reclamación basada en CFPRI debe ser juzgada en los términos en que haya sido formulada. No es tarea del Tribunal refundir la reclamación con el aspecto de aportar algunos aspectos de situaciones de hecho dentro de su competencia y, por consiguiente, poder presentar el caso dentro del marco del CFPRI.

157. En cuanto a la conducta de Petroecuador y a una posible reclamación por vulneración del CFPRI derivada de la misma, el Tribunal desearía desarrollar los siguientes puntos:

(a) En la Notificación de Arbitraje de Encana, las medidas denunciadas como vulneraciones del CFPRI son todos actos de determinados órganos del Estado ecuatoriano, incluyendo la legislatura y el SRI.[109] Aunque se ha manifestado que la formalización de los contratos de participación se basaba en un entendimiento en cuanto a la fiscalidad de las filiales de EnCana, el meollo de la reclamación de EnCana es que ese entendimiento reflejaba la situación legal existente, y que el SRI y los tribunales fiscales actuaron de manera incoherente con respecto a la misma, frustrando las legítimas expectativas de las filiales de EnCana y enriqueciendo injustamente a Ecuador por el hecho de haber denegado injustificadamente la devolución de los impuestos pagados.

(b) Aunque está en entredicho en qué medida Ecuador en general, y Petroecuador en particular, buscaron activamente la posibilidad de renegociar los factores de participación (véanse los apartados 105-106 precedentes), las pruebas son que Ecuador despertó las expectativas de renegociación con varias compañías petroleras, EnCana incluida, y que se necesitan dos para renegociar. Queda claro, ya desde una fase relativamente temprana, que EnCana optó por recurrir a este Tribunal basándose en el alegato de que sus filiales tenían derecho a la devolución del IVA. En ningún momento alegó que tenía derecho a renegociar los factores de participación fundamentándolo en el hecho de que fueron inocentemente llevados a error en relación con su situación fiscal.

(c) El Sr. Keplinger admitió esto en gran medida en su declaración del 16 de mayo de 2005, cuando manifestó:

> «Ni AEC, ni COL ni EnCana pidieron a Petroecuador que diera efecto a los términos de la carta del Presidente del 27 de octubre de 2003, ni que actuase para resolver cuestiones pendientes a la luz de lo expuesto

General del Estado es «una entidad controladora» en relación a los contratos. Véase, por ejemplo, la declaración del testigo José María Borja Gallegos, 27 de mayo de 2005, apartado 6.

[109] Véase la Notificación de Arbitraje, 14 de marzo de 2003, apartados 10, 27-31, 36-44.

> en el preámbulo de la Ley Interpretativa. No obstante, AEC mantuvo una conversación informal con el Procurador General con relación a lo antedicho.»[110]

158. En opinión del Tribunal, bien podría haberse producido una vulneración del Artículo II del CFPRI por parte de una entidad del Estado como Petroecuador que, habiendo negociado las condiciones de un contrato de inversión sobre determinadas bases, posteriormente niega a la otra parte el derecho de negociar con arreglo a dicho contrato en el caso de haberse producido un cambio de sus bases como resultado de decisiones de otros órganos del Estado. En virtud de normas tales como las estipuladas en el Artículo II del CFPRI, el Estado debe actuar con razonable coherencia y sin arbitrariedad en su tratamiento de la inversiones. Un brazo del Estado no puede afirmar lo que el otro niega en detrimento de un inversionista extranjero.111 Pero EnCana, que nunca solicitó una renegociación, no reclama esto. Sea cual fuere la posición con respecto a encuentros e invitaciones a reuniones entre el Procurador General y los representantes de EnCana (véase el apartado 106 precedente), no se trata de una reclamación sustentada sobre los hechos presentados al Tribunal.

159. En resumen, aunque la conducta de Petroecuador podría atribuirse a Ecuador de conformidad con los principios de responsabilidad del Estado, la denuncia de EnCana por vulneración del CFPRI no se plantea sobre esta base.[112]

160. El Tribunal quisiera agregar sólo dos comentarios sobre este particular. En primer lugar, sus observaciones en cuanto a los fundamentos de la reclamación de EnCana no suponen en modo alguno una crítica a EnCana ni a sus representantes legales. Obviamente, en cualquier renegociación existe el riesgo de que surjan otros factores, como por ejemplo el aumento de los precios del petróleo u otros cambios, reales o supuestos, de las circunstancias. Considerando la volatilidad de la situación política de Ecuador, era un asunto que EnCana debía decidir, prestando atención a sus propios planes estratégicos.[113] En segundo lugar, aunque la Demandada alega que el único tema de la renegociación hubiesen sido los cambios reales en el régimen del IVA desde la formalización de los contratos de participación (verbigracia, la extensión del IVA a la mayoría de los servicios y su incremento desde el 10%

---

110 Declaración del testigo John Keplinger, 16 de mayo de 2005, apartado 39. Véase también su testimonio, Día 1, p. 48, línea 22-p.49 línea 14 (primer interrogatorio), p. 61 línea 13-p. 65 línea 10 (contrainterrogatorio).

111 Véase el *Laudo de Occidental*, apartado 114.

112 En su Notificación de Arbitraje, apartado 62, EnCana manifestaba reservarse el derecho de «complementar o modificar esta Notificación de Arbitraje... incluyendo el derecho de presentar reclamaciones adicionales... y reclamaciones adicionales por pérdidas o daños como consecuencia o resultado de cualquier vulneración del Convenio». Habiendo considerado, entre otros, el Artículo XIII(1), tal reserva posiblemente no admitiría modificación con el objeto de ajustarla al ámbito de reclamaciones enteramente nuevas y distintas: ref *Certain Phosphate Lands in Nauru*, ICJ Reports 1992 p. 240, en 264-7 (apartados 62-71); *Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, ICJ Reports 2001 p. 466 en 483-4 (apartados 44-5). Pero en todo caso EnCana mantuvo la reclamación identificada en la Notificación de Arbitraje, lo cual se ajusta a los Estados signatarios del CFPRI.

113 Según el Procurador General de Ecuador, COL, bajo sus nuevos propietarios, ha aceptado negociar los factores de participación: Declaración del testigo José María Borja Gallegos, 27 de mayo de 2005, apartados 11, 16.

al 12%),[114] esto no refleja la base sobre la cual se establecieron los factores de participación. Las cláusulas de estabilidad económica en los contratos de participación son de aplicación en caso de cualquier *modificación* del régimen tributario *o de su interpretación*: véase el apartado 34 precedente. En el momento en que se estableció el X3 para el campo de Tarapoa, el 2 de agosto de 2001, AEC tenía derecho a devoluciones de IVA. En opinión del Tribunal, los acontecimientos subsiguientes, incluyendo la Ley Interpretativa, supuso una modificación del régimen fiscal o de su interpretación, en comparación con la situación existente el 2 de agosto de 2001.

161. Por último, el Tribunal señala que el proceso de renegociación está expresamente contemplado en los Contratos de Participación, y que en caso de discrepancia entre las partes contratantes pueden recurrir a los procedimientos para la resolución de controversias especificados en los mismos.

(d) Situación interna de Ecuador

162. Las dificultades políticas que vivió Ecuador en el período posterior a diciembre de 2004 fueron mencionadas por EnCana en sus manifestaciones posteriores a la vista, obviamente no con el objeto de establecer un nuevo fundamento de reclamación sino de arrojar luz sobre la situación de las reclamaciones fiscales pendientes de resolución ante la justicia ecuatoriana. Como ya se ha indicado, las reclamaciones de devolución de impuestos presentadas por las filiales de EnCana fueron retiradas en el momento de iniciarse el presente arbitraje.[115]

163. En principio, el arbitraje entre inversionista y Estado con arreglo a disposiciones tales como el Artículo XIII del CFPRI debe abordar el grado de vulneración del CFPRI que haya causado la pérdida al demandante en el momento de iniciarse el arbitraje. En virtud del Artículo XIII(1) del CFPRI, el inversionista debe señalar una «reclamación... de que una medida tomada, o no tomada, por la primera Parte Contratante *viola* este Convenio, y con las pérdidas o daños incurridos por el inversionista como consecuencia o resultado de tal violación» (las palabras destacadas en cursiva son nuestras). Esto no implica que no pueda presentarse una reclamación por pérdidas sufridas después del inicio del arbitraje. Del mismo modo, no significa que la evolución de la situación de los hechos posterior al inicio del procedimiento sea irrelevante o que no pueda ser tomada en consideración. Por ejemplo, los acontecimientos posteriores al inicio de la reclamación pueden estar relacionados con una vulneración continuada y servir para confirmar las primeras evidencias de dicha vulneración, o bien pueden constituir prueba clara de una vulneración del CFPRI, en tanto que incidencias anteriores al inicio de la reclamación fuesen equívocos o estuviesen el límite de suponer una vulneración;[116] del mismo modo, eventos posteriores podrían afectar a la cuantificación de

---

114 Véase la carta de la Demandada del 27 de mayo de 2005, 3-4.

115 No estaban legalmente obligadas a ello. AEC y COL no son inversionistas tal y como los define el Art. I(h) del CFPRI, sino empresas de un tercer país : véanse los apartados 115-122 precedentes. El requisito de renunciar a otros procedimientos estipulado en el Art. XII(3)(b) es de aplicación sólo al inversionista que presenta la reclamación o bien, en el caso de presentarse una reclamación en nombre de una filial constituida en el Estado anfitrión, dicha filial: Art. XII(12)(a)(iii).

116 Véase, por ejemplo, la observación del Tribunal en *Metalclad c. México* (Caso N° ARB(AF)/91/1), Laudo del 30 de agosto de 2000, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 209 en p. 231 (apartados 109-112) en relación con los

una vulneración denunciada y estar desvinculados de la situación existente en el momento de iniciarse el proceso de arbitraje.

164. En resumen, debe establecerse un equilibrio entre exigir injustificadamente el inicio de un nuevo procedimiento cuando pudiese sustanciarse fundamentadamente una vulneración o supuesta vulneración del CFPRI de una parte y, de la otra, de que los acontecimiento posteriores a la denuncia de la vulneración evidencien ésta fuera de toda duda. De este modo, sería posible añadir nuevas reclamaciones o motivos de demanda que en realidad no tienen una relación real con los eventos inicialmente aducidos, a los procedimientos en curso sobre la base de que se trata de situaciones posteriores al inicio de los mismos.[117]

165. Como ya se indicó, el Tribunal sostiene la opinión de que los acontecimientos que se produjeron en Ecuador entre diciembre de 2004 y abril de 2005 fueron aducidos por EnCana no con el objeto de presentar una nueva reclamación o demanda, sino para informar al Tribunal de asuntos que pudieran ser relevantes para las reclamaciones ya identificadas al iniciarse el proceso de arbitraje.

(4) Conclusiones sobre competencia

166. Para concluir, la reclamación presentada por EnCana ante el Tribunal no tiene relación con los acontecimientos que se produjeron entre diciembre de 2004 y abril de 2005, y no han cambiado su carácter ni ámbito desde el inicio del arbitraje. Ya lo manifestó claramente EnCana en su última presentación: «EnCana sostiene que ningún tramo del IVA pagado ha sido reintegrado jamás a través de los factores de participación, y que según la LRTI y el derecho andino, dichos importes deben ser devueltos por el SRI».[118] Tal es la reclamación relativa a una medida fiscal, y entraría dentro de la competencia del Tribunal sólo si se cumpliese una de dos condiciones: primero, si el tratamiento fiscal de las filiales de EnCana «viola el acuerdo entre las autoridades del gobierno central [de Ecuador] y [EnCana] con respecto a una inversión» (Artículo XII(3)), o bien segundo, si se hubiese producido una expropiación de los derechos de EnCana (Artículo XII(4)).

167. En cuanto a la primera alternativa, en este caso no se ha alegado que se haya producido la vulneración de ningún acuerdo entre las autoridades del gobierno central de Ecuador y EnCana. De hecho, no queda en absoluto claro que se haya producido alguna vulneración de los contratos de participación. El hecho de que el SRI haya interpretado erróneamente la base de dichos contratos no supone una vulneración de contrato y no ha sido alegada como tal. Además, los contratos de participación no se formalizaron con el SRI, sino con Petroecuador, y no lo fueron por el inversionista de este procedimiento, EnCana, sino por

---

efectos del «Decreto Ecológico» promulgado después del inicio del procedimiento, como medida adicional constituyente de expropiación. Véase también la sentencia de la Corte Suprema de la Columbia Británica (Tysoe J), 2 de mayo de 2001, ICSID Reports, vol. 5, p. 236, especialmente las pp. 255-260 la objeción no admitida del laudo.

[117] Ref. la decisión del Tribunal Internacional de Justicia en *Certain Phosphate Lands in Nauru*, ICJ Reports 1992 p. 240, en p. 267 (apartado 70) que declaró que las reclamaciones no incluidas en la presentación original eran inadmisibles por cuanto constituían «tanto en forma como en sustancia, una nueva reclamación. Y el objeto de la disputa originalmente elevada ante el Tribunal se transformaría si entendiese dicha reclamación»; véase también la discusión en ibid., pp. 264-267 (apartados 62-69).

[118] Carta de la Demandante del 27 de mayo de 2005, 2.

sus filiales constituidas en un tercer país. Por consiguiente, no existen fundamentos en el Artículo XIII(3) para que este Tribunal asuma la competencia de la reclamación.[119]

168. En consecuencia, el Tribunal no es competente para entender la reclamación de EnCana, salvo en relación a la cuestión de expropiación, que finalmente la Demandada aceptó que entraba dentro de la competencia del Tribunal y que éste ahora asume.

E. FUNDAMENTOS DE LA RECLAMACIÓN DE EXPROPIACIÓN

169. El Artículo VIII del CFPRI trata lo relativo a las expropiaciones. Dispone lo siguiente:

> "1. Las inversiones o los beneficios de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes no podrán ser nacionalizados, expropiados o sujetos a medidas que produzcan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en lo sucesivo referidas como "expropiación") en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto en caso de finalidad pública, bajo el oportuno proceso legal, de modo no discriminatorio y mediante compensación pronta, adecuada y efectiva. Dicha compensación, que se basará en el valor genuino de la inversión o de los beneficios expropiados inmediatamente antes de la expropiación o en el momento en que la expropiación propuesta se hizo de conocimiento público, lo que suceda primero, será pagadera a partir de la fecha de la expropiación a la tasa de interés comercial normal, y será pagada sin demora, siendo efectivamente realizable y libremente transferible".

El Artículo XII(4) estipula que:

> "El Artículo VIII puede ser aplicable a una medida fiscal a menos que las autoridades fiscales de las Partes Contratantes determinen conjuntamente, a más tardar seis meses después de haber sido notificadas por un inversionista de que éste disputa una medida fiscal, de que dicha medida no constituye una expropiación".

170. EnCana cursó una notificación las autoridades fiscales de ambos Estados, que no establecieron dicha determinación conjunta en materia de expropiación. Por consiguiente,

---

[119] Sobre este particular, existen diferencias significativas entre el CFPRI aplicable en el presente caso y el aplicable por el Tribunal de *Occidental*. El Artículo X del CFPRI entre Estados Unidos y Ecuador contiene asimismo una exención de medidas fiscales, aunque en términos diferentes de los del Art. XII del CFPRI entre Canadá y Ecuador ; en particular, el Art. X(2)(c) de aquél admite las reclamaciones vinculadas con la fiscalidad siempre y cuando estén relacionadas con «el cumplimiento y aplicación de las condiciones de contratos de inversión». Además, en el Art. VI(1) del CFPRI entre EE.UU. y Ecuador BIT, se otorga competencia a tribunales arbitrales para entender las «disputas de inversiones entre una Parte y una persona física o jurídica nacional de la otra Parte», derivadas o relacionadas, entre otros, a «un contrato de inversión entre dicha Parte y la mencionada persona física o jurídica». En *Occidental*, aunque la demandante no invocó ninguna reclamación de incumplimiento de contrato ni alegó derechos contractuales como tales (*Laudo de Occidental*, §§46, 72), el Tribunal sostuvo que «debido a la relación de la disputa con el cumplimiento y aplicación del contrato de inversión involucrado en este caso, es competente para entender la disputa en relación con los fundamentos en la medida en que pueda afectar a un asunto fiscal contemplado por el Artículo X»: ibid, §77. Con respecto a la caracterización de un contrato de participación como contrato de inversión, véase ibid, §§44, 72.

desde un punto de vista procedural, quedaba a discreción de EnCana presentar una denuncia de expropiación relativa a "las inversiones o los beneficios de los inversionistas".

171. En la Notificación de Arbitraje, la demanda por expropiación fue expuesta en los siguientes términos.

> "47. Los efectos de las acciones de Ecuador —incluyendo las Resoluciones del SRI 233, 669, 670, 736 y 3191; la negativa continuada a los créditos/devoluciones del IVA a las compañías; y las modificaciones de las normas tendientes a impedir el otorgamiento de créditos/devoluciones del IVA a las compañías— han sido privar a las compañías y, a través de éstas, a la Demandante, de sus derechos al abono de dichas cuantías en virtud de la legislación ecuatoriana. Dado que, *entre otros*, la Demandante no ha sido compensada por esta apropiación de las cuantías debidas a las compañías, Ecuador ha incumplido las obligaciones asumidas en virtud del Artículo VIII del Convenio.
> 48. Además, e independientemente de si las compañías tenían o no derecho a los créditos y devoluciones del IVA según la legislación ecuatoriana, estas medidas han tenido, y continúan teniendo, un efecto equivalente al de una expropiación. La repentina negativa de los créditos y reintegros del IVA a partir de agosto de 2001, seguida por de la negativa retroactiva de los créditos y reintegros del IVA previamente autorizados a las compañías petroleras de propiedad extranjera, constituyen una expropiación furtiva y una interferencia injustificada con las posibilidades de la Demandante y de las Compañías de usufructuar y beneficiarse de sus derechos económicos".

Por consiguiente, la denuncia se presentó de dos maneras. O bien Ecuador ha negado indebidamente los derechos a los reintegros debidos a las filiales de EnCana en virtud de la legislación ecuatoriana, o bien —independientemente de la legalidad de dichas medidas— ha adoptado una actitud cuyos efectos son equivalentes a la expropiación de la inversión.

(1) La reclamación de expropiación indirecta

172. Es conveniente abordar primero la cuestión de la expropiación indirecta. En este caso la reclamación es que, incluso suponiendo que las filiales no tenían derecho a un reembolso fiscal en virtud de la legislación ecuatoriana, la negativa de abonar estos reintegros tuvo repercusiones sobre las filiales tan significativas como para ser equivalentes a la expropiación de la inversión.

173. Esta manera de exponer la reclamación adolece de una doble dificultad. En primer lugar, las inversiones extranjeras —al igual que todas las demás actividades— están sujetas a los impuestos y gravámenes impuestos por el Estado anfitrión. En ausencia de un compromiso específico del Estado anfitrión, el inversor extranjero no tiene ningún derecho ni expectativa legítima de que el régimen fiscal no cambie, quizá para su desventaja, durante el período de la inversión.[120] Por su naturaleza, toda fiscalidad reduce los beneficios

[120] Incluso en caso de existir tal compromiso (por ejemplo, de una congelación impositiva o 'vacaciones fiscales'), ello no convertiría a una infracción contractual ni a la denegación de expectativas legítimas en

económicos que una empresa de otro modo obtendría de la inversión. Sólo en casos extremos los efectos un impuesto de incidencia general podrían ser considerados como equivalentes a una expropiación de la empresa sujeta al mismo.[121]

174. En segundo lugar, aunque las filiales de EnCana sufrieron financieramente por la negativa del IVA y por la recuperación de los reembolsos del IVA incorrectamente obtenidos, pudieron no obstante continuar funcionando rentablemente y dedicarse a sus actividades normales, extrayendo y exportando petróleo (cuyo precio se incrementó durante el período en consideración). Nada hay documentado que sugiera que el cambio en la legislación del IVA o en su interpretación provocarse la paralización de las compañías o que convirtiese al valor derivado de sus actividades en algo tan marginal o poco rentable como para privarlas efectivamente de su carácter de inversiones.

175. Los hechos del presente caso pueden compararse con los de *Revere Copper & Brass, Inc c. Overseas Private Investment Corporation*, consistente en una reclamación en virtud del programa de inversiones extranjeras de EE.UU. Un tribunal de arbitraje doméstico determinó por mayoría que una combinación de acciones del Gobierno y el Parlamento de Jamaica — que incluyó, aunque no taxativamente, nuevas medidas fiscales, constituyó la cancelación de un contrato de inversiones entre Revere y Jamaica, que impidió a Revere "ejercitar el control efectivo del uso y disposición de una porción sustancial de su propiedad".[122] La fundamentación de la mayoría está reflejada en el siguiente párrafo:

> "los efectos de las acciones del Gobierno de Jamaica de anular sus compromisos a largo plazo [para con Revere] han tenido sustancialmente las mismas repercusiones sobre el control efectivo del uso y las operaciones como si las propias propiedades hubiesen sido concedidas mediante un contrato de concesión denunciado. Para determinar esta conclusión, consideramos que las repercusiones de la acción del Gobierno [*sic*] deben ser sobre el *ejercicio* del control, y de que el control al que se hace referencia debe ser 'efectivo'; es decir, que debe ser práctico y no meramente teórico. No se trata de un problema legal, sino práctico. OPIC alega que RJA todavía tiene los derechos y propiedades que tenía antes de los acontecimientos de 1974: está en posesión de la planta y de otras instalaciones; cuenta con su concesión minera; puede operar como lo hacía previamente. Esto puede ser verdad formalmente, aunque por las razones expuestas a continuación, no consideramos que el 'control' [de Revere] sobre el uso y operación de sus propiedades sigue siendo 'efectivo', a la vista de la destrucción de sus derechos contractuales por mor de las acciones del Gobierno".[123]

---

expropiación. Dicha conducta podría infringir otras disposiciones del CFPRI, aunque en virtud del CFPRI entre Canadá y Ecuador ello no se aplica a medidas fiscales.

121 Véase la discusión de *Feldman c. Estados Unidos Mexicanos* (2002), 7 ICSID Reports 318, 367-70 (apartados 101-11), donde se cita, entre otros, el *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations Law of the United States* (1987) vol. 2, 200-1 §712, comentario (g) ("Un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos o otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios").

122 (1978) 56 ILR 258.

123 Ibid, 291-2 (el énfasis en el original).

176. Es verdad que el árbitro discrepante hizo hincapié en que "ni la cuantía actual del impuesto sobre la bauxita ni la manera de imponerlo son irrazonables en virtud de las normas fiscales habituales de la comunidad internacional".[124] No obstante, la propuesta contraria —lo injustificado del impuesto *per se*— no fue la base de la decisión de la mayoría. En el caso *Revere*, el impuesto se aplicó incumpliendo una cláusula de estabilización fiscal explícita del tratado de inversiones, y supuso un gravamen de entre el 15 y el 35% de los ingresos brutos; no se trataba de un impuesto sobre las rentas.[125] *Revere Copper* no comparte la propuesta de que la negativa de reintegro del IVA constituye una expropiación de la empresa que debía pagar el IVA y a la que se le negó un reintegro. Ni tampoco ninguna otra autoridad citada por EnCana fundamenta el alegato de que una medida fiscal general constituye *per se* una expropiación.[126]

177. En este aspecto de la reclamación, EnCana también alega "interferencia injustificada con las posibilidades de la Demandante y de las compañías de usufructuar y beneficiarse de sus derechos económicos". Sobre este particular, se apoya en un dictamen del Tribunal en el caso *Metalclad*, que consideró expropiación —a los efectos del Artículo 1110 del TLCAN "no solamente la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa... pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor".[127] Aunque es cierto que se ha criticado la amplitud de este dictamen,[128] debe interpretarse en el contexto de los hechos del caso determinados por el tribunal. Es más: el caso de *Metalclad* nada tenía que ver con impuestos. Desde una perspectiva de expropiación, la fiscalidad se encuentra en una categoría especial. En principio, una ley tributaria crea una nueva responsabilidad fiscal sobre una determinada categoría de personas para que paguen dinero al Estado con respecto a una serie de categorías de transacciones definidas, cuyo producto está previsto para uso público. *Per se*, tal ley no equivale a tomar una propiedad. Si así fuese, una prerrogativa fiscal universal estaría denegada por una garantía contra la expropiación, lo cual no es el caso. Sólo si una ley tributaria es extraordinaria, si su cuantía es punitiva o su incidencia arbitraria, podría alegarse expropiación indirecta. En cualquier caso, en el asunto que nos ocupa, la negativa de reintegrar el 10% de IVA en concepto de transacciones asociadas con la producción y exportación de petróleo no privaba a EnCana "totalmente o en parte significativa" de los beneficios de su inversión.

---

124 Ibid, 322 (árbitro Bergan), citando a *Gudmundsson v Iceland* (1960) 30 ILR 253, 266-7, en aplicación del Artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos, que dispone "el derecho que poseen los Estados... [de] garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o multas".

125 Consulte el proceso en *Revere Jamaica Alumina, Ltd c. Attorney-General* (1977) 74 ILR 219.

126 Entre los precedentes sobre el tema (diferenciación entre fiscalidad y expropiación) merece mencionarse *Kügele c. Estado polaco* (1932) 6 ILR 69 (Tribunal arbitral de Alta Silesia).

127 *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, (2000) 5 ICSID Reports 209, 230 (apartado 103).

128 Por ejemplo, *Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, 5 ICSID Reports 236, 259 (apartado 97), el juez Tysoe destacó que la definición era "suficientemente amplia como para incluir un reordenamiento territorial legítimamente establecido por un gobierno municipal u otra autoridad competente en la materia".

178. Por estos motivos debemos rechazar el alegato de que las filiales fueron víctimas de expropiación indirecta.

(2) La reclamación de expropiación directa

179. Pasando a la reclamación de expropiación directa, en este caso EnCana alega que Ecuador le negó indebidamente los derechos a los reembolsos debidos a las filiales de EnCana en virtud de la legislación ecuatoriana. Se trata de una reclamación de derechos en virtud de la ley ecuatoriana que el SRI rechaza que exista, y que también ha rechazado el Congreso en virtud de la Ley Interpretativa. Esto presenta dos cuestiones preliminares: una relativa al ámbito del CFPRI y la otra relativa a la ley aplicable.

180. En cuanto al primer punto, Ecuador no rechaza que tanto los derechos legales como los activos físicos puedan estar protegidos por el Artículo VIII. No obstante, alega que la "inversión" que está protegida por el CFPRI son los activos físicos de las filiales en Ecuador, incluyendo sus derechos de explorar y exportar crudo, y que el supuesto derecho a una devolución o crédito fiscal no constituye ni una "inversión" ni un "beneficio", tal y como los define el Artículo I.

181. Las definiciones pertinentes se han expuesto en el apartado 117 precedente. Al parecer, en Ecuador existe un mercado secundario de certificados de devolución del IVA, que se venden con un ligero descuento sobre su valor de mercado. No obstante, no existen indicios de que EnCana participase en dicho mercado, y el Tribunal admite que EnCana no invirtió, como tal, en certificados que diesen derecho a devoluciones del IVA.

182. Pero aquí no acaba el asunto. La definición amplia de inversión incluye "créditos" (Artículo I(g)(iii)), y se extiende a cualquier clase de activo que pertenezca o esté controlado "directamente o indirectamente por un inversionista de un tercer Estado". Por consiguiente, los créditos dinerarios de titularidad del inversionista de un tercer Estado pueden constituir una inversión. Además, la protección del Artículo VIII se extiende también a los "beneficios", cuya definición amplia es...

> "todos los ingresos producidos por una inversión y especialmente, aunque no exclusivamente, comprende beneficios, intereses, plusvalía, dividendos, cánones, derechos de licencia y otros derechos". (Artículo I(j))

Resulta difícil imaginar una definición más amplia, amplitud reforzada por las palabras "especialmente, aunque no exclusivamente, comprende", que especifica no una, sino tres veces, que los ejemplos indicados no son exhaustivos. Todo lo cual implica que no tienen por objeto ser restrictivos.

183. En opinión del Tribunal, una ley que cancela la responsabilidad que el Estado ya ha asumido para con un inversionista, incluyendo uno de un tercer Estado de propiedad o controlado por un inversionista de un Estado contratante, puede constituir expropiación. El derecho, en virtud de la legislación del Estado anfitrión, a obtener devoluciones del IVA por la adquisición pasada de bienes y servicios constituye un beneficio material, independientemente de si toman la forma de créditos fiscales o de derechos al abono del

importe adeudado. En este caso debe hacerse una diferenciación importante entre una ley que cambia la incidencia de la fiscalidad con respecto a futuras transacciones, y otra que pretende hacerlo retroactivamente. Si el Estado desea disponer por ley que las futuras transacciones estarán sujetas a IVA sin derecho a devolución, al menos *prima facie* ello recae dentro del ámbito de sus prerrogativas normales de determinar y modificar la incidencia de un impuesto. No obstante, una vez adquirido el derecho a una devolución con respecto a transacciones pasadas (por tanto, todo lo que queda por decidir es la cuestión de la contabilización de recibos y pagos), el derecho correspondiente a que se pague puede caer dentro del ámbito amplio de "ingresos producidos por una inversión", independientemente de si dicho derecho se deriva del derecho público del Estado afectado. Sobre esta base, el propio derecho podría estar cubierto por el Artículo VIII del CFPRI, por lo que una reclamación relativa a la cancelación retroactiva de la obligación del Estado de pagar dinero en concepto de devoluciones fiscales entraría dentro de las competencias del Tribunal, en virtud de los Artículos XII(4) y XIII(1) del CFPRI.

184. La segunda cuestión preliminar tiene que ver con la ley aplicable. La cláusula relevante, el Artículo XIII(7) del CFPRI, dispone que sólo un tribunal competente en virtud del CFPRI "decidirá las cuestiones en disputa en base a lo estipulado en este Convenio y a las reglas de derecho internacional aplicables". A diferencia de muchos CFPRI, no existe ninguna referencia explícita a la ley del Estado anfitrión. No obstante, para que exista la expropiación de una inversión o beneficio (en una situación que suponga derechos o reclamaciones legales, para diferenciarla de la confiscación de activos físicos), los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea. En este caso, la legislación de Ecuador. El efecto de las palabras iniciales del Artículo XII(4) es permitir a este Tribunal determinar y aplicar la legislación fiscal de Ecuador en la medida en que ello sea necesario para tratar una reclamación en virtud del Artículo VIII.

185. El derecho a las devoluciones impositivas según la legislación ecuatoriana debe considerarse en relación con el período anterior y posterior a la Ley Interpretativa de 2004. Aunque las Resoluciones denegatorias están relacionadas con períodos de actividad bien anteriores a 2004, las reparaciones que solicita EnCana en su Escrito de demanda cubren reintegros del IVA de períodos posteriores a la promulgación de la Ley, al menos en lo que a AEC se refiere.

186. Sería conveniente abordar primero la cuestión de las devoluciones del IVA relativas a las transacciones realizadas después de la adopción de la Ley Interpretativa, y dejar de momento las circunstancias del cese de los tribunales (véanse los apartados 100-106 precedentes). La Demandante presentó ciertas alegaciones relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa, aunque no se han adoptado medidas para impugnar su constitucionalidad de la manera prevista por la Constitución Política de Ecuador, por lo que al menos debemos suponer que es constitucional. Ha sido considerada válida y aplicada por al menos un tribunal ecuatoriano.

187. Por los motivos expuestos en los apartados 177 y 183, corresponde a Ecuador determinar el futuro de su legislación fiscal, tomando en cuenta sus obligaciones internacionales, incluyendo las asumidas en virtud del Derecho de la Comunidad Andina. Desde la perspectiva del Tribunal, a menos y hasta que se adopten medidas para anular la Ley

Interpretativa alegando fundamentos constitucionales, o bien se la ajuste a lo que se dice que son las obligaciones de Ecuador dentro de la Comunidad Andina, debe considerarse que dicha Ley define la medida en que las compañías petroleras tienen derecho a devoluciones de IVA en concepto de la adquisición de bienes y servicios. Así las cosas, no ha lugar a alegar expropiación con respecto al período posterior a la aprobación de la Ley Interpretativa.

188. La situación es diferente con respecto al período anterior a 2004 y, en particular, los períodos cubiertos por las Resoluciones denegatorias. En este caso existen dos cuestiones: (a) ¿tenían las filiales de EnCana el derecho, en virtud de la ley ecuatoriana, a obtener devoluciones del IVA en concepto de la adquisición de bienes y servicios durante estos períodos? Y de ser así: (b) ¿fue dicho derecho expropiado por Ecuador?

189. En cuanto a la primera cuestión, el tribunal que trató el caso *Occidental* sostuvo que dicho derecho existía, tras un análisis de la legislación pertinente y de los precedentes.[129] Aunque esta decisión no es vinculante para este Tribunal, éste partirá del supuesto de que es correcta. La cuestión es si dicho derecho fue expropiado por una medida acción de la Demandada, infringiendo así el Artículo VIII.

190. El Tribunal también partirá del supuesto —nuevamente, *arguendo*— de que en determinado momento se adoptó una decisión política en el SRI para hacer todo lo que estuviese a su alcance para devoluciones a las compañías petroleras.

191. Partiendo de estos dos supuestos, la cuestión es si la política manifestada en las Resoluciones denegatorias y en medidas similares adoptadas por el SRI supusieron una expropiación o conducta equivalente a la expropiación de los derechos adquiridos a reintegros fiscales, dentro del significado del Artículo VIII del CFPRI.

192. El tribunal del TLCAN que trató el caso *Waste Management* analizó con cierto detalle la cuestión de expropiación de derechos intangibles mediante acto ejecutivo.[130] Tras hacer referencia a dictámenes anteriores y precedentes legales,[131] el tribunal que trató el caso *Waste Management* llegó a la siguiente conclusión:

> "El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco (a menos que esté acompañado por otros elementos) es equivalente a una expropiación... la respuesta normal de un inversionista enfrentado a un incumplimiento de contrato por su contraparte gubernamental (cuando el incumplimiento no es el resultado del ejercicio de una

---

129 *Laudo de Occidental*, §§75, 77.

130 Waste Management, Inc c. Estados Unidos Mexicanos (2004) 43 ILM 967.

131 El tribunal que trató el caso *Waste Management* examinó los siguientes casos de expropiación de derechos intangibles mediante revocación : *Azinian, Davitian & Baca c. Estados Unidos Mexicanos,* (1998) 5 ICSID Reports 269; *George W. Cook c. México* (1928) 22 *AJIL* 189; *Singer Sewing Machine Co. c. República de Turquía* en F.K. Neilsen, ed., *The American-Turkish Claims Commission. Opinion and Report* (Washington, Government Printing Office, 1937), 490; caso *Rudloff*, (1905) 9 RIAA 255; *Libyan American Oil Company c. Gobierno de la República Área Libia*, (1977) 61 ILR 141; *Revere Copper & Brass, Inc. c. Overseas Private Investment Corporation* (1978) 56 ILR 258; *Starrett Housing Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán* (1987) 16 Iran-US CTR 112; *Shufeldt Claim*, (1930) 2 RIAA 1083. Véase *Waste Management Inc c. Estados Unidos Mexicanos*, (2004) 43 ILM 967, 996-8 (apartados 146-155).

> prerrogativa del gobierno, como un decreto legislativo) es iniciar una demanda en los tribunales competentes para procurarse una reparación ante dicho incumplimiento. Es sólo cuando tal acceso a la justicia es vedado en lo jurídico o en la práctica que el incumplimiento puede convertirse en una denegación definitiva del derecho... por lo que cabe invocar la protección del Artículo 1110."[132]

A continuación, exponía la acción constitutiva de expropiación ejecutiva en los siguientes térmicos: "la privación efectiva de un derecho, privación no reparada por ningún recurso a disposición de la Demandante, lo que tiene el efecto de impedir el ejercicio de ese derecho a pleno o hasta cierto punto sustancial".[133] En otras palabras (y de manera más sucinta), ¿existió una "negación definitiva de pagar (combinada con la obstrucción y denegación efectivas de recursos jurídicos)"?[134]

193. Aquel caso tenía que ver con el incumplimiento de derechos contractuales por organismos de la administración local, y no con derechos sujetos a la legislación fiscal. Existen diferencias entre el supuesto incumplimiento gubernamental de obligaciones contractuales y la negativa de un Gobierno de hacer efectivos pagos supuestamente requeridos por una disposición estatutaria, en especial devoluciones de impuestos. Obviamente, sólo un Gobierno puede asumir esta última conducta, y el ejercicio determinado de autoridad ejecutiva por un Estado anfitrión podría influir decisivamente en la situación, no obstante la separación de poderes que pudiera existir según la práctica constitucional de dicho Estado. Como manifestó el tribunal en el caso de *Revere Copper*, es necesario analizar la sustancia y no solamente la forma.

194. Todo esto es verdad. No obstante, existe una diferencia entre una actitud cuestionable adoptada por el Ejecutivo en relación a un asunto regido por la legislación local, y una determinación definitiva contraria a derecho. En lo que respecta al CFPRI, el Ejecutivo está facultado para adoptar una posición en relación a las reclamaciones presentadas por los individuos, incluso si dicha posición resulta ilícita, siempre y cuando lo haga de buena fe y esté dispuesto a defender su posición ante los tribunales. Al igual que las partes privadas, los Gobiernos no repudian sus obligaciones meramente impugnando su existencia. Un organismo ejecutivo no expropia el valor representado por una obligación legal de hacer efectivo un pago o un reintegro meramente negándose a pagar, siempre y cuando por lo menos (a) la negativa no sea meramente voluntaria, (b) los tribunales estén abiertos a la parte agraviada, (c) las decisiones de los tribunales no sean suprimidas o rechazadas por el Estado.

195. Este principio se aplica del mismo modo a las autoridades fiscales que a los demás organismos ejecutivos. En opinión del Tribunal, la política de una autoridad fiscal, como el SRI, no es recurrible en virtud del Artículo VIII del CFPRI (considerando en particular su Artículo XII), salvo que la propia política equivalga a un repudio real y efectivo de derechos legales.

---

132 Ibid, 1002 (apartado 174).
133 Ibid, (apartado 175).
134 Ibid, (apartado 176).

196. Volviendo a los hechos del caso que nos ocupa, incluso si el SRI pudiera haber estado buscando motivos para denegar la recuperación del IVA a las compañías petroleras, en opinión del Tribunal esto quedó mitigado de varias maneras. En particular:

(a) las compañías petroleras pudieron objetar (y lo hicieron) las decisiones del SRI ante los tribunales, en ocasiones con éxito;

(b) cuando perdió, el SRI cumplió de manera diligente las sentencias de los tribunales;

(c) la propia EnCana no objetó la buena fe de la Dra. de Mena,[135] y el Tribunal —habiendo oído a la Dra. de Mena— admite que de hecho actuaba de buena fe en un asunto en el que las cuestiones legales eran poco claras y pendientes de decisión;

(d) no existen pruebas, anteriores a los eventos de 2004-5, de que las decisiones judiciales fuesen parciales, sesgadas contra las compañías petroleras o no independientes de alguna otra manera. De hecho, las diferencias de opinión entre el Tribunal Fiscal y la Corte Suprema sugieren lo contrario.

197. Por estos motivos, en el período anterior a noviembre de 2004, la política del SRI en materia de reembolsos a las compañías petroleras nunca alcanzaron el nivel de privación de ningún derecho legal ecuatoriano; por consiguiente, no constituyen una infracción del Artículo VIII.[136]

198. La situación bien podría haber sido diferente en lo que respecta a las reclamaciones de reembolsos fiscales aún pendientes ante los tribunales ecuatorianos en el momento de aprobarse la Ley Interpretativa. Los actos consiguientes, como las declaraciones del Presidente ante los medios de comunicación tras la primera destitución de los jueces —por no mencionar las propias destituciones— refuerzan esta conclusión. Es difícil imaginar cómo cualquier compañía petrolera litigante en un caso a la sazón pendiente podría haber recibido justicia imparcial. De hecho, al parecer durante este período no se realizó ningún intento de fallar en los casos pendientes. Según la Demandada, la situación al 18 de febrero de 2005 era que el Gobierno ecuatoriano estaba "considerando ahora qué proceso se utilizará ahora para sustituir a los actuales jueces de la Corte Suprema, que han sido nombrados temporalmente. Entendemos que los jueces interinos tienen previsto abstenerse de fallar en cualquier caso pendiente".[137] Pero no es necesario que el Tribunal siga tratando este período, por cuanto las filiales de EnCana ya habían retirado sus reclamaciones bastante antes.

199. Por tales motivos, el Tribunal rechaza por mayoría la reclamación de EnCana basada en el Artículo VIII del CFPRI.

200. El Dr. Horacio Grigera Naón adjunta a este laudo una declaración con su opinión discrepante sobre la cuestión de la expropiación.[138]

---

135 Transcripción, día 4, p. 29, línea 13; p. 30, línea 15.

136 El Tribunal de *Occidental* estuvo de acuerdo, destacando que la reclamación de expropiación en aquel caso era inadmisible. *Laudo de Occidental*, §§80-92.

137 Carta del representante legal de Ecuador al Tribunal, 18 de febrero de 2005, 3.

138 La mayoría ha considerado detenidamente la opinión parcialmente discrepante. En respuesta a ésta, la mayoría del Tribunal desearía destacar sólo algunos puntos. En primer lugar, destaca que, en el apartado 190, el Tribunal dejó claro que su análisis estaba basado en el supuesto de que el SRI adoptó la decisión política de hacer todo lo que estuviese en su poder para denegar las devoluciones al sector petrolero. Se trata de un

F. Costas

201. El Artículo XIII(9) del CFPRI faculta al Tribunal a imponer el pago de costas de conformidad con las normas arbitrales aplicables. El Artículo 40 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI estipula:

> "1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
>
> 2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable..."

De conformidad con el principio general expresado en el Artículo 40(1), Ecuador —como parte ganadora— tiene en principio derecho a que se le paguen las costas del arbitraje. No

---

supuesto *arguendo*, que está mitigado por el hecho señalado en el apartado 196(c) en el sentido que la Directora del SRI, Sra. De Mena, actuó de buena fe, algo que la propia EnCana destacó que no objetaba. Este hecho es fundamental para el análisis del Tribunal. De haberse determinado que las autoridades actuaron de mala fe, el análisis hubiese conllevado la determinación de responsabilidad por parte del Estado. En segundo lugar, debe destacarse de que el derecho que se alega que fue expropiado es el derecho de una filial a reclamar los reintegros del IVA. Queda fuera de toda cuestión de que dicha negativa no supone una expropiación indirecta de las propias empresas, ya que éstas siguieron estado controladas por EnCana y operando rentablemente. También está fuera de toda cuestión la denegación de una expectativa legítima en cuanto al tratamiento fiscal. En el momento de realizar las inversiones no se alegó ni admitió ninguna reclamación de reintegros del IVA. Así, la cuestión queda reducida a si la denegación de un derecho incidental de la ley pública (en un régimen fiscal nacional poco claro e incipiente) por un órgano ejecutivo actuando de buena fe constituye o no una expropiación de dicho derecho. En nuestra opinión no lo es, considerando las circunstancias del caso que nos ocupa y en relación con el período relevante. En virtud de un tratado de inversiones bilateral, los organismos ejecutivos deben estar facultados para adoptar posiciones en cuestiones dudosas del derecho local, siempre y cuando actúen de buena fe, que los tribunales estén capacitados para resolver las disputas resultantes, y que se cumplan las sentencias adversas para el Ejecutivo. De conformidad con los principios y las doctrinas internacionales bien establecidos, el Artículo VIII del CFPRI no convierte a este tribunal en un tribunal fiscal ecuatoriano, considerando especialmente su Artículo XII. El Tribunal no puede seleccionar entre diferentes sentencias judiciales encontradas para llegar a una opinión de cómo debería ser la legislación local. En tercer lugar, el hecho de que este Tribunal adopte esta argumentación restrictiva no supone, en nuestra opinión, la reimposición de un requisito de agotar los recursos locales que el CFPRI no requiere como cuestión general. La cuestión no es si la reclamación es o no admisible, sino si los derechos relevantes han sido materialmente expropiados. Ni el contribuyente ni el recaudador pueden determinar definitivamente si existen o no determinados derechos, y ante las circunstancias expuestas en el apartado 196 del Laudo, no puede decirse que la mera posición de un organismo ejecutivo —sea o no ilegítima en virtud del derecho local (y a condición de que no esté acompañada por un abuso colateral de autoridad ni del ejercicio de una prerrogativa indebida)— constituya una expropiación. En cuarto lugar, destacaos que hemos considerado esta cuestión basándonos en la suposición (sin decidir) de que EnCana tiene razón sobre los asuntos sustantivos de la legislación ecuatoriana. Incluso sobre tal supuesto, no ha lugar a la reclamación de expropiación directa por los motivos ya expuestos. Por último, destacamos que los intentos de Ecuador de resolver la disputa ofreciendo entablar negociaciones sobre el factor de participación no pueden ser desestimados. Obviamente, el inversor extranjero es libre de rechazar tal oferta y preferir un litigio o arbitraje. Pero sea cual fuere la relevancia y materialidad de una oferta no aceptada para resolver una disputa con un inversor extranjero, en opinión de la mayoría no puede ser aceptada como prueba de expropiación.

obstante, no se trata de una norma inflexible, y el Tribunal tiene discreción para determinar otra cosa.

202. Considerando los eventos que dieron lugar a este procedimiento, el Tribunal considera que no sería equitativo exigir a EnCana que pague a Ecuador las costas del arbitraje. De hecho, el Tribunal ha considerado si debería exigirse a Ecuador que asuma las costas de EnCana, a pesar del hecho de que las limitaciones de su competencia en virtud del Convenio impiden al Tribunal tratar la mayoría de las reclamaciones de EnCana, y a pesar del hecho de haber determinado de que la Demandada no cometió expropiación. En tales circunstancias, el Tribunal considera que sería justo y equitativo que Ecuador cargue con las costas del arbitraje. En consecuencia, Ecuador será responsable de reembolsar a EnCana todos los importes que haya depositado ante el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) relacionados con las costas del arbitraje.

203. De hecho, las costas del arbitraje son las que a continuación se exponen:

Honorarios del Profesor Crawford	147.786,07 $
Gastos del Profesor Crawford	5.798,51 $
Honorarios del Dr. Naón	175.404,30 $
Gastos del Dr. Naón	34.996,78 $
Honorarios del Sr. Christopher Thomas, QC	162.910,65 $
Gastos del Sr. Christopher Thomas, QC	16.345,90 $
Honorarios del Dr. Barrera Sweeney	46.481,40 $
Gastos del Dr. Barrera Sweeney	4.459,08 $
Gastos de la sala de vistas	24.395,34 $
Gastos de informes al tribunal	2.010,71 $
Gastos de traducción	12.746,14 $
Honorarios del Secretario del Tribunal	4.110,93 $
Gastos del Secretario del Tribunal	69,27 $
Cargos del LCIA	48.272,96 $
Total:	685.788,04 $

EnCana realizó depósitos y abonó la tasa de registro por un valor de 355.544,61 $, incluyendo los intereses devengados. Ecuador realizó depósitos y abonó la tasa de registro por un valor de 355.520,60 $, incluyendo los intereses devengados. El total de los depósitos realizados por las partes asciende, pues, a 711.065,21 $, de los cuales 685.788,04 $ han sido aplicados a los gastos de arbitraje, tal y como se ha indicado anteriormente. Los 25.277,17 $ que obran en poder del LCIA, que son el excedente de los fondos depositados, serán reintegrados por el LCIA a EnCana. En consecuencia, el Tribunal determina que Ecuador deberá reintegrar a Encana el importe de 330.267,44 $.

204. Habiendo considerado el Artículo 38 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el Tribunal determina que cada parte deberá asumir sus propias costas de representación y asistencia.

LAUDO

Por las razones que anteceden, el Tribunal:

(1) por unanimidad decide que las pretensiones de la Demandante, salvo en lo que conciernen al Artículo VIII del BIT, están fuera de su jurisdicción en razón del Artículo XII del BIT;

(2) por mayoría rechaza la pretensión de EnCana basada en el Artículo VIII del BIT;

(3) por unanimidad decide que Ecuador deberá reembolsar a EnCana todas las sumas que EnCana ha depositado en la LCIA como depositaria de fondos para cubrir los costos del presente arbitraje por un monto a ser certificado por el Secretario General de la LCIA; con dicha salvedad, cada parte soportará sus propios costos de representación legal en el presente arbitraje.

Dado en Londres en inglés y español, ambas versiones constituyendo igualmente originales válidos.

Profesor James Crawford
Presidente del Tribunal

Dr. Horacio A. Grigera Naón
Miembro

Sr. Christopher Thomas
Miembro
10 Febrero 2006

3 Febrero de 2006.

ANEXO 1

CRONOLOGÍA DE LA DISPUTA

1993	
29 de noviembre de 1993	La Ley de Hidrocarburos es modificada para admitir contratos de participación
1995	
29 de marzo de 1995	Formalización del Contrato de Participación del Bloque 27 entre City Oriente y Petroecuador
25 de julio de 1995	Formalización del Contrato de Participación de Tarapoa entre AEC y Petroecuador
27 de octubre de 1995	Formalización del Contrato de Unificación de 18B Fanny entre AEC y Petroecuador
1996	
29 de abril de 1996	Formalización del CFPRI entre Ecuador y Canadá (en vigor a partir del 6 de junio de 1997)
23 de agosto de 1996	Publicación en el Registro Oficial de la Resolución 288 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de la Comunidad Andina de Naciones (2 de julio de 1996)
1997	
Abril de 1997	Apertura de las negociaciones con AEC sobre el factor X3 sobre Tarapoa y Fanny 18B
6 de junio de 1997	Publicación del CFPRI entre Ecuador y Canadá en la Gaceta Oficial
12 de diciembre de 1997	Acuerdo de borrador de contrato sobre los factores X3 de los yacimientos Fanny 18B (70%) y Tarapoa (73%)
1998	
-	
1999	
1 de mayo de 1999	Aplicación del IVA a la mayoría de los servicios en virtud del

	Art. 69A de la LTRI
4 de mayo de 1999	EnCana adquiere Pacalta Resources Ltd, propietaria indirecta de AEC, a su vez propietaria de City Oriente.
14 de julio de 1999	Modificación del Contrato de Unificación de Fanny 18B entre AEC y Petroecuador ("Contrato X3 de Fanny") (tras la ratificación del nivel del 70% por el *Comando Conjunto de Ecuador*)
31 de agosto de 1999	Resolución nº 1730 rechazando la reclamación de AEC del IVA pagado en diciembre de 1998 y entre enero y noviembre de 1998 (Dirección Regional del SRI del Norte) (ratificada por la Resolución 00736 del 24 de septiembre de 2001)
25 de noviembre de 1999	Formalización del Contrato de Unificación de Mariann 4A de 1999 entre AEC y Petroecuador.
1 de diciembre de 1999	Incremento del tipo del IVA del 10 al 12%
2000	
8 de marzo de 2000	Resolución del SRI nº 47 aprobando la devolución a AEC del IVA pagado entre mayo y julio de 1999 (Resolución original)
30 de marzo de 2000	Resolución del SRI nº UR-0003191, rechazando la solicitud AEC de devolución del IVA pagado entre enero y abril de 1999. (Dirección Regional del SRI del Norte)
5 de abril de 2000	Resolución del SRI nº 119 aprobando la devolución a AEC del IVA pagado en julio de 1999 (Resolución original)
12 de abril de 2000	Resolución del SRI nº 00129 anulando parcialmente la Resolución nº 00047, y aprobando el reintegro a AEC del IVA pagado en mayo de 1999 (Resolución original)
26 de junio de 2000	Resolución del SRI nº 00316 aprobando la devolución a AEC del IVA pagado entre agosto y septiembre de 1999 (Resolución original)
29 de agosto de 2000	Resolución del SRI nº 700 aprobando la devolución a AEC del IVA pagado entre octubre y diciembre de 1999 (Resolución original)
13 de diciembre de 2000	Resolución del SRI nº 00929 aprobando la devolución a AEC del IVA pagado en junio de 2000 (Resolución original)
14 de diciembre de	Resolución del SRI nº 00949 aprobando la devolución a AEC del IVA pagado en los meses febrero, mayo y agosto de 2000

2000	(Resolución original)
2001	
10 de enero de 2001	Resolución del SRI nº 00939 aprobando la devolución a AEC del IVA pagado en los meses enero, marzo y julio de 2000 (Resolución original)
6 de marzo de 2000	Resolución del SRI nº 00202 aprobando la devolución a AEC del IVA pagado en los meses febrero, abril y junio de 2000 (Resolución original)
11 de julio de 2000	Petroecuador comunica al SRI que no puede confirmar si el IVA estaba o no incluido en los costos contemplados por los contratistas al preparar las licitaciones y convenir los factores de participación.
2 de agosto de 2001	Reducción del factor X3 del Contrato de participación de Tarapoa entre AEC y Petroecuador de 1995, del 73 al 70% (tras la ratificación por el *Comando Conjunto de Ecuador*)
28 de agosto de 2001	Resolución del SRI nº 00669 denegando a AEC créditos/devolución del IVA en concepto del IVA pagado entre septiembre de 2000 y mayo de 2001
28 de agosto de 2001	Resolución del SRI nº 00670 denegando a COL créditos/devolución del IVA en concepto del IVA pagado entre septiembre y diciembre de 2000
24 de septiembre de 2001	Resolución del SRI nº 00736 ratificando la Resolución 001730 (31 de agosto de 1999) (Dirección Regional del SRI del Norte) denegando a AEC créditos/devolución del IVA en concepto del IVA pagado entre enero y diciembre de 1998
20 de noviembre de 2001	Carta del Presidente de Petroecuador al SRI, manifestando que los factores de participación no contemplan "reintegros" de inversiones, costos y gastos, sino que asignan un porcentaje de la producción al Contratista; Petroecuador "esperará una resolución de las autoridades competentes para determinar si los factores de participación deben o no renegociarse" en relación con eventuales obligaciones con respecto al IVA
20 de diciembre de 2001	Resolución del SRI nº UR-0003191 denegando a COL créditos/devolución del IVA pagado en agosto de 2000 (Dirección Regional del SRI del Norte)
2002	

1 de enero de 2002	Modificación del Reglamento de la Ley de Régimen Tributario Interno, negando el derecho a crédito cuando el "IVA pagado por un comprador le ha sido reintegrado de alguna manera".
1 de abril de 2002	Resolución del SRI nº 00233 revocando las Resoluciones originales y exigiendo a AEC la devolución de las cuantías reintegradas/acreditadas por un importe de 7.567.091,87 de dólares de EE.UU.
21 de mayo 2002	City Investing Company Ltd cambia su denominación social por AEC.
11 de julio de 2002	EnCana cursa una Notificación de disputa en virtud del CFPRI
8 de noviembre de 2002	Sentencia de la Primera Cámara del Tribunal Distrital de lo Fiscal de Ecuador en el caso *City Investing Ltd c. Directora General del SRI* (oposición de AEC a la Resolución 00669). Presentación de apelación ante la Corte Suprema en el plazo de 5 días (posteriormente retirada)
19 de noviembre de 2002	Sentencia de la Primera Cámara del Tribunal Distrital de lo Fiscal de Ecuador en el caso *City Oriente Ltd c. Directora General del SRI* (oposición de City Oriente a la Resolución 00670). Presentación de apelación ante la Corte Suprema en el plazo de 5 días (posteriormente retirada)
2003	
14 de marzo de 2003	Notificación de arbitraje de la Demandante y Escrito de demanda en virtud del Artículo XIII del CFPRI; simultáneamente, AEC y COL abandonan el procedimiento de oposición contra la Resolución del SRI 233 ante el Tribunal Fiscal
27 de octubre de 2003	El Presidente de Ecuador escribe al SRI dando instrucciones de resolver el asunto de las devoluciones mediante los factores de participación
13 de noviembre de 2003	Sentencia de la Corte Suprema en el caso *Bellwether International c. Directora General del SRI* (Caso 4-2003)
28 de noviembre de 2003	EnCana vende su participación en City Oriente.
2004	

14 de enero de 2004	Sentencia de la Corte Suprema en la apelación del SRI contra el fallo de *City Oriente Ltd c. Directora General del SRI* (Caso 42-2003) (confirmando el derecho al reembolso del 2%)
12 de febrero de 2004	Sentencia de la Corte Suprema en la apelación del SRI contra el fallo de *City Investing Ltd* (Caso 48-2003) (confirmando el derecho al reembolso del 2%)
19 de marzo de 2004	Sentencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal de Ecuador en el caso *Repsol YPF c. Directora General del SRI*
1 de julio de 2004	Laudo definitivo del Tribunal de la CNUDMI (Orrego Vicuña, Brower, Barrera Sweeney) en el caso *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*
16 de julio de 2004	Resolución 599 de la Comisión de Cartagena
21 de julio de 2004	La Directora General del SRI escribe a Petroecuador exponiendo (en referencia con la carta del Presidente del 27 de octubre de 2003) que el IVA pagado debe estar contemplado en los contratos
11 de agosto de 2004	Publicación de la Ley Interpretativa en el Registro Oficial
25 de noviembre/8 de diciembre de 2004	El Congreso destituye a 27 jueces de la Corte Suprema (de un total de 31) y a 7 jueces del Tribunal Constitucional (de un total de 9)
2005	
15 de abril de 2005	El Presidente Gutiérrez destituye por decreto a toda la Corte Suprema; el decreto es retirado antes de que transcurran 24 horas
17 de abril de 2005	El Congreso Nacional vota por destituir a la Corte Suprema
20 de abril de 2005	El Congreso Nacional destituye al Presidente Gutiérrez
26 de abril de 2005	El Tribunal Distrital de lo Fiscal rechaza la reclamación de devolución del IVA de Petróleos Colombianos Ltd en relación con los meses marzo-abril de 2001, basándose sustancialmente en la Ley Interpretativa

Anexo 2

Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones
Quito, 29 de abril de 1996

Artículo I - Definiciones

Para los fines de este Convenio:

(b) "empresa" significa
(i) cualquier entidad constituida u organizada a tenor de la ley aplicable...; y
(ii) toda sucursal de cualquiera de dichas entidades;

(g) "inversión" significa cualquier clase de activo que pertenezca o esté controlado directamente o indirectamente por un inversionista de un tercer Estado, por un inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante a tenor de las leyes aplicables de esta última; de modo particular, aunque no exclusivamente, comprende:
(iii) dinero, créditos y derechos a un cierto rendimiento, bajo un contrato que represente un valor financiero;
(vi) derecho conferido por ley o bajo contrato a ejecutar cualquier actividad económica o comercial, incluyendo cualquier derecho a explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales...

...

(h) "inversionista" significa
en el caso de Canadá:
(i) cualquier persona natural que sea nacional canadiense, o residente permanente de Canadá a tenor de sus leyes; o
(ii) cualquier empresa incorporada o legalmente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de Canadá, que efectúa la inversión en el territorio del Ecuador; ...
(i) "medida" cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica;
(j) "beneficios" significa todos los ingresos producidos por una inversión y especialmente, aunque no exclusivamente, comprende beneficios, intereses, plusvalía, dividendos, cánones, derechos de licencia y otros derechos;

Artículo II: Establecimiento, Adquisición y Protección de las Inversiones

1. Ambas Partes Contratantes estimularán la creación de condiciones favorables conducentes a que los inversionistas de la otra Parte Contratante efectúen inversiones en su territorio.
2. Ambas Partes Contratantes tratarán a las inversiones o los beneficios de los inversionistas de la otra Parte Contratante:
(a) de modo justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional; y
(b) y les proporcionarán protección y seguridad totales.

Artículo IV: Tratamiento Nacional después del Establecimiento y Excepciones al Tratamiento Nacional

1. Ambas Partes Contratantes otorgarán a las inversiones o a los beneficios de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable a aquel que bajo circunstancias similares, otorgan a las inversiones o beneficios de sus propios inversionistas con respecto de la expansión, administración, conducción, operación y venta o enajenación de las inversiones.

...

Artículo VIII: Expropiación

1. Las inversiones o los beneficios de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes no podrán ser nacionalizados, expropiados o sujetos a medidas que produzcan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en lo sucesivo referidas como "expropiación") en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto en caso de finalidad pública, bajo el oportuno proceso legal, de modo no discriminatorio y mediante compensación pronta, adecuada y efectiva. Dicha compensación, que se basará en el valor genuino de la inversión o de los beneficios expropiados inmediatamente antes de la expropiación o en el momento en que la expropiación propuesta se hizo de conocimiento público, lo que suceda primero, será pagadera a partir de la fecha de la expropiación a la tasa de interés comercial normal, y será pagada sin demora, siendo efectivamente realizable y libremente transferible.

Artículo XII: Medidas Fiscales

1. Exceptuando lo especificado en este Artículo, nada en este Convenio será aplicable a medidas fiscales.
2. Nada de lo especificado en este Convenio afectará a los derechos y obligaciones de las Partes Contratantes bajo cualquier convención fiscal. En caso de cualquier divergencia entre las disposiciones de este Convenio y cualquiera de tales convenciones, las disposiciones de dicha convención serán aplicables para subsanar dicha divergencia.
3. Con sujeción al párrafo (2), toda reclamación de un inversionista de que una medida fiscal de una de las Partes Contratantes viola el acuerdo entre las autoridades del gobierno central de una Parte Contratante y el inversionista con respecto a una inversión, será considerada como reclamación por violación de este Convenio y a menos que las autoridades fiscales de las Partes Contratantes determinen conjuntamente, a más tardar seis meses después de ser notificadas de la reclamación por el inversionista, de que la medida no contraviene tal acuerdo.
4. El Artículo VIII puede ser aplicable a una medida fiscal a menos que las autoridades fiscales de las Partes Contratantes determinen conjuntamente, a más tardar seis meses después de haber sido notificadas por un inversionista de que éste disputa una medida fiscal, de que dicha medida no constituye una expropiación.
5. Si las autoridades fiscales de las Partes Contratantes no pudiesen ponerse de acuerdo sobre las determinaciones conjuntas especificadas en los párrafos (3) y (4) dentro de los seis

meses siguientes a la notificación, el inversionista podrá someter su reclamación para que sea resuelta con arreglo al Artículo XIII.

Artículo XIII: Resolución de Disputas entre un Inversionista y la Parte Contratante Anfitriona

1. Cualquier disputa entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, relacionada con una reclamación por el inversionista de que una medida tomada, o no tomada, por la primera Parte Contratante viola este Convenio, y con las pérdidas o daños incurridos por el inversionista como consecuencia o resultado de tal violación se resolverá, a la medida de lo posible, amistosamente entre las partes.
2. Si una disputa no se hubiese resuelto amistosamente dentro de un período de seis meses a partir de la fecha de su inicio, el inversionista podrá someterla a arbitraje de acuerdo con el párrafo (4). A efectos de este párrafo, se considera que se ha iniciado una disputa cuando el inversionista de una Parte Contratante haya notificado por escrito a la otra Parte Contratante alegando que una medida tomada, o no tomada, por esta última viola este Convenio, y que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños como consecuencia o resultantes de tal violación.
3. Cualquier inversionista podrá someter a arbitraje una disputa según se indica en el párrafo (1) de acuerdo con el párrafo (4), solamente si:
   (a) el inversionista ha dado su consentimiento por escrito a dicho trámite;
   (b) el inversionista ha renunciado a su derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento relacionado con la medida que se alega viola este Convenio ante las cortes o tribunales de la Parte Contratante interesada, o con cualquier procedimiento de resolución de cualquier clase de disputa;
   (c) si el contencioso trata de imposición fiscal, cuando se haya dado cumplimiento a las condiciones especificadas en el párrafo 5 del Artículo XII; y
   (d) no han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista tuvo conocimiento inicialmente, o debiera haberlo tenido, de la violación alegada, y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños.
4. A discreción del inversionista interesado, la disputa podrá someterse a arbitraje por:
   (a) El Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI), establecido de acuerdo con la Convención sobre el Arreglo de disputas sobre Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto para su firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 (Convención del CIADI), siempre y cuando tanto la Parte Contratante en desacuerdo como la Parte Contratante del inversionista sean signatarias de la Convención CIADI; o
   (b) las reglas de Facilidades Adicionales del CIADI, a condición de que la Parte Contratante en desacuerdo o la Parte Contratante del inversionista, pero no ambas, sea parte de la Convención CIADI; o
   (c) un árbitro internacional o un tribunal de arbitraje ad hoc establecido bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
5. Ambas Partes Contratantes por el presente otorgan su consentimiento incondicional a la sumisión de toda disputa a arbitraje internacional de acuerdo con lo dispuesto en este Artículo.

...

7. El tribunal establecido bajo este Artículo decidirá las cuestiones en disputa en base a lo estipulado en este Convenio y a las reglas de derecho internacional aplicables.

...

9. El tribunal solamente puede adjudicar, por separado o conjuntamente:

(a) compensación monetaria y cualquier interés devengado si es aplicable;

(b) restitución de propiedad, en cuyo caso la adjudicación dispondrá que la Parte Contratante litigante pague compensación monetaria y cualquier interés aplicable en lugar de restitución.

El tribunal puede asimismo adjudicar costos de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables.

10. Toda adjudicación por arbitraje será final y será de obligado cumplimiento por las partes, pudiéndose hacer cumplir en el territorio de ambas Partes Contratantes.

...

12. (a) Todo alegato de que una de las Partes Contratantes viola este Convenio, y que una empresa que sea una persona jurídica incorporada o legalmente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de esa Parte Contratante ha sufrido pérdidas o daños como consecuencia o resultado de tal violación, podrá ser objeto de acción legal interpuesta por un inversionista de la otra Parte Contratante que actúe en nombre de una empresa que el inversionista posee o controla directa o indirectamente. En tal caso:

(i) toda adjudicación se efectuará en favor de la empresa afectada ;

(ii) se requerirá el consentimiento tanto del inversionista como de la empresa para el arbitraje;

(iii) el inversionista y la empresa deberán renunciar a todo derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento en relación con la medida que se alega viola este Convenio ante las cortes o tribunales de la Parte Contratante interesada, o con el procedimiento de resolución de disputas de cualquier clase; y

(iv) el inversionista no podrá efectuar reclamación alguna si hubiesen transcurrido más de tres años desde la fecha en que la empresa tuvo conocimiento inicial, o debiera haberlo tenido, de que ha incurrido en pérdidas o daños.

(b) Independientemente de lo prescrito en el inciso 12(a), cuando una Parte Contratante litigante hubiese privado a un inversionista litigante del control de una empresa, no se requerirá lo siguiente:

(i) el consentimiento al arbitraje otorgado por la empresa bajo el inciso 12(a)ii);

(ii) la renuncia de la empresa según el inciso 12(a)(iii).