

Horacio A. Grigera Naón
Doctor en Derecho

DISIDENCIA PARCIAL

EN EL ARBITRAJE CNUDMI

ENTRE

ENCANA CORPORATION (DEMANDANTE)

Y

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (DEMANDADA)

[Caso N° UN3481 administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres]

I.

1. No comparto los razonamientos expuestos en los apartados 184-199 del Laudo Final de este caso (el "Laudo") respecto de la reclamación de expropiación directa de la Demandante, y el pronunciamiento definitivo del Laudo sobre dicha reclamación. Por razones establecidas más abajo, disiento de las declaraciones contenidas en el apartado 183 del Laudo en cuanto a que limita los beneficios materiales susceptibles de expropiación conforme al artículo VIII.1 del Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones entre los Gobiernos de Canadá y de Ecuador del 29 de abril de 1996 (el "Convenio") de los derechos adquiridos descritos en dicho apartado. A diferencia del Laudo, en mi opinión la conducta atribuible a Ecuador es expropiatoria de los retornos sobre la inversión de EnCana en Ecuador en violación del artículo VIII.1 del Convenio.
2. El Laudo establece que para que exista la expropiación de una inversión o de un retorno, se requiere que los derechos expropiados existan en virtud de las leyes del país que los ha creado (Ecuador). El Laudo procede sobre la suposición de que, para el período anterior a la aprobación de la Ley Interpretativa¹: (i) las filiales de EnCana tenían derecho a reintegro del IVA en virtud de la legislación ecuatoriana y que se hubiese devengado como

¹ Ley n° 2004-41 del 3 de agosto de 2004, publicada el 11 de agosto de 2004 (Boletín Oficial de Ecuador n° 397); I Pruebas de la contrarreplica de la Demandada, Anexo 83.

resultado de transacciones que dieron lugar a dichos reintegros durante dicho período, y que, durante dicho período, el hecho de que los montos no obtenidos de dichos reintegros deberían considerarse como montos que debieron o pudieron haber sido producidos por la inversión, aunque no lo fueron, es una cuestión que puede dar lugar directamente a la aplicación del artículo VIII.1 del Convenio; y (ii) el *Servicio de Rentas Internas* de Ecuador (“SRI”) “en algún momento” hizo todo cuanto estuvo a su alcance para adoptar una política de no reintegro a las compañías petroleras.

3. Con respecto al período siguiente a la sanción de la Ley Interpretativa, y los reintegros del IVA que se habrían producido (pero que no tuvieron ni tendrán lugar a causa de la Ley Interpretativa) como consecuencia de las transacciones que dieran lugar a reintegros del IVA que se produjeran durante dicho período posterior, el Laudo considera que el tema no es por sí mismo un tema directamente sujeto a las disposiciones del Convenio, dado que Ecuador debería considerarse libre de determinar para el futuro su régimen tributario correspondiente a las transacciones que tuvieron lugar durante el período transcurrido con posterioridad a la sanción de la Ley Interpretativa.
4. Sin embargo, basándose esencialmente en la razón fundamental de la sentencia del caso *Waste Management*² (a pesar de admitir que, a diferencia del presente caso, *Waste Management* se basaba en una supuesta vulneración de la obligación contractual atribuible al Estado anfitrión), el Laudo llega a la conclusión de que, aun para el período anterior a la sanción de la Ley Interpretativa, el valor representado por un derecho derivado de la legislación para el pago de un reintegro no se expropia por la mera negativa de pago “... a condición de que: (a) la negativa no fuera solamente intencional; (b) los tribunales [del Estado anfitrión] estuvieran abiertos para la parte agraviada privada; (c) las sentencias del tribunal [del Estado anfitrión] no fueran desestimadas o rechazadas por el Estado [anfitrión] ...”. Sobre dichas bases, el Laudo determina que, dado que la conducta de Ecuador no satisface ninguno de aquellos requisitos, Ecuador no ha violado el artículo VIII.1 del Convenio sobre expropiación.
5. En relación con el período anterior a la aprobación de la Ley Interpretativa, el Laudo diferencia entre las reclamaciones internacionales basadas en la negativa de los derechos legales en virtud de la legislación del Estado anfitrión y aquéllas relacionadas con la expropiación de activos físicos. Las primeras serían admisibles en cuanto al fondo solamente si, aunque dichos derechos existieran en virtud de la legislación del Estado anfitrión (presumiblemente como consecuencia de la sentencia de un tribunal de dicho Estado en virtud de su propia legislación), el Estado se negara a reconocer dichos derechos desconociendo las sentencias de sus propios

² *Waste Management Inc. v. Estados Unidos de México* (2004) 43 ILM 967.

tribunales, o cuando se hubiera incurrido en denegación de justicia atribuible al Estado.

6. De acuerdo con este enfoque: (i) con anterioridad a la admisibilidad en cuanto al fondo de toda reclamación de expropiación conforme al artículo VIII.1 del Convenio basada en una negativa de derechos de EnCana (como se describe en el Laudo) atribuible a Ecuador, la reparación de los perjuicios que dan lugar a dichas reclamaciones debe solicitarse ante los tribunales de Ecuador, aparentemente agotando todas las instancias disponibles a tal efecto bajo el sistema judicial ecuatoriano; y (ii) aun cuando el resultado de dicho proceso resultara opuesto a la posición legal de Ecuador en virtud de su propia legislación, dicha reclamación de expropiación sería únicamente admisible si el Estado no honrara o intentase neutralizar las sentencias de sus propios tribunales. De acuerdo con el Laudo, la vía para una reclamación de expropiación en virtud del Convenio estaría también abierta en caso de una denegación de justicia aunque el Laudo parece sugerir que la denegación de justicia sólo se materializaría si se denegara el acceso al sistema judicial ecuatoriano. En esencia, este enfoque se basa en el principio de que todos los asuntos relacionados con los derechos de titularidad de EnCana a sus inversiones y retornos sobre éstas están regidos exclusivamente por las leyes locales del Estado anfitrión y deben resolverse en sus propios tribunales.
7. Asimismo, de acuerdo con este enfoque, un tribunal arbitral internacional constituido en virtud del Convenio no tendría atribuciones para juzgar directamente si la conducta de Ecuador que podría considerarse como denegación de dichos derechos según la legislación ecuatoriana es, en cuanto a conducta del Estado ecuatoriano, una violación del Convenio en la medida en que no se hubieran agotado las etapas procesales ante el poder judicial ecuatoriano descriptas precedentemente. Una consecuencia implícita es que, si los tribunales ecuatorianos resolvieran de manera definitiva, y sin incurrir en denegación de justicia (en el sentido limitado sugerido por el Laudo), que la conducta de Ecuador fue lícita en virtud de su propia legislación, la reclamación de expropiación conforme al artículo VIII.1 del Convenio sería excluida.

II.

8. La suposición de que EnCana o sus filiales tienen derecho a reintegros del IVA o a un valor económico equivalente a dichos reintegros en virtud de la legislación ecuatoriana parece tener poco significado práctico si, a pesar de dicha suposición, aún ha de obtenerse de los propios tribunales y sobre la base de la propia legislación del Estado anfitrión un pronunciamiento previo acerca de la validez de las objeciones de dicho Estado al otorgamiento de tales reintegros – que necesariamente entenderá en la denegación por parte del Estado de dicho derecho - a modo de agotamiento previo "sustantivo" de

recursos locales como prerequisite para el acceso a los derechos sustantivos bajo el Convenio.

9. Requerir dicho agotamiento "sustantivo" de los recursos legales, que consiste en un pronunciamiento previo y definitivo por parte de los tribunales locales del Estado anfitrión en virtud de su propia ley nacional de disputas concernientes a los derechos de titularidad (o denegación de dichos derechos) de un inversor extranjero cubiertos por el Convenio, sugiere la existencia de una norma firme y consagrada de derecho internacional público, obligatoria para los tribunales arbitrales internacionales, de conformidad con la cual dichos derechos están localizados en el Estado anfitrión, son exclusivamente regidos por su propia legislación y, por esa razón, las disputas que involucran a dichos derechos deben ser dirimidas previamente por los tribunales del Estado anfitrión en virtud de su propia legislación, antes de que las reclamaciones relacionadas en virtud del derecho internacional público estén en estado de ser decididas en cuanto al fondo a nivel internacional. En esta materia existiría un reenvío del derecho internacional al derecho y jurisdicciones nacionales, que se materializaría mediante normas sobre conflicto de leyes y normas sobre jurisdicción internacional incorporadas en el derecho internacional público, las cuales conducirían a dicho resultado.
10. No obstante, dicho reenvío a la *lex rei sitae* o un principio equivalente de localización que apunte a la aplicación del derecho nacional del Estado anfitrión tiene sentido esencialmente en relación con los derechos reales sobre la propiedad o las normas relacionadas con los derechos sobre bienes inmuebles dada la inexistencia de normas sustantivas del derecho internacional público que traten lo intrincado de dichos asuntos. Por otra parte, dicho reenvío a la aplicación del derecho nacional sobre asuntos que es necesario resolver como cuestión previa bajo dicho derecho pero que están vinculados a una reclamación que habrá de determinarse conforme al derecho internacional público no necesariamente significa que el *pronunciamiento* definitivo de los temas que se encuadran en el derecho nacional (o su interpretación) haya de encomendarse también a los tribunales nacionales del Estado que sanciona la ley aplicable con efectos vinculantes sobre el tribunal arbitral internacional, de modo que este último tenga que esperar dicho pronunciamiento antes de decidir si la conducta del Estado regida por sus leyes es o no es una conducta ilícita conforme al derecho internacional.
11. Un tribunal arbitral internacional tiene atribuciones para considerar dichas leyes y su interpretación por parte de tribunales y autoridades locales del Estado anfitrión tal como se encuentran en un momento determinado establecido prudentemente por el tribunal arbitral, es decir, como hechos considerados relevantes por el tribunal arbitral para arribar a sus propias decisiones: (i) respecto de si la conducta del Estado, independientemente de si es o no una conducta ilícita conforme a las leyes de dicho Estado,

constituyó o no, en sí misma, una violación del tratado; (ii) si dicha conducta entonces comenzó o no a tener efectos perjudiciales sobre el inversor extranjero o sobre su inversión, y (iii) los efectos perjudiciales continuados de dicha conducta.

12. Consecuentemente, las leyes locales, los actos y prácticas administrativas y otras conductas atribuibles al Estado anfitrión en el momento en que tuvieron el efecto de operar la privación de propiedad son *hechos* que los árbitros han de evaluar libremente para determinar si se ha violado o no el derecho del inversor extranjero a recibir protección conforme al derecho internacional en un momento específico. Un tribunal arbitral internacional goza de la discreción – ejercida razonablemente – de evaluar en qué momento dicha conducta, considerada como un hecho o un conjunto de hechos, ha adquirido nivel suficiente de gravedad, permanencia o irrevocabilidad - así como también efectos perjudiciales – como para constituir la violación de un tratado, y dicha discreción no está regida por normas invariables, ni por pronunciamientos de tribunales locales en virtud de sus propias leyes.
13. De todos modos, aun cuando se admitiera la existencia de dicho reenvío, no puede extenderse automáticamente de modo que excluya o posponga la aplicación directa del derecho internacional y de un proceso decisorio internacional en virtud de dicho derecho cuando se considera que la conducta del Estado afecta negativa y directamente - como se demostrará más adelante - los derechos de propiedad existentes y directamente protegidos por el derecho internacional, y el asunto en cuestión es determinar si se han violado o no dichos derechos. De lo contrario, los tribunales internacionales obligados a aplicar las disposiciones que crean dicha forma de propiedad en bajo un tratado estarían forzados a abdicar su autoridad y su obligación de hacerlo a favor del derecho nacional, de los tribunales y las leyes del Estado “incumplidor”, el cual controlaría al “derecho” que los tribunales internacionales deberían tener en cuenta o aplicar para analizar si las condiciones de admisibilidad en cuanto al fondo de las reclamaciones internacionales han cumplido o no las etapas procesales necesarias. La antigua sabiduría del precepto *le juge de l'action est le juge de l'exception* se vería entonces derrotada sin ninguna base de principios para hacerlo.
14. Por otra parte, el Convenio y su definición de inversión no permiten distinguir entre formas diferentes de propiedad que dependan de que los activos en juego sean tangibles o intangibles para determinar si la conducta del Estado es expropiatoria o no conforme al artículo VIII.1, ni establece requisitos mínimos diferentes para la admisibilidad de las reclamaciones conforme a dicho artículo - tales como el agotamiento previo de recursos sustantivos internos – según la índole o las distintas características de los activos supuestamente expropiados. En virtud del derecho internacional – y más probablemente en virtud del derecho constitucional comparado –

parecería que lo que define a la propiedad protegida no es el tipo de activo que se toma, sino el hecho de que el activo en cuestión sea susceptible de valor económico para el tenedor efectivo o supuesto de los derechos sobre dicho activo. La naturaleza diferente del activo poseído no debería conducir a conclusiones diferentes cuando se trata de determinar cuestiones relativas a la titularidad de derechos y al papel recíproco jugado por el derecho nacional e internacional y las jurisdicciones respectivas en relación con dichas cuestiones.

III.

15. Por lo tanto, las cuestiones sobre titularidad de derechos planteadas por el presente caso deben, antes que nada, considerarse dentro del marco de los derechos del inversor en virtud del Convenio, que incluyen los derechos de propiedad o título legal directamente arraigados en el Convenio y protegidos por el mismo, susceptibles de ser expropiados a través de la conducta atribuible a Ecuador en violación del artículo VIII.1 del Convenio.
16. La forma de propiedad del inversor, la titularidad o "*propiedad*" que surge directamente del Convenio y está protegida por el mismo – y mediante el Convenio, por el derecho internacional público³ – es la inversión y el retorno sobre la inversión del inversor. Como se indicó precedentemente, el denominador común que caracteriza a la propiedad es el valor económico de lo que se posee. La expropiación de esta "propiedad", derechos o titularidad legal es susceptible de ser alcanzada por el artículo VIII.1 del Convenio.
17. Las expectativas legítimas de un inversionista extranjero respecto de un retorno esperado están inextricablemente ligadas a los derechos del inversionista extranjero, en virtud del Convenio, a su inversión y retornos sobre ésta y son una parte indivisible de dichos derechos. Esto es particularmente cierto respecto del derecho diferenciado del inversionista extranjero en virtud del Convenio a sus retornos sobre la inversión. En virtud del Convenio, los retornos sobre la inversión están específicamente cubiertos por las disposiciones del Convenio como una categoría claramente protegida conforme a dichas disposiciones, incluso su artículo VIII.1. Precisamente, los retornos sobre la inversión tienen como premisa las expectativas esencialmente formadas cuando se hace o se está por hacer la inversión. Las expectativas legítimas relativas a dichos retornos son una parte del valor de venta de la inversión (y casi invariablemente lo determinan), se tienen en cuenta en caso de venta de la inversión a un tercero, y por ello tienen sustancia y significado económicos en sí mismas. Por ende, el derecho al retorno del inversionista extranjero protegido por el convenio no está limitado a beneficios ya acumulados y se extiende a las

³ Convenio, artículo XIII.7.

expectativas legítimas del inversionista a través de la vida de su inversión, y está plasmado en la noción misma de retorno.

18. Por otra parte, la definición de inversión que figura en el Convenio indica claramente que se refiere a "...activos, tangibles o intangibles [...] adquiridos en la *expectativa* o con el propósito de un beneficio económico u otros fines comerciales o derivados de su utilización"⁴. Las expectativas legítimas inherentes al derecho a obtener un retorno sobre la inversión necesariamente dependen de proyecciones de retornos futuros hechas por el inversionista en el momento de hacer, o cerca del momento de hacer su inversión, basadas, entre otras cosas, en cargas tributarias previsibles que afectan la recuperación de la inversión y los retornos sobre la inversión durante la vida de la misma.
19. Dichos factores son necesariamente tenidos en cuenta por el inversionista cuando evalúa los riesgos y las condiciones, contractuales o no, sobre los que basó su decisión de invertir y constituyen la expectativa de un beneficio económico al cual el Convenio se refiere específicamente. Cada ejercicio fiscal en el cual un retorno cubierto por el Convenio se reduce o no se obtiene a causa de cargas económicas, incluso cargas tributarias, no previstas cuando se hizo la inversión, puede constituir una expropiación de retornos conforme al artículo VIII.1 del Convenio, cuyo impacto económico negativo puede proyectarse a años futuros.
20. Dichas expectativas constituyen un interés que, dado que tiene un valor económico e incluso pecuniario, constituye una forma de propiedad (o derecho de propiedad) en virtud del Convenio. Por ende, el derecho inherente a dichas expectativas legítimas se presenta en la forma de propiedad o de derechos de propiedad protegidos directamente por el Convenio y no está basado en el derecho nacional del Estado anfitrión una vez que la inversión, que comprende el derecho a obtener retornos sobre la inversión, se ha hecho de acuerdo con las leyes y las reglamentaciones del Estado anfitrión. A partir de entonces, no solamente la titularidad de derechos a los retornos sobre la inversión, que incluye las expectativas legítimas relacionadas con dichos retornos tutelados por el Convenio cobra existencia dentro del marco del derecho internacional público, sino que conducta del Estado anfitrión violatoria de dicha titularidad debe ser juzgada desde la perspectiva del derecho internacional público con independencia del nivel real de protección de que gocen dichas expectativas en el plano nacional.
21. En el contexto del presente caso, toda expropiación de retornos, inclusive de las expectativas legítimas inextricablemente relacionadas con la noción de retornos, se produce en el momento en que tiene lugar la conducta expropiatoria, y sus efectos continúan durante el período subsiguiente a lo

⁴ Artículo I (g)(vi) del Convenio (mis bastardillas).

largo del cual se espera la materialización de los retornos y su acrecimiento de acuerdo con dichas expectativas. La acción subsiguiente del Estado, tal como la sanción de leyes que tienen como único propósito legitimar la conducta del Estado según la cual tuvo lugar dicha expropiación, puede lograr (si dicho accionar subsiguiente es válido en virtud de las leyes del Estado) legitimizar dicha conducta dentro del ámbito legal local de dicho Estado, pero no puede surtir efecto similar en el plano internacional cuando lo que está en juego es la legitimidad de dicha conducta desde la perspectiva de las disposiciones del Convenio. Esto es particularmente cierto cuando la legislación posterior confirma la situación fáctica o legal que dio lugar a las violaciones del Convenio que preceden a la aprobación de dicha legislación.

22. A este respecto, lo que está en juego no es si el Estado puede imponer o no obligaciones específicas – incluso obligaciones tributarias – para el futuro a través de la sanción de nuevas leyes o la modificación de las existentes o los derechos soberanos del Estado para hacerlo en virtud de sus propias leyes o del derecho internacional, sino si dicha legislación puede tener el efecto de subsanar para el futuro la conducta ilícita del Estado, de acuerdo con el Convenio, que ya se ha producido y que comenzó a tener consecuencias perjudiciales antes de la sanción de dichas leyes, y que no fue subsanada desde la perspectiva del derecho internacional. Por estas razones, estimo apropiado considerar el período posterior al 11 de agosto de 2004 (cuando entró en vigencia la Ley Interpretativa que legitima la interpretación por parte de las autoridades ecuatorianas del artículo 69-A del Código Tributario ecuatoriano) para determinar los efectos perjudiciales o consecuencias permanentes de la conducta atribuible a Ecuador que constituye una violación del artículo VIII.1 del Convenio consumada antes de la aprobación de la Ley Interpretativa.
23. Así, el derecho de EnCana a su inversión y los componentes naturales vinculados sin los cuales es inconcebible una inversión – el derecho a un retorno y las expectativas económicas legítimas plasmadas en dicho derecho, que están protegidos por el derecho internacional - no están incorporados en el derecho ecuatoriano sino en el Convenio en sí. La titularidad de dichos derechos y expectativas se cristaliza una vez que Ecuador ha aceptado la inversión de acuerdo con sus leyes, algo que en el presente caso ha sucedido indubitadamente. Aunque sin duda dicho derecho está sujeto a riesgos comerciales y en cierta medida a riesgos legales que debe correr el inversionista, éste no ha de asumir riesgos o cargas que el Convenio en sí deposite en Ecuador - tal como la conducta del Estado que es discriminatoria, o que no es en pos del interés público - si conduce a la expropiación del derecho a su inversión o a retornos consagrados por el Convenio sin indemnización. Dicho derecho es por lo tanto adquirido o se confiere el día en que se materializa la inversión y se proyecta a través de la vida de la inversión, que en este caso no está limitada por la fecha de la sanción de la Ley Interpretativa, dado que dicho derecho, con todas sus proyecciones futuras, reconoce una fuente legal válida en virtud del

Convenio anterior a la Ley Interpretativa, cuyos efectos no pueden neutralizarse para el futuro a raíz de conducta estatal sin incurrir en violación del Convenio bajo el cual surgió dicho derecho.

24. Los pronunciamientos sobre estos asuntos se encuadran en la esfera de la jurisdicción exclusiva transferida a los tribunales arbitrales establecidos de conformidad con los requisitos del Convenio una vez que el inversionista ha elegido llevar sus reclamaciones ante dichos tribunales en cumplimiento de las disposiciones relevantes del Convenio, deben juzgarse exclusivamente de acuerdo con éstas, y no están sujetos a las decisiones de los tribunales ecuatorianos ni a las leyes de Ecuador. La conducta del Estado se considera meramente como un hecho para determinar si constituye o no una violación del Convenio con independencia de los pronunciamientos en el plano nacional de su naturaleza lícita o ilícita. Un enfoque diferente vaciaría al artículo VIII.1 del Convenio de todo contenido significativo al menos en relación con las medidas fiscales - que esencialmente cobran vida a través de las normas del derecho nacional - lo cual sus países miembro no pudieron haber tenido en mente al adoptar dicho artículo y al exceptuar las medidas fiscales expropiatorias de la exclusión general del ámbito de aplicación del Convenio de las medidas fiscales, según lo establece su artículo XII.1.
25. Una interferencia en las expectativas legítimas del inversionista extranjero protegidas por el Convenio como derechos patrimoniales del inversionista incluye la conducta incoherente del Estado que oscurece el tratamiento bajo el derecho nacional de los asuntos que determinan directamente el derecho del inversor extranjero a beneficios amparados bajo el Convenio. Por cierto, también en virtud de la legislación ecuatoriana, las expectativas basadas en disposiciones legales son expectativas válidas protegidas por la ley⁵, de modo que la frustración de dichas expectativas a través de la conducta del Estado puede constituir una violación legal en virtud de las leyes del Ecuador. La conducta incoherente, inescrupulosa o contradictoria del Estado anfitrión respecto de la existencia de cargas tributarias o la ausencia de beneficios fiscales puede afectar negativamente la rentabilidad de la inversión en formas que no pudieron haberse previsto al hacer la inversión, tiene un impacto negativo en los retornos sobre la inversión protegidos por el Convenio, y así directamente da lugar a la reclamación de expropiación en virtud del artículo VIII.1 del Convenio sin la necesidad de buscar primero ninguna forma de reparación judicial de los agravios sobre los cuales el inversionista extranjero basa su reclamación de expropiación bajo el Convenio ante los tribunales del Estado anfitrión a menos que el Convenio en sí mismo lo requiera expresamente a este respecto, o que vaya más allá de lo requerido expresamente por el Convenio.

⁵ Preguntas de Paredes, transcripción Día 1, pág. 117.

26. La circunstancia de que el derecho a dichas expectativas legítimas esté protegido por el derecho internacional público bajo la forma de un convenio internacional requiere que el tribunal internacional obligado a aplicar sus disposiciones juzgue directamente si la conducta del Estado ha conculcado objetivamente dichos derechos de titularidad o los ha dejado en un limbo indefinido con el efecto de neutralizarlos o de frustrar su materialización sin que sea necesario concluir sobre la naturaleza lícita o ilícita de dicha conducta en virtud de las leyes del Estado o aguardar una determinación previa al respecto, de subordinar sus pronunciamientos sobre si dicha conducta viola las disposiciones del convenio a las decisiones previas de los tribunales nacionales del Estado en cuestión sobre la naturaleza lícita o ilícita de dicha conducta, o de esperar que dicho Estado incurra en una conducta ilícita posterior bajo sus propias leyes al desconocer éste los pronunciamientos que le sean desfavorables de sus propios tribunales.
27. Dado que en dicho contexto no es necesario atravesar la etapa de agotamiento de recursos locales como requisito mínimo – de procedimiento o en cuanto al fondo – a satisfacer con anterioridad a la materialización de una reclamación bajo un convenio internacional, la noción de denegación de justicia no juega papel alguno. El mero hecho de que la conducta del Estado en cuestión haya estado sujeta a evaluación o pronunciamiento por parte de los tribunales locales no impide que un tribunal internacional analice la misma conducta y dichos pronunciamientos como hechos relevantes para establecer el significado y los efectos de dicha conducta en su tarea de determinar si viola el derecho internacional (en este caso, conducta en violación del artículo VIII.1 del Convenio), sin que dicho ejercicio implique la revisión de dichos pronunciamientos o esté subordinado a la existencia previa de una denegación de justicia a nivel del poder judicial local del Estado anfitrión que revisó dicha conducta o se abocó a revisarla.

IV.

28. De todos modos, el Convenio no requiere recurrir a las leyes y el agotamiento de las jurisdicciones locales de Ecuador ni juzgar el nivel de respeto tributado por Ecuador a sus propios tribunales para determinar si una reclamación interpuesta por un inversor protegido por el Convenio es admisible en cuanto al fondo conforme al artículo VIII.1 del Convenio.
29. En realidad, el Convenio impide expresamente la posibilidad de que un inversionista extranjero lleve adelante o continúe reclamaciones respecto de medidas objetadas en virtud del Convenio ante los tribunales o autoridades nacionales del estado anfitrión (artículo XIII(3)(b)). La lectura llana de esta disposición no permite asignarle tan solo consecuencias de índole procesal. Si prosiguiese dichas reclamaciones, el inversionista extranjero a la vez perdería su derecho procesal de acceder a un tribunal internacional y pondría

en peligro sus posibilidades de éxito en cuanto al fondo de sus pretensiones entabladas dentro del marco del derecho internacional.

30. El Convenio no puede ofrecer la posibilidad de obtener una reparación judicial en cuanto al fondo bajo el derecho internacional en caso de expropiación, requerir una renuncia a las acciones legales ante los tribunales nacionales del Estado demandado como condición para buscar y obtener dicha reparación judicial sustantiva, y al mismo tiempo denegar dicha reparación porque el inversionista no habría logrado obtener primero un pronunciamiento definitivo por parte de los tribunales de dicho Estado sobre si existe o no fundamento para la interpretación del derecho nacional sobre el cual el Estado se basa para negar la existencia de los agravios sobre las cuales el inversor funda su reclamación de expropiación en virtud del Convenio. De lo contrario, si los tribunales nacionales llegaran a la conclusión de que la conducta del Estado está en consonancia con el sistema legal nacional, y lo han hecho sin incurrir en denegación de justicia, no quedaría espacio para una reclamación de expropiación internacional en virtud del Convenio.
31. La única oportunidad limitada otorgada por el Convenio (otorgada como un derecho, pero no impuesta como una obligación) de que el inversionista acceda a los tribunales locales sin poner en peligro sus reclamaciones internacionales la proporciona el artículo VIII.2 del Convenio⁶. Dicha disposición permite al inversionista recurrir a los tribunales locales “u otra autoridad independiente” del Estado expropiador para la “revisión inmediata” de su caso “en virtud de la legislación de la Parte Contratante que efectúa la expropiación”, y no requiere ni sugiere la necesidad de transitar un proceso completo de apelación a los efectos de llevar a cabo o agotar dicha revisión.
32. Sin embargo, la disposición no se refiere a la existencia de ninguna “regla de agotamiento de recursos internos”, ni implica la existencia de una regla que requiera alcanzar determinados niveles de revisión en cuanto al fondo bajo el derecho nacional para poder ampararse en las disposiciones sustantivas protectoras del Convenio o del derecho internacional, ni subordina el acceso sustantivo a recursos legales en virtud del Convenio al cumplimiento o no por parte del gobierno ecuatoriano de los pronunciamientos de sus propios tribunales, aunque dicho incumplimiento pueda ser relevante para establecer la existencia de conducta del Estado en violación del Convenio. Finalmente, la disposición no indica ni sugiere que un pronunciamiento desfavorable por parte de los tribunales o autoridades ecuatorianos en relación con el caso presentado por el inversionista extranjero en el transcurso del proceso de

⁶ Artículo VIII.2: “El inversionista afectado tendrá derecho, en virtud de la legislación de la Parte Contratante que efectúa la expropiación, a la revisión inmediata, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de su caso y de la valuación de sus inversiones o beneficios de conformidad con los principios establecidos en el presente Artículo.”

revisión impediría una reclamación posterior conforme al artículo VIII.1 del Convenio.

33. Sea como fuere, aun si el Convenio requiriera transitar por el procedimiento previsto por el artículo VIII.2 del Convenio – lo cual no hace - dicho procedimiento fue, para todos los fines prácticos, agotado satisfactoriamente mediante las solicitudes presentadas por las filiales de EnCana en primer lugar ante las Autoridades Tributarias ecuatorianas y en segundo lugar ante el Tribunal Fiscal ecuatoriano y los pronunciamientos administrativos y judiciales obtenidos sucesivamente de ellos. Si su cumplimiento fuese considerado condicionante de una reclamación de expropiación bajo el Convenio, todo requisito mínimo para presentar reclamaciones sustantivas de expropiación en cuanto al fondo bajo el Convenio que consista en el otorgamiento a las autoridades y a los tribunales locales de la oportunidad previa de reparar, bajo sus propias leyes, los agravios del inversor extranjero susceptibles de dar lugar a reclamaciones en virtud del Convenio, ha sido satisfecho.
34. No comparto el punto de vista de que el caso *Waste Management*, relacionado con disputas contractuales centradas en una parte esencial en torno del Acuerdo de Concesión de Acaverde, que contenía un mecanismo específico de arbitraje con sede en México para tratar dichas disputas, sea relevante para el presente caso, en el cual no se dan tales circunstancias, o de que lo rijan.
35. *Waste Management* tiene que ver con una reclamación contractual (bajo una concesión) y la necesidad de agotar recursos legales locales ante un tribunal arbitral local acordado contractualmente respecto de una supuesta violación de contrato, antes de determinar si se había cometido un incumplimiento que implicase además la violación de un tratado. El agotamiento previo del recurso legal local acordado por las partes fue necesario (a falta de una disposición del tratado en cuestión (TLCAN) que permitiese el acceso directo a los recursos legales del tratado en caso de incumplimientos contractuales) a fin de determinar, de conformidad con la cláusula arbitral aprobada libremente por el inversionista privado, primero, si existía incumplimiento de contrato, y segundo, en caso de respuesta afirmativa, el recurso legal que los árbitros otorgarían para compensar dicho incumplimiento.
36. A diferencia de *Waste Management*, el presente caso no tiene que ver con un incumplimiento de contrato, que a su vez requiere contractualmente un pronunciamiento por parte de la jurisdicción local antes de considerar si hay un incumplimiento atribuible al Estado también violatorio del Convenio - es decir, que puede elevarse al plano internacional - sino con una conducta atribuible al Estado ubicada en el plano del derecho internacional en virtud de las disposiciones del Convenio y susceptible de ser considerada como una violación del Convenio, incluso del artículo VIII.1 que protege contra

expropiación. No hay ninguna disposición en el Convenio que remita las disputas inversor-Estado a ningún foro específico o Tribunal o jurisdicción del Estado anfitrión o de su poder judicial.

V.

37. Se ha de examinar ahora si la conducta atribuible a Ecuador ha operado una expropiación de los retornos de EnCana con incumplimiento del artículo VIII.1 del Convenio. Esto requiere un análisis de los pronunciamientos de los Tribunales Fiscales ecuatorianos, la conducta del SRI y la conducta de las autoridades gubernamentales ecuatorianas.
38. Si el Estado expropia una inversión o un retorno cubierto por el Convenio, la medida expropiatoria no debe ser “discriminatoria” ni sin finalidad de “utilidad pública”. Si se presenta cualquiera de dichas circunstancias, y el Estado no paga indemnización como se estipula en el Convenio, dicha medida violará su artículo VIII.1.
39. Las medidas o conducta en juego atribuibles a Ecuador que pueden describirse como expropiatorias son esencialmente – pero no solamente – resoluciones diferentes emanadas del SRI que deniegan los reintegros del IVA o revocan medidas anteriores que otorgaron reintegros del IVA. Ahora se considerará si las medidas en juego son discriminatorias, se han adoptado en pos de una utilidad pública, y si las medidas han causado una expropiación de derechos (retornos) protegidos por el Convenio.

A. ¿Las medidas son discriminatorias?

40. Existen pruebas suficientes en el presente caso de que la interpretación por parte del SRI del artículo 69-A del Código Tributario, respaldada después por el Congreso de Ecuador a través de la Ley Interpretativa, es discriminatoria, y que, si dicha interpretación condujera a una privación de la propiedad que calificara como expropiación en virtud del Convenio, constituiría una medida discriminatoria en violación del artículo VIII.1 del Convenio. Los exportadores de flores, brócoli, té, madera, bananas, camarones, pescado fresco - todos productores de productos no manufacturados - tienen derecho a reintegro del IVA en Ecuador. El sector petróleo y gas afectado negativamente por dicha interpretación está exclusiva y enteramente compuesto por compañías extranjeras, situación que no es compartida por otros sectores de exportación de productos no manufacturados en Ecuador recién mencionados. No hay prueba convincente no controvertida que pruebe que Petroecuador está sujeto al

IVA. Existe prueba no controvertida de que toda deficiencia de fondos resultante de una eventual falta de reintegros del IVA a Petroecuador está suplida a través de la infusión de fondos provenientes del Estado ecuatoriano, un beneficio excepcional que, ciertamente, no se extiende a las compañías petroleras extranjeras⁷. Comparto el punto de vista planteado en el caso *Occidental* según el cual no solamente debería considerarse el tratamiento fiscal desigual infligido a los operadores del sector petróleo y gas de Ecuador para determinar la existencia de una conducta de tratamiento discriminatorio o desigual en virtud del Convenio dentro de dicho sector⁸. El tratamiento fiscal generalmente dado a los exportadores de productos no manufacturados correspondiente a distintos sectores de la economía ecuatoriana no controlados enteramente por intereses extranjeros y distintos del sector petróleo y gas es relevante para establecer si el tratamiento fiscal de los exportadores en este último sector es o no discriminatorio conforme al artículo VIII.1 del Convenio.

41. El reconocimiento por parte de la Sra. Mena en la audiencia según el cual la política de no reintegro del IVA al sector petróleo y gas, que según ella había sido siempre implementada por Ecuador, debió haberse definido mediante la sanción de leyes que establecieran claramente que sólo los exportadores de productos no manufacturados identificados como “no tradicionales”, particularmente productos agrícolas, están exentos de reintegro del IVA, antes que mediante los pronunciamientos administrativos de la Autoridad Tributaria ecuatoriana⁹, confirma que EnCana y sus filiales estaban justificadas al esperar en forma legítima que en virtud de las leyes de Ecuador las actividades e ingresos de estas últimas y los beneficios sobre la inversión de la primera no sufriesen la carga del IVA, como fue el caso respecto de otros sectores exportadores de productos no manufacturados de la economía de Ecuador. Además, EnCana y sus filiales no fueron parte ni pudieron estar al tanto de los intercambios internos, los cambios de posición y posibles malentendidos entre el Sr. Barniol, Presidente de Petroecuador, y la Sra. Mena - entonces directora del SRI – acerca de si el impacto económico del IVA era absorbido o no por los acuerdos de reparto de producción entre Petroecuador o Petroproducción y las compañías petroleras extranjeras¹⁰, y toda confusión derivada de dicho malentendido para el SRI, que se traduce en fluctuaciones significativas en la posición legal del SRI respecto de los reintegros del IVA y los intereses de EnCana o de sus filiales en dichos reintegros, no puede oponerse en forma válida a EnCana para excusar la frustración discriminatoria de sus expectativas legítimas de retorno sobre la inversión originadas en parte sustancial en la conducta del

⁷ Paredes, Transcripción Día 1, págs. 104, 125, 128-129; 140-141.

⁸ Occidental Exploration and Petroleum Company y la República de Ecuador, Laudo del 1ro de julio de 2004, números 173-177; Pruebas de su Respuesta al Contrainforme de los fundamentos de la demandada de EnCana, vol. I, Anexo 5.

⁹ Mena, transcripción Día 4, págs. 75-76.

¹⁰ Mena, transcripción Día 4, págs. 89-92.

SRI atribuible a Ecuador que finalmente niega los reintegros del IVA a las filiales de EnCana.

42. Las expectativas legítimas de EnCana respecto de los reintegros del IVA que afectan sus derechos como inversor recibieron confirmación mediante las propias acciones y la conducta del SRI en cumplimiento de lo que entonces el SRI entendió como sus obligaciones en virtud de la legislación ecuatoriana, cuando el SRI autorizó el pago de los reintegros del IVA a las filiales de EnCana mediante 9 Resoluciones que van del 8 de marzo de 2000 hasta el 16 de marzo de 2001. La justificación dada por la Sra. Mena para estos pagos – errores cometidos por el SRI al procesar el flujo de solicitudes de reintegro del IVA posteriores a la sanción del artículo 69A del Código Tributario – es poco creíble si uno ha de confiarse en la afirmación de la Sra. Mena de que la política invariable de Ecuador – aún antes de la sanción del artículo 69-A – siempre había sido no otorgar reintegros del IVA a compañías petroleras¹¹. En vista de dicha política tributaria supuestamente firme y estable acerca de un sector exportador que es probablemente la fuente principal de divisas extranjeras de Ecuador, es difícil aceptar que los pagos de esos reintegros fueran la consecuencia de un error de procesamiento en el que había incurrido el SRI antes que de una interpretación razonada y razonable de las leyes impositivas – compartida por EnCana y sus filiales – de acuerdo con la cual los derechos al reintegro del IVA se extendían tanto a los exportadores extranjeros de petróleo y gas, como a otros exportadores de productos no manufacturados.
43. En consonancia con dichos precedentes, la Ley Interpretativa apunta a una categoría específica de inversionistas y exportadores, las compañías petroleras, y particularmente las multinacionales. Esto surge a partir de las reclamaciones de reintegros del IVA presentadas contra Ecuador por parte de dichas compañías por la vía del arbitraje internacional y del fallo desfavorable para Ecuador dictado en uno de dichos arbitrajes, así como también de las indecisiones a nivel del Poder Judicial ecuatoriano en cuanto a la interpretación de la legislación ecuatoriana respecto de los reintegros del IVA a los exportadores. Más allá de dichas circunstancias, que están expresadas directamente en la Ley Interpretativa, ella no traza una política pública basada en principios o razones de interés público para discriminar entre exportadores de petróleo y exportadores de otros “productos” no manufacturados sobre la base de un análisis de la situación legal tributaria existente cuando EnCana invirtió en Ecuador, salvo afirmar que el artículo 69-A del Código Tributario no permite los reintegros del IVA a exportadores de petróleo.
44. A diferencia del Laudo, sostengo que la Ley Interpretativa en sí misma o conjuntamente con otras medidas atribuibles al gobierno ecuatoriano, es relevante para evaluar si la conducta de Ecuador con anterioridad a su

¹¹ Mena, transcripción Día 4, págs. 65-66, 83.

sanción viola el artículo VIII.1 del Convenio en relación con la inversión o los beneficios sobre la inversión de EnCana. Independientemente de si la Ley Interpretativa es o no retrospectiva o retroactiva, sirve al propósito de arrojar luz sobre los objetivos y efectos perseguidos por la conducta de Ecuador que se supone violatoria del artículo VIII. 1 del Convenio con anterioridad a la Ley Interpretativa, de la misma forma que la conducta posterior o *ex post* de una parte de un acto jurídico sirve a los fines de comprender el significado y el propósito de dicho acto jurídico cuando fue concluido.

45. La naturaleza discriminatoria de las resoluciones del SRI como un componente de la conducta expropiatoria en virtud del Convenio se planteó en las alegaciones ante el Tribunal Fiscal en el Caso City Oriente Limited ("COL") y en el Caso AEC Ecuador Ltd. [antes denominada City Investment Co. Ltd.] ("AEC") que preceden a la Ley Interpretativa. Dado que el Convenio – al igual que otros convenios ratificados por Ecuador – es incuestionablemente parte de la legislación ecuatoriana¹², es también parte esencial del marco legal sujeto a la consideración de los Tribunales Fiscales ecuatorianos al decidir sobre las cuestiones presentadas durante dichos procedimientos.
46. Por ejemplo, en el Caso AEC, el demandante en forma inequívoca planteó bajo los siguientes términos (en la medida reflejada en las consideraciones preliminares de la sentencia del Tribunal Fiscal) la existencia de expropiación bajo el Convenio:

“Por otra parte, desconocer a su representada el derecho a la restitución del IVA pagado implica una violación del principio de la generalidad de la ley tributaria en su aplicación subjetiva, también garantizado por la Constitución de la República (Art.256) y ratificado por el Código Tributario, constituyendo un acto de franca discriminación frente a la compañía que representa al impedirle ejercitar un derecho que la ley reconoce a todos los contribuyentes que pagan IVA para la producción de bienes exportados, en franca violación de los derechos grantizados por la Constitución de la República en sus artículos 12, 23 (numeral 3) y 256. Además, esta medida tributaria expedida por el SRI es equivalente a una expropiación, pues la priva a su representada la facultad de ejercer un derecho considerado al celebrarse el Contrato con el Estado, todo ello en el marco del Convenio para el Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones sucrito entre Ecuador y Canadá....”¹³.

47. El único argumento del SRI para rechazar que sus resoluciones son discriminatorias no fue negar que ellas propugnan una aplicación discriminatoria del artículo 69-A del Código Tributario, sino que dichas resoluciones permiten evitar que la compañía petrolera se cobre dos veces por la misma causa:

“Dice que ante la alegación de la actora en el sentido de que la resolución hoy impugnada ha violado el artículo 256 de la Constitución el cual consagra los principios de igualdad y de generalidad que rigen al sistema tributario ecuatoriano, por el contrario, a pesar que las empresas contratistas no han

¹² Paredes, transcripción Día 1, pág. 109.

¹³ Caso AEC en: Ecuador Jurisdictional Objections, Exhibits Vo.II, tab 19, pág.11. El subrayado es de mi autoría. Idem COL Case, Anexo 20 del Vol. II Ecuador’s Jurisdictional Objections, págs. 10-11.

cumplido con los presupuestos de hecho y derecho para tener un derecho a la devolución del IVA, el Estado ha reconocido a través del porcentaje de participación, los tributos satisfechos por éstas en la ejecución del contrato, respetando la esencia de las inversiones en materia hidrocarbúrrfera. Lo que el Servicio de Rentas Internas ha evitado es que el Estado ecuatoriano en desmedro de sus escasos recursos destinados a la consecución del bienestar de sus ciudadanos, beneficie doblemente por un mismo concepto a las empresas contratistas, por lo que tampoco se ha afectado el Convenio para el Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones suscrito entre Canadá y Ecuador.”¹⁴

48. El Tribunal Fiscal decidió no considerar si la interpretación y aplicación del artículo 69-A por parte del SRI fue discriminatoria en virtud del Convenio o en violación de las disposiciones sobre expropiación contenidas en el Convenio. El Tribunal Fiscal tampoco falló sobre el derecho de la compañía petrolera a obtener el reintegro del IVA por el IVA aplicado sobre la base de una tasa impositiva del 10%:

“...por lo tanto, la Sala llega a las siguientes conclusiones: 5.1.- Solo se discute el incremento del IVA del 10 al 12 %; y, 5.2.- No es aplicable la cláusula 8.6 porque se supone que ese incremento del 2% del IVA será reembolsado vía crédito tributario. Por los motivos expuestos, la Sala estima pertinente analizar los fundamentos legales para el reconocimiento del crédito tributario alegado conforme al inciso tercero del artículo 65 y el artículo 69-A expresamente invocados por la parte actora en su libelo de demanda”¹⁵.

49. Claramente, el Tribunal Fiscal no se pronunció sobre el reintegro del IVA a la tasa impositiva del 10% porque decidió que, sobre la base de las comunicaciones del Presidente de Petroecuador mencionadas por el Tribunal Fiscal en su decisión, dado que el reintegro del IVA no fue cubierto por los factores X indicados en los Acuerdos de Reparto de Producción, las consecuencias económicas negativas para el operador de petróleo derivadas de dicha circunstancia debían resolverse dentro del contexto de las disposiciones pertinentes sobre estabilización económica incluidas en el Acuerdo de Reparto de Producción de que se trate ¹⁶; según sea el caso, el artículo 8.6 o el artículo 11.09 del mismo sobre reajuste económico por cambio de circunstancias (es decir, mediante negociaciones con Petroecuador), y no mediante el sistema tributario al cual, sin embargo, el Presidente de Petroecuador remitió al Tribunal Fiscal para que se expidiera sobre el incremento del 2% de la tasa del IVA, es decir, del 10 % al 12%¹⁷. El Tribunal Fiscal aceptó sus puntos de vista sin objeciones. Por esta razón, el Tribunal Fiscal concluyó que solamente una decisión sobre la diferencia del 2% quedaba fuera de los límites de los Acuerdos de Reparto de Producción y caía bajo el imperio de la legislación tributaria ecuatoriana. Sin embargo, en cuanto al reintegro del 10% del IVA, y para todos los fines prácticos, las sentencias del Tribunal Fiscal realmente fueron *non liquet*, porque el Tribunal Fiscal no se pronunció sobre la existencia de una

¹⁴ *Ibidem*, Caso AEC pág. 25; Caso COL págs. 23-24..

¹⁵ *Ibidem*, Caso AEC pág. 34; Caso COL pág. 32.

¹⁶ Las filiales de EnCana en Ecuador, City Oriente Ltd. (“COL”) y AEC Ecuador Ltd. (“AEC”) son partes de los acuerdos de reparto de producción celebrados con Petroecuador y Petroproducción, ambas compañías estatales ecuatorianas (los “Acuerdos de Reparto de Producción”).

¹⁷ *Ibidem*, Caso AEC págs. 32-34; Caso COL págs. 30-32.

obligación del Estado a otorgar los reintegros del IVA en virtud de la legislación tributaria, ni negó que las filiales de EnCana tuvieran derecho a un valor económico que representara los reintegros del IVA a la tasa del IVA del 10%, para ser tenido en cuenta dentro del contexto de negociaciones del factor X conforme , según sea el caso, al artículo 8.6 o al artículo 11.9 de los Acuerdos de Reparto de Producción ¹⁸.

50. Por otra parte, como se demostrará más adelante, las consideraciones del Tribunal Fiscal sobre la aplicación del artículo 69-A en relación con el reintegro de la diferencia del 2% del IVA fueron *obiter dictum* y no requirieron analizar si su aplicación constituiría una violación del artículo VIII.1 del Convenio, dado que el Tribunal Fiscal decidió no aplicar el artículo 69-A, y en cambio otorgó el reintegro de la diferencia del 2% del IVA sobre la base de otra disposición del Código Tributario. Dado que se otorgó el reintegro, la consideración del tratamiento discriminatorio del inversionista extranjero o de sus inversiones en virtud del Convenio hubiese sido innecesaria.
51. Por lo tanto, el Tribunal Fiscal no consideró la existencia de un posible tratamiento discriminatorio en virtud del Acuerdo ni de una posible violación de su artículo VIII.1 causada por la interpretación del artículo 69-A del Código Tributario por parte del SRI, aunque fue invitado a hacerlo, y tuvo la oportunidad de hacerlo en el transcurso de los procedimientos que cumplen los requisitos del artículo VIII.2 del Convenio haciendo posible, por ejemplo, un pronunciamiento sobre si la legislación local (o su interpretación por parte de las autoridades locales) debería rechazarse sobre el fundamento de que es incompatible con el derecho internacional tal como éste es receptado por el derecho ecuatoriano.

B. ¿Las medidas tomadas o no tomadas fueron en pos de una utilidad pública?

52. La naturaleza discriminatoria de las medidas tomadas o no tomadas por Ecuador en relación con las inversiones y los beneficios de EnCana en virtud del Convenio hace más difícil identificar un fin público claro y sustanciado subyacente a dichas medidas en cumplimiento del artículo VIII.1 del Convenio. Una medida que responde a la definición clásica de tributación, es decir, una medida que meramente impone una obligación de pagar dinero con fines de utilidad pública, siendo dicho fin “recaudar fondos públicos”¹⁹, no puede cumplir automáticamente el requisito de utilidad pública bajo el artículo VIII.1 del Convenio para que una medida tributaria no sea expropiatoria, porque si ese fuera el caso, todas las medidas tributarias

¹⁸ En realidad, en el Caso AEC la referencia correcta es al artículo 8.6 del Acuerdo de Reparto de Producción de AEC y sus modificaciones mediante Contrato Modificatorio del 21 de mayo de 1999 (Caso AEC pág. 31); mientras que en el Caso COL (donde aparentemente no se realizó dicha modificación), la referencia correcta es al artículo 11.9 del Acuerdo de Reparto de Producción de COL (Caso COL pág.31).

¹⁹ Cowper, transcripción Día 3, pág. 88.

siempre cumplirían dicho requisito, privándolo entonces de significado específico dentro del contexto de dicha disposición. La utilidad pública que una medida tributaria debe cumplir de conformidad con el artículo VIII.1 no se cumple simplemente porque sus objetivos o efectos inmediatos o finales consistan en incrementar o mejorar los ingresos fiscales de Ecuador.

53. Las medidas iniciales (y las alegaciones del SRI ante los Tribunal Fiscales del Ecuador en el Caso COL y en el Caso AEC) se basaron en el hecho de que, dado que los reintegros del IVA se operan a través del factor X en los Acuerdos de Reparto de Producción celebrados entre COL y AEC, y Petroecuador o Petroproducción, otorgar un reintegro del IVA mediante el mecanismo de reembolso fiscal del IVA conduciría a dobles ingresos provenientes de una misma fuente y enriquecimiento ilícito. Esta es la utilidad pública que subyace en dichas medidas. Dado que tanto Petroecuador como los tribunales ecuatorianos (Sentencias del Tribunal Fiscal en los Casos COL y AEC) y la Ley Interpretativa han dejado totalmente en claro que el factor X no permite reintegros del IVA a menos que el factor X se renegocie (de modo tal que el doble ingreso proveniente de una misma fuente no es posible), la justificación de esta utilidad pública ha resultado ser inexistente.
54. Otra justificación de la utilidad pública sería el interés del estado ecuatoriano en propugnar la aplicación de una interpretación específica de su propia ley, a saber, el artículo 69-A del Código Tributario, a fin de evitar lo que sería considerado como un daño a los intereses económicos ecuatorianos si dicha disposición no se interpretara de una manera determinada. Dicha utilidad pública también puede considerarse como plasmada en la Ley Interpretativa.
55. Como se indicó precedentemente, los Tribunales Fiscales que dictaron sentencia en las Causas COL y AEC no consideraron la aplicación del artículo 69-A del Código Tributario para los reintegros del IVA a la tasa del 10%, lo cual pretendían los demandantes en dichas causas. Sin embargo, dado que dichas sentencias los refirió a un proceso de renegociación dentro del contexto de los Acuerdos de Reparto de Producción, lo que necesariamente presupone asignar un valor económico a dicho reintegro y reconocer un derecho del inversionista privado a dicho valor – un derecho de naturaleza tributaria - en dicho proceso, se hace difícil llegar a la conclusión de que un posible detrimento económico para Ecuador derivado del reconocimiento de dichos derechos de naturaleza tributaria para el inversionista privado sea un asunto de vital interés público o nacional, porque si así fuese dicho reconocimiento debió haber sido excluido y el artículo 69-A del Código Tributario debió haberse aplicado en su lugar. El mismo análisis es pertinente en relación con la Ley Interpretativa, que también remite a los inversionistas privados extranjeros del sector petróleo de Ecuador a una renegociación de sus acuerdos de reparto de producción

para ser indemnizados por los reintegros del IVA no otorgados a los mismos.

56. Se llega a una conclusión similar cuando se considera el tratamiento fiscal del reintegro del IVA a compañías exportadoras de petróleo que surge de la diferencia del 2% originada en el incremento de la tasa del IVA del 10% al 12%. Aunque en relación con dicha diferencia el Tribunal Fiscal (de acuerdo con la posición expresada por el Presidente de Petroecuador) interpreta que el artículo 69-A del Código Tributario impide los reintegros del IVA a las compañías petroleras, tampoco aborda el argumento de que su aplicación podría ser discriminatoria o expropiatoria. En realidad, considerar dicho argumento no era relevante dado que el Tribunal Fiscal terminó no aplicando el artículo 69-A de la Legislación Tributaria y otorgando el reintegro del incremento del 2% del IVA sobre la base del artículo 16 segundo apartado del Código Tributario a causa de una “modificación de la relación económica entre las partes”²⁰. Así, las consideraciones del Tribunal Fiscal respecto de la no aplicación del artículo 69-A de la Legislación Tributaria – manifestadas exclusivamente al considerar el reintegro del 2% del IVA - fueron *obiter dicta* dado que no constituyen el fundamento legal sobre el cual el Tribunal Fiscal finalmente decidió acerca del reclamo para obtener un valor económico equivalente al reintegro del IVA.
57. En realidad, la decisión del Tribunal Fiscal en este último aspecto socava la naturaleza obligatoria atribuida por Ecuador a su interpretación del artículo 69-A basado en la protección del interés público, lo cual requeriría su inmediata aplicación a las relaciones contractuales existentes, dado que al fin y al cabo el Tribunal Fiscal autorizó el pago de una suma de dinero igual al reintegro del 2% del IVA, de lo que resultó un empobrecimiento del Estado a beneficio del inversionista extranjero que no debió haber sido permitido si el artículo 69-A del Código Tributario, una norma obligatoria del derecho público, significa realmente lo que Ecuador dice que significa.
58. El artículo 12 segundo apartado del Código Tributario²¹ no impone una obligación absoluta e imperativa sobre el Tribunal Fiscal de aprobar el reintegro de tributos ni permite restringir o limitar la aplicación inmediata de una regla imperativa a las relaciones existentes que excluirían dicho reintegro, sino que se limita a investir a un tribunal judicial de facultades ampliamente discrecionales y basadas en la equidad para interpretar las

²⁰ *Ibidem*, Caso AEC pág. 43: “...realizándose el presupuesto previsto en el inciso segundo del artículo 16 del Código Tributario, por haberse modificado las relaciones económicas establecidas entre los interesados”. En forma idéntica, Caso COL pág. 42:

²¹ Artículo 12 del Código Tributario (I Pruebas del Contrainforme de los fundamentos de EnCana, Anexo 32): “Calificación del Hecho Generador: Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida por los interesados. Cuando el hecho generador se delimita atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados conforme a su verdadera esencia, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.”

disposiciones del Código Tributario sobre la base del principio de la realidad económica. El hecho de que el Tribunal Fiscal decidiera a su discreción usar dichos poderes de equidad en relación con una situación que de acuerdo con la posición del SRI está cubierta por el artículo 69-A del Código Tributario socava los efectos imperativos y el papel del interés público atribuido por el SRI al artículo 69-A del Código Tributario a través de su interpretación. En realidad, la razón fundamental basada en la realidad económica dada por el Tribunal Fiscal para basarse en el artículo 12 segundo apartado del Código Tributario está en exacta - y por cierto franca - oposición a la razón fundamental sobre la cual el SRI basa su interpretación del artículo 69-A del Código Tributario. Al remitir al artículo 12, segundo apartado del Código Tributario, el Tribunal Fiscal se basa en el principio de gravamen en el país de destino y en las consecuencias negativas para la economía de Ecuador si Ecuador exportara sus impuestos y por ende afectara negativamente sus exportaciones de petróleo a mercados extranjeros²² si no se otorgara el reintegro del 2% del IVA. Por cierto, al fin y al cabo el Tribunal Fiscal se basa en los mismos principios legales propugnados por EnCana y sus filiales para rechazar la interpretación del artículo 69-A del Código Tributario por parte del SRI.

59. Dicha circunstancia también debilita de modo decisivo el argumento – insinuado en las opiniones de los peritos de Ecuador – según el cual dado que los yacimientos de petróleo constituyen un recurso natural no renovable que pertenece al Estado ecuatoriano y está sujeto a agotamiento, los productores y exportadores de petróleo no tienen derecho al mismo tratamiento de reintegro del IVA brindado a los productores y exportadores de recursos naturales renovables. Por cierto, si ese fuera el caso, no quedaría espacio para los reintegros del IVA bajo la sombra del artículo 12 segundo apartado del Código Tributario, el Reglamento de la Ley de Hidrocarburos, o – según sea el caso – el artículo 8.6 o el artículo 11.9 del Acuerdo de Reparto de Producción relevante, tal como ha sido decidido o dispuesto por los Tribunales Fiscales y las autoridades ecuatorianas, a nivel tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo.
60. Las decisiones de la Corte Suprema para el Caso COL del 14 de enero de 2004, y para el Caso AEC del 12 de febrero de 2004²³, que confirman las sentencias del Tribunal Fiscal mencionadas, tuvieron el efecto último de condonar la aplicación del artículo 12 segundo apartado del Código Tributario por parte del Tribunal Fiscal neutralizando la aplicación inmediata de su artículo 69- A de acuerdo con la interpretación dada por el SRI a esta disposición. Las consideraciones mencionadas precedentemente comprometen seriamente la existencia de razones de interés público

²² Caso AEC Tribunal Fiscal citado más arriba, pág. 42: “No conviene a la economía de los países exportar tributos, puesto que ello perjudicaría al comercio exterior”. También Caso COL pág. 40.

²³ I Contrainforme de los fundamentos de Ecuador – Prueba 27 (sentencia del Caso COL); Prueba 28 (sentencia del Caso AEC).

fundados en la "utilidad pública" en que se sustentan las resoluciones del SRI denegatorias de los reintegros del IVA sobre la base de dicha interpretación.

C. ¿Las medidas operaron una expropiación de los derechos cubiertos por el convenio?

61. Las decisiones del Tribunal Fiscal y otras conductas atribuibles a Ecuador tienen el efecto práctico de remitir a las filiales de EnCana y a su único accionista a la renegociación de los Acuerdos de Reparto de Producción a fin de lograr satisfacción por el impacto económico negativo causado por la denegación del reintegro del IVA por parte del SRI. Sin embargo, al remitirlos a dicho proceso de renegociación a fin de obtener, dentro de su contexto, un ajuste económico que tendría en cuenta o al menos consideraría el valor económico representado por el reintegro del 10% del IVA, el Tribunal Fiscal necesariamente reconoció el derecho de dichas filiales a un valor económico en virtud de la legislación ecuatoriana, representativo del reintegro del IVA. Sería inconcebible remitir una compañía a un proceso de negociación para ajustar una relación contractual existente de la cual esa compañía es parte, en el transcurso del cual han de transarse o negociarse determinados derechos con un valor económico de esa compañía, sin reconocerle título legítimo a dicha compañía al ejercicio de dichos derechos (cualesquiera sea o finalice siendo el valor económico atribuido a tales derechos) que son cruciales para el proceso de negociación y sin los cuales dicho proceso no tendría razón de ser: en este caso, el derecho al valor del reintegro del IVA. Dicho reconocimiento es otra confirmación de que EnCana estaba justificada en sus expectativas legítimas - plasmadas en su derecho a retornos tutelados por el Convenio - de excluir la carga económica correspondiente a dicho valor al estimar sus beneficios y calcular el ritmo de la recuperación de su inversión en el momento de decidir invertir en Ecuador mediante sus filiales.

62. Las manifestaciones del Presidente de Ecuador, la entonces Directora del SRI, Sra. Mena, y la Ley Interpretativa confirmaron que atravesar dicho proceso es no obstante el único recurso puesto a disposición de las filiales de EnCana en virtud del sistema legal ecuatoriano. Las pruebas presentadas durante la Audiencia por un abogado del SRI²⁴ indicaron que los tribunales ecuatorianos se considerarían obligados a aplicar la Ley Interpretativa en relación con las causas pendientes o las causas que volverían a verse. En realidad, el Anexo A a la carta de Ecuador posterior a la audiencia del 16 de mayo de 2005 presenta una decisión del Tribunal Distrital en lo Fiscal Nro.1 de Quito que deniega los reintegros del IVA a Petróleos Colombianos Limited basada en la aplicación retroactiva de la Ley Interpretativa. Dicha decisión confirma la naturaleza vinculante de la Ley Interpretativa para todos los tribunales ecuatorianos y sus hasta aquí efectos retrospectivos o retroactivos irrecusables. Un experto legal de Ecuador también admitió

²⁴ Venegas, transcripción Día 3, págs. 182-183.

durante la Audiencia la posible aplicación retroactiva de la Ley Interpretativa²⁵. Así, no solamente se agotó la única posibilidad contemplada en el Convenio conforme a su artículo VIII.2 de pasar por los tribunales y autoridades locales, sino que las decisiones obtenidas reflejan razonablemente la posición final del gobierno del Ecuador acerca de los reintegros del IVA respecto de las reclamaciones fiscales con anterioridad y posterioridad a la sanción de la Ley Interpretativa.

63. La mera existencia y el propósito de la Ley Interpretativa (aclarar el significado del artículo 69-A del Código Tributario) confirma las expectativas legítimas de EnCana, basadas en una interpretación razonable de la legislación y las prácticas tributarias ecuatorianas hasta ese momento del SRI, de que tenía derecho a los reintegros del IVA al hacer sus proyecciones de beneficios en el momento de invertir. La aprobación de la Ley Interpretativa solamente tiene sentido porque la legislación entonces existente respaldó dicha interpretación razonable sobre la cual EnCana se basó en forma legítima para invertir en Ecuador o al menos para esperar un determinado nivel de cargas tributarias que afectarían sus beneficios sobre la inversión, y porque Ecuador, en un momento determinado, decidió discrepar con dicha interpretación.
64. La Ley Interpretativa también confirma que dichas expectativas legítimas tenían y tienen un valor económico: por ende, que el incumplimiento de dichas expectativas desencadenaría consecuencias adversas para los retornos del inversionista. Si ese no fuera el caso, la Ley Interpretativa no abriría las puertas a la posibilidad de brindar alivio económico al inversionista extranjero por la carga del IVA impuesta sobre él a causa de la interpretación por parte del SRI del artículo 69-A del Código Tributario mediante la renegociación de los Acuerdos de Reparto de Producción. En ese aspecto, la Ley Interpretativa es totalmente coherente con el resultado práctico de las sentencias de primera instancia del Tribunal Fiscal en el Caso AEC y el Caso COL y las cartas del Presidente de Ecuador y la entonces directora del SRI, Sra. Mena, también remitiendo al inversionista extranjero a dicho proceso de renegociación. En una carta del 27 de octubre de 2003 a la Sra. Mena, el Presidente de Ecuador le dio instrucciones para resolver los problemas de reintegro del IVA con las compañías petroleras mediante las disposiciones sobre estabilidad económica establecidas en el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos ecuatoriana. En dicha carta, el Presidente de Ecuador aclaró que estaba sentando la posición del Gobierno de Ecuador respecto de los reintegros del IVA solicitados por las compañías petroleras²⁶. Sobre la base de dicha carta, la Sra. Mena le escribió al

²⁵ Las pruebas presentadas durante la Audiencia indicaron que los tribunales ecuatorianos se considerarían obligados a aplicar la Ley Interpretativa en relación con las causas pendientes o las causas que volverían a verse, transcripción Día 4, pág. 29 (Salgado).

²⁶ “Art. 16. Estabilidad Económica. Los porcentajes de las partes en la producción del área del contrato serán ajustados cuando el sistema tributario aplicable al contrato haya sido modificado para restablecer la economía

Presidente de Petroecuador transmitiendo las instrucciones del Presidente ecuatoriano para resolver dichos problemas tanto mediante la renegociación de los términos y condiciones de los Acuerdos de Reparto de Producción en virtud de dicho artículo como las cláusulas de estabilización económica encontradas en los Acuerdos de Reparto de Producción²⁷.

65. Sin embargo, el derecho de EnCana en virtud del Convenio a las expectativas de reintegro del IVA no ha sido acompañado por un recurso legal apropiado o al menos claramente existente en virtud de la legislación ecuatoriana, dado que depende, de acuerdo con la Ley Interpretativa y sus precedentes mencionados más arriba, de una negociación de los términos y condiciones económicos de los Acuerdos de Reparto de Producción, es decir, de un proceso hipotéticamente consensual destinado a cambiar o que probablemente cambiará las bases fundamentales sobre las cuales no solamente se proyectaron los beneficios del inversor, sino, más aun, se asentó la decisión misma de invertir del inversionista. De este modo, el “recurso legal” pone en riesgo las expectativas legítimas y los derechos y obligaciones contractuales y legales sobre la base de los cuales el inversionista invirtió en el sector petrolero ecuatoriano, y va más allá del problema de los reintegros del IVA y las expectativas legítimas acerca de dichos reintegros. A causa de dichas circunstancias, dicho pretendido recurso legal es en realidad una forma encubierta de rechazar el acceso a un recurso legal significativo.
66. Además, la remisión general a la renegociación de los Acuerdos de Reparto de Producción que figura en la Ley Interpretativa para restituir dicho valor económico al inversionista no está acompañada por principios y bases predecibles que rijan el proceso de renegociación o que permitan prever su resultado, o cómo se implementará. Por cierto, como demuestra la prueba no disputada, la carga tributaria del IVA “es un elemento muy espinoso para captar en los factores de participación”²⁸. Aún no está claro si dicho proceso de renegociación estará regido por las cláusulas de ajuste económico, cambio de circunstancias o renegociación encontradas en dichos Acuerdos, o tendrá lugar fuera del ámbito de dichas cláusulas, dado que las cartas del Presidente de Ecuador y la Sra. Mena también se refieren a un proceso de renegociación conforme a disposiciones del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos ecuatoriana. No hay prueba de la existencia de normas o reglas específicas que permitan comprender cómo se ha de materializar dicha renegociación o cómo han de interactuar las disposiciones de dicho Reglamento y las cláusulas de ajuste económico de los Acuerdos de Reparto de Producción. Finalmente, los Acuerdos de Reparto de Producción no imponen dicha renegociación a las partes de los mismos como una

del contrato vigente hasta antes de la modificación tributaria”. Carta producida por Ecuador a solicitud del Tribunal Arbitral, transcripción Día 4, pág. 101.

²⁷ I Compendio de materiales preparados por EnCana, (presentado en la Audiencia), Anexo 9.

²⁸ Reguntas de Keplinger, transcripción Día 4, pág. 47.

obligación en caso de un cambio económico de las circunstancias que afecte la situación fiscal en Ecuador, es decir, recurrir a dicha negociación no es una obligación contractual impuesta a la parte contratante privada sino un derecho conferido a dicha parte. Sin embargo, la conducta del gobierno ecuatoriano con anterioridad a la Ley Interpretativa y la Ley Interpretativa en sí misma imponen unilateralmente dicho proceso de negociación al contratista privado como un paso necesario para ver materializados sus derechos a reintegros del IVA.

67. Mediante dicha remisión general al proceso de renegociación en virtud de los Acuerdos de Reparto de Producción o respecto de los mismos, la situación de confusión en detrimento del inversionista extranjero se perpetúa y agrava, dado que el reconocimiento pleno de los derechos de las filiales de EnCana a los reintegros del IVA está sujeto a una renegociación que permite cuestionar y perjudicar dichos derechos sin excluir del escenario la consideración de circunstancias o factores no tributarios dentro del proceso de negociación. Para agregar mayor confusión al escenario, la Ley Interpretativa claramente choca con las sentencias de la Corte Suprema ecuatoriana en los Casos AEC y COL, en los cuales la Corte Suprema decidió que era inadecuado que el SRI (y los Tribunales Fiscales) buscaran encomendar o encomendasen los pronunciamientos de cuestiones tributarias encuadradas en el derecho público que involucraran tributos o ingresos fiscales (y así el interés público del Estado ecuatoriano) tal como el reintegro de importes fiscales, a canales del derecho privado (tales como la renegociación de los Acuerdos de Reparto de Producción o la aplicación de sus cláusulas de cambio de circunstancias o estabilización) que permanecen fuera de la esfera de la legislación tributaria y, presumiblemente, también del control y las facultades de las autoridades tributarias ecuatorianas.
68. En virtud del artículo XIII.1 del Convenio, la conducta expropiatoria conforme al artículo VIII.1 también puede consistir en medidas tomadas y no tomadas. El derecho del inversionista extranjero, reconocido mediante la conducta del Gobierno de Ecuador, a recibir algún valor económico en el transcurso de un proceso de renegociación por el hecho de no recibir la devolución del impuesto, es un derecho de naturaleza tributaria, ya que supone la asignación de algún valor (si bien no especificado) al hecho de que el inversionista extranjero no obtenga el reintegro tributario y confirma las expectativas de retorno de EnCana, libre de cargas en concepto de IVA, protegidas por el Convenio. Incuestionablemente, la única base clara para asignar un valor económico a dicho derecho es que constituye alguna forma de derecho económico al reintegro del IVA, o que dicho valor está determinado por la falta de dicho reintegro.
69. No obstante, dicho reconocimiento de la existencia de un derecho a beneficio fiscal no está acompañado por ningún recurso legal dentro del sistema fiscal ecuatoriano salvo la conducta atribuible al Estado ecuatoriano que remite a las filiales de EnCana a un proceso de renegociación de

resultado incierto (lo que constituye una medida no tomada en virtud del Convenio, porque no brinda un recurso legal transparente y apropiado para satisfacer el derecho legal reconocido a dichas filiales). Reconociendo un derecho a un valor económico atribuible a una devolución del impuesto que fue rechazada y no tuvo lugar (siendo dicho reconocimiento una medida fiscal) pero denegando un remedio legal claro e incondicional proveyendo a dicho derecho legal de fuerza real o aparente, dado que no hay garantía alguna de que el proceso de negociación culminará exitosamente, o de que el valor económico de dicho derecho no terminará diluyéndose en su curso (puesto que no brindar un recurso legal esencialmente significativo es una medida no tomada), Ecuador ha privado a las filiales de EnCana de sus derechos al pago de sumas de dinero, lo cual afecta negativamente y perjudica sustancialmente los derechos de EnCana a los retornos sobre su inversión, incluso a las expectativas legítimas plasmadas en dichos derechos respecto de la inexistencia de cargas del IVA con impacto en sus retornos, los cuales están tutelados por el Convenio y protegidos en virtud de su artículo VIII.1 en caso de expropiación.

70. Dentro de dicho contexto, no hay razón para creer que las filiales de EnCana recibirán mediante el proceso de renegociación de los Acuerdos de Reparto de Producción un valor económico igual o equivalente al activo del cual han sido privadas: los reintegros del IVA a la tasa del 10%. Las devoluciones de impuestos son activos en el sentido de “cualquier clase de activo”, “reclamaciones de dinero con un valor financiero” enumerados bajo la definición de inversión en el artículo I (g) del Convenio y se han registrado apropiadamente como cuentas a cobrar en los libros de las filiales de EnCana.
71. La prueba también ha demostrado que dichas cuentas a cobrar tienen un valor de mercado, es decir, se cotizan en el mercado y pueden negociarse con un pequeño descuento²⁹. Dicho activo puede utilizarse “... con el fin de beneficio económico...” (artículo I(g), penúltimo apartado del Convenio) dado que mejorando la situación del flujo de fondos de la filial, se vigoriza su salud económica y los retornos de su único accionista (EnCana) reduciendo la necesidad de recurrir, primero, a la cuenta de utilidades no distribuidas (o reserva), con las que se pagan los beneficios a los accionistas, o, segundo, a infusiones de efectivo (préstamos o contribuciones de capital) provenientes del accionista, a fin de proveer fondos al negocio de las filiales. Los beneficios, como se definen en el Convenio, incluyen utilidades y dividendos (artículo I(j) del Convenio) y están expresamente sujetos a su disposición sobre expropiación (artículo VIII.1). A pesar de que el hecho de que las filiales de EnCana han sido privadas de este activo mediante conducta atribuible a Ecuador que no puede dar lugar, bajo las circunstancias del presente caso, a una expropiación indirecta de la inversión de EnCana, tal conducta aún puede ser expropiatoria de los retornos de

²⁹ Transcripción Día 1, Keplinger pág. 41; Paredes págs. 90-91.

EnCana correspondientes a dicha inversión en la medida en que dichos retornos han sido se han visto perjudicados como consecuencia de la denegación de los reintegros del IVA.

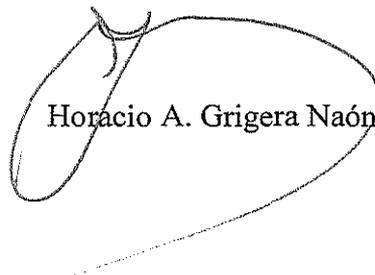
72. La posición establecida precedentemente no implica abogar por ninguna revisión por parte del tribunal arbitral internacional constituido en virtud del Convenio de los pronunciamientos de tribunales locales respecto del significado o interpretación “correcta” del artículo 69-A del Código Tributario o el ejercicio por parte de dicho tribunal arbitral de funciones inherentes a un tribunal de apelación respecto de determinaciones judiciales o conclusiones en cuanto a cómo dicha disposición se interpreta o aplica o debería interpretarse o aplicarse localmente. Lo que se está examinado a nivel de dicho tribunal arbitral internacional es si las medidas basadas en dicha interpretación - considerada como un hecho - constituyen una expropiación bajo el Convenio. Lo que puede no ser ilícito en virtud de la legislación ecuatoriana local o una interpretación de la misma puede ser ilícito en virtud del Convenio o el derecho internacional sin importar lo que digan o no los tribunales ecuatorianos. La conducta del Estado que resulta lícita en virtud del derecho nacional – por ejemplo, porque el Estado incumplidor se ajusta a las decisiones de sus propios tribunales – puede sin embargo constituir una violación del derecho internacional público, particularmente cuando las obligaciones internacionales en juego del Estado están establecidas en un tratado (del cual el Estado es parte) que confiere al tribunal arbitral internacional la facultad de juzgar acerca de dicha violación. Finalmente, dado que el artículo VIII.1 del Convenio estipula un examen objetivo para evaluar si la conducta del Estado es una conducta expropiatoria que viola el Convenio, carece de importancia decisiva que dicha conducta haya sido de mala fe o intencional o no para determinar si se ha incurrido o no en tal violación.

VI.

73. Un retorno se expropia cuando se ve afectado negativamente en forma sustancial por una medida o una serie de medidas. Una medida o serie de medidas no necesita eliminar totalmente los retornos para ser expropiatoria. Una privación de retornos sustancial o significativa basta. En caso contrario, la expropiación de retornos como categoría independiente contemplada por separado en el Convenio y distinguida de una expropiación de la inversión subyacente se tornaría sin sentido, porque requerir la total o casi total supresión de los retornos para que se consideren expropiados sería equivalente a requerir la existencia de una expropiación *de facto* de la inversión subyacente, la que goza de protección independiente bajo el Convenio.

74. La reducción de ingresos que ya alcanza, a junio de 2004, USD 72.354.141,00 en el caso AEC y, al 30 de noviembre de 2003, ya alcanza USD 5.993.182,00 en el caso COL, indudablemente priva a las filiales de EnCana de activos sustanciales con efectos necesariamente adversos y sustanciales para los retornos de EnCana sobre su inversión en Ecuador a través de dichas filiales y la recuperación de sus fondos invertidos³⁰. Estas cifras son iguales a los reintegros del IVA a cobrar reflejados en los libros de las filiales de EnCana a dichas fechas³¹. No se ha presentado prueba persuasiva alguna para cuestionar la prueba de EnCana respaldatoria de estas cifras. Atento a la privación sustancial o significativa de EnCana de los retornos sobre su inversión a través de sus filiales en Ecuador, todo ello causado por la denegación de los reintegros del IVA a estas últimas, con repercusión necesariamente adversa y considerable respecto de la existencia o el volumen de dichos retornos y expectativas legítimas asociadas con ellos y tuteladas por el Convenio, como consecuencia de medidas discriminatorias no respaldadas de manera sustanciada por fines de utilidad pública o por un interés público, concluyo que Ecuador expropió los beneficios de EnCana sobre dicha inversión en violación del artículo VIII.1 del Convenio y que, consecuentemente, esta última tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios resultantes.

Diciembre 30, 2005.



Horacio A. Grigera Naón

CC. Profesor James Crawford
Christopher Thomas, QC
Adrian Wistanley, Registrador, LCIA

³⁰ Keplinger, transcripción Día 1, págs. 45-46.

³¹ Manifestaciones de EnCana posteriores a la Audiencia, nro. 546, pág. 127.