

ENCANA CORPORATION

contra

EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE ECUADOR

Laudo Provisional

Solicitud de Medidas Provisionales de Protección

Introducción:

1. Mediante correo electrónico de fecha 8 de enero, 2004, el Demandante presentó ante el Tribunal la necesidad de una vista urgente para la aplicación de una reparación provisional con respecto a ciertas medidas ejecutorias tomadas por el Demandado con respecto al dinero supuestamente adeudado por una subsidiaria del Demandante como reembolso del impuesto sobre el valor añadido (IVA) incorrectamente reintegrado.
2. Posteriormente, mediante sumisiones del 12 de enero, 2004, el Demandante estableció las bases de esta petición. El 6 de enero, 2004, declaraba, la Dirección General de Tributos de Ecuador (IRS) congeló las cuentas bancarias de su subsidiaria, AEC Ecuador Ltd (AEC) y del Dr. Roque Bustamante, Representante Legal de AEC en Ecuador y asesor de AEC ante el Tribunal Fiscal del distrito de Quito en procedimientos anteriores referentes a esta cuestión, así como demandar la cesión de un edificio de oficinas. La medida del IRC fue tomada con el fin de recuperar aproximadamente 7,5 millones de dólares reclamados como adeudados por AEC al IRS como resultado de reembolsos incorrectos del IVA. El Demandante apuntó que había aportado garantías mediante una carta de crédito por un importe de 10 millones de dólares USA, lo que representa la cantidad en disputa más intereses, pero que el IRS se había negado a aceptarlo. Posteriormente, tras presentar una Demanda Oficial de Pago contra AEC en septiembre de 2003,¹ AEC efectuó un nuevo ofrecimiento de términos alternativos de pago (la transferencia del edificio de oficinas más el pago de plazos garantizados contra un bono bancario). En el momento en que las cuentas fueron congeladas, según el Demandante, IRC no había comunicado su rechazo de esta nueva oferta.
3. Mediante carta del 12 de enero, 2004, la asesoría legal del Demandado hizo los comentarios iniciales sobre la solicitud. En particular, el Demandado afirmó que: (a) las medidas ejecutorias fueron tomadas respecto a los 7,5 millones de dólares supuestamente adeudados, excluidos intereses; (b) fueron tomadas de acuerdo con lo estipulado por la Ley ecuatoriana; (c) la medida tomada contra el Dr. Bustamante fue tomada en razón de su capacidad como representante legal de AEC y no porque fuera un abogado o jurista en litigio alguno; (d) la Resolución del IRS que permite medidas ejecutorias había sido suspendida mientras se encontraba bajo recusación de AEC, pero AEC había presentado una renuncia ante el tribunal ecuatoriano en el momento en que el presente arbitraje fue iniciado y la Resolución fue

¹ Esta fue emitida de nuevo tras corregir un error de pluma, en octubre de 2003.

consecuentemente reinstaurada en abril de 2003; (e) de acuerdo con la Resolución, se ha notificado la demanda de pago al Dr. Bustamante como representante legal de AEC el 1 de octubre, 2003, (f) el IRS había aceptado el edificio ofrecido como parte del pago, pero en diciembre de 2003 declinó aceptar el calendario de pagos aplazados propuesto por AEC; las consiguientes medidas precautorias fueron tomadas según los Artículos 165 y 25 del Código Fiscal ecuatoriano; (g) de hecho, tanto a AEC como al Dr. Bustamante se les había notificado con antelación la orden de congelación, aunque esto no lo exigía la ley. La carta expresaba lamentar “no proporcionar una notificación de cortesía al Tribunal de que se tomaban dichas medidas, en vista de la coincidencia en el tiempo” pero apuntaba que “la presentación de dicha demanda conforme al Tratado no impide al Gobierno demandado que siga aplicando sus leyes mientras la cuestión se halla bajo arbitraje, esta medida tampoco predispone el resultado del procedimiento del Tratado”.

4. El Tribunal celebró una teleconferencia con las partes el 13 de enero, 2004, en la cual los asesores legales de ambas partes esbozaron sus posturas con respecto a las medidas tomadas. Se distribuyó posteriormente un archivo auditivo de la teleconferencia al Tribunal y a las Partes.

5. El Demandante pretende medidas provisionales de protección según el Artículo 26 de las reglas UNCITRAL y el Artículo XIII(8) del Acuerdo Canadá-Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, concluido el 29 de abril, 1996 (el BIT).² Concretamente, pretende medidas que eviten la congelación de activos de las subsidiarias de EnCana y su representante legal pendientes de la resolución de la disputa por el presente Tribunal.

6. El Demandado aceptó que fue desafortunado que las medidas motivo de la queja fueran tomadas poco después de la vista jurisdiccional celebrada en Londres el 5 de enero, 2004, y sin notificación previa al Tribunal. No obstante, argumentó, tal como constaba en su carta del 12 de enero, 2004, las medidas fueron tomadas dentro de la normalidad del marco de la ley ecuatoriana.

7. En la teleconferencia del 13 de enero, 2004, posteriormente confirmada por escrito, el Tribunal hizo al Demandado ciertas preguntas sobre la posibilidad de recusar las medidas tomadas. Concretamente el Tribunal preguntó:

- (a) si el Demandado estaría dispuesto a no hacer uso del derecho de confianza en las condiciones de cualquier cláusula de renuncia hecha en el procedimiento suspendido por subsidiarias de EnCana, con vistas a garantizar que dichas subsidiarias son capaces de recusar cualquier medida ejecutoria provisional (congelación de cuentas, etc.) tomadas por las autoridades fiscales sobre las bases de que ellos puedan disponer al amparo de las leyes de Ecuador;
- (b) si el Demandado consideraría al Dr. Bustamante igualmente capaz de recusar tales medidas provisionales sobre las bases que pudieran tener a su disposición al amparo de las leyes de Ecuador; sin perjuicio de las condiciones de cualquier recusación hecha por EnCana o sus subsidiarias; y

² 2027 UNTS 196 (en vigor, 6 de junio, 1997)

- (c) si el propio Ecuador renunciaría a cualquier cuestión de límite de tiempo ante dichas recusaciones, siempre que las medidas se tomaran ahora con prontitud.

En cada caso, quedó entendido que la cuestión concernía solo a la recusación de las medidas provisionales y no a la cuestión subyacente de la responsabilidad de EnCana o sus subsidiarias ante la retención de estos reembolsos, y que cualquier respuesta dada por el Demandado sería sin perjuicio de su posición en el arbitraje.

8. Mediante carta del 22 de enero, 2004, el Demandado contestó a estas preguntas. En cuanto a los dos primeras preguntas, afirmó que:

“Ecuador no pondría objeción, como violación de las obligaciones del Tratado a proporcionar una renuncia o como violación de las renunciaciones actuales aportadas por AEC, una medida tomada por AEC o el Dr. Bustamante individualmente, o ambos, a una recusación en procedimientos domésticos contra la Orden del SRI, siempre que ninguna de éstas impugnase la responsabilidad subyacente al amparo de las leyes ecuatorianas de las cantidades perseguidas. En consecuencia, Ecuador está de acuerdo en que tales acciones por parte de AEC o del Dr. Bustamante no afectarán la cuestión del derecho de EnCana a entablar o continuar este procedimiento del Tratado”.

En cuanto a la tercera pregunta, el Demandado afirmó que:

“La Administración ecuatoriana, incluido el SRI, no se pondrá a una medida tomada por AEC o el Dr. Bustamante en los tribunales ecuatorianos recusando la Orden del SRI, sobre la base de límites de tiempo para dicha medida y Ecuador estará de acuerdo en argumentar que, a efectos de semejante límite de tiempo, la fecha de la orden del SRI deberá considerarse como la fecha de la próxima orden del Tribunal abordando estas cuestiones. No obstante, la administración y cumplimiento de los límites de tiempo para el inicio de las acciones legales recae exclusivamente en la autoridad de los tribunales ecuatorianos. El SRI solo puede estar de acuerdo en renunciar a su derecho de objeción en base a que los límites de tiempo ya han transcurrido; no puede asegurar la conformidad de los tribunales ecuatorianos”.

9. En vista de los sometimientos orales y escritos de las Partes, el Tribunal considera que está en disposición de resolver la petición.

Solicitud de Medidas Provisionales

10. Hay dos diferentes disposiciones potencialmente relevantes en una orden de medidas provisionales de protección en el presente caso, el Artículo 26 de las Reglas UNCITRAL y el Artículo XIII(8) del BIT. Como disposición específica aplicable a inversiones de corporaciones canadienses en Ecuador, el Artículo XIII(8) deberá prevalecer sobre el poder general del Artículo 26 de las Reglas UNCITRAL.

11. El Artículo XIII(8) dispone:

“El tribunal puede ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una de las partes en disputa, o para garantizar que la jurisdicción del Tribunal sea plenamente efectiva, incluida una orden para resguardar la evidencia en la posesión del control de una de las partes en disputa o para proteger la jurisdicción del tribunal. El tribunal no puede ordenar la incautación ni prohibir la aplicación de una medida que supuestamente constituya una violación de este Acuerdo. A efectos de este párrafo, una orden incluye una recomendación”.

12. Como contraste, según el Artículo 26 de las Reglas UNCITRAL, no existe exclusión de medidas provisionales prohibiendo “la aplicación de medidas que supuestamente constituyan una violación de este Acuerdo”. El Artículo 26(1) simplemente dispone que el tribunal arbitral puede, a petición de cualquiera de las partes, tomar “cualquier medida provisional que considere necesaria con respecto al tema de la disputa”. Dichas medidas “pueden establecerse en forma de un laudo provisional”, y puede exigirse la garantía de los costos de tomar dichas medidas (Artículo 26(2)).

13. Desde el punto de vista del Tribunal, existen tres condiciones que en principio deberían cumplirse antes de que puedan establecerse medidas provisionales, tanto según el Artículo XIII(8) del BIT como del Artículo 26 de las Reglas UNCITRAL. Primero, tiene que haber una base aparente de jurisdicción. Segundo, la medida que se pretende debe ser urgente. Tercera, la base para establecer medidas provisionales debe ser que, de lo contrario, podrían causar se daños irreparables a la parte solicitante.

14. En las actuales circunstancias, el Tribunal queda satisfecho de que las medidas tomadas dan lugar a una situación de urgencia. Implican la congelación de cuentas y la supuesta incautación de sumas substanciales que están en disputa. En consecuencia, queda cumplida la segunda condición.

15. Volviendo a la tercera condición, es necesario considerar por separado las medidas tomadas contra AEC, la subsidiaria de EnCana, y las tomadas contra el Sr. Bustamante, representante legal del Demandado en Ecuador.

16. En cuanto a las medidas tomadas contra AEC, en vista de la información que tiene ante sí, el Tribunal debe proceder en base a que IRS emprende las medidas ejecutorias dentro del marco de la ley ecuatoriana con el fin de recuperar dinero que supuestamente ha sido pagado por error mediante reembolsos del IVA. El Tribunal apunta que según el Demandado, queda abierto a las partes contra las que se han tomado las medidas el recusarlas en los tribunales fiscales ecuatorianos o dentro del proceso administrativo del IRS sobre bases que son independientes de la resolución de las cuestiones subyacentes en disputa en el presente procedimiento.

17. AEC no es una corporación canadiense y no es una de las partes del presente arbitraje. Por otra parte, forma parte del grupo EnCana, una importante empresa canadiense, y parece que al entablar el presente procedimiento EnCana pretende proteger los intereses de sus subsidiarias. Dadas las circunstancias, no hay duda de que las medidas tomadas por el IRS son inconvenientes, pero pueden ser recusadas ante los tribunales fiscales de Ecuador, que han demostrado ser independientes del

IRS en las decisiones tomadas hasta ahora. Finalmente, cualquier inconveniente puede ser resuelto por AEC (o EnCana por cuenta de AEC) pagando los importes en disputa. La cuestión de si los importes se adeudan realmente no queda prejuzgada por las medidas en sí, y no se vería prejuzgada por la devolución de las cantidades reembolsadas. Eventualmente, si se mantiene la jurisdicción, quedaría a disposición de este Tribunal compensar al Demandante de cualquier pérdida sufrida por medidas ejecutorias tomadas infringiendo el BIT, incluido el pago del interés sobre las sumas reembolsadas. En estas circunstancias, no hay necesidad de ordenar la retirada de las medidas del IRS contra AEC con el fin de proteger los derechos en juego en este arbitraje de daños irreparables.

18. La postura en cuanto a las medidas contra el Dr. Bustamante no es necesariamente la misma. Podrían imaginarse circunstancias en las que las medidas ejecutorias tomadas contra el representante legal de una de las partes supondrían una especie de hostigamiento o un intento de limitar o negar el ejercicio de los debidos derechos procesales, lo cual plantearía cuestiones al amparo del BIT. Incluso si la importante disputa concerniera a medidas fiscales dentro del significado del Artículo XII(1), esto no eximiría necesariamente dicha conducta del ámbito del BIT, en particular del Artículo II. Pero el Tribunal no está convencido, a la vista de la información que se le ha proporcionado, de que este sea el caso. Las medidas se tomaron contra el Sr. Bustamante como representante general de AEC en Ecuador y no por razón de su actuación para EnCana o sus subsidiarias en relación con la disputa. Las medidas se tomaron dentro del marco de las disposiciones generales de la ley ecuatoriana, y el Sr. Bustamante tiene la posibilidad de recusarlas ante los tribunales ecuatorianos. Ya que dichas medidas parecen también haber sido tomadas como medida ejecutoria en relación con el reembolso del IVA en disputa, no existe razón para tratarlas de forma diferente que las medidas tomadas contra AEC.

19. En estas circunstancias, el Tribunal no está convencido de que sean necesarias las medidas solicitadas en términos de proteger los derechos reclamados por EnCana en el presente procedimiento. Esta conclusión no prejuzga en modo alguno cualquier cuestión que pueda surgir ante los tribunales ecuatorianos en cuanto a las medidas tomadas.

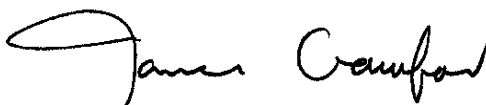
20. En consecuencia, el Tribunal no necesita decidir si existe base aparente para la jurisdicción con respecto a la reclamación subyacente de EnCana, o si el poder para establecer medidas provisionales queda limitado por los Artículos XII(1) o XIII(8) del BIT, incluso si existe jurisdicción aparente sobre la disputa como tal.

Conclusión

Por tales razones el Tribunal, unanimemente:

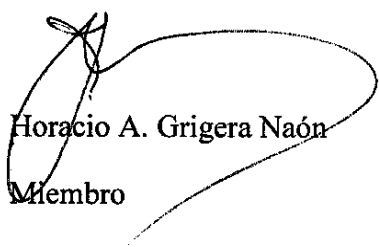
- (a) rechaza el pedido de medidas provisionarias;
- (b) decide que las costas relativas a las cuestiones aquí decididas serán determinadas conjuntamente con las costas del presente arbitraje.

Dado en Londres, en inglés y en castellano, ambas versiones igualmente válidas.



Profesor James Crawford

Presidente del Tribunal



Horacio A. Grigera Naón

Miembro



Patrick Barrera Sweeney

Miembro

Enero 31, 2004.