

SENTENCIA FINAL

EN EL ASUNTO DEL ARBITRAJE DE UNCITRAL

(Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres en el Caso Administrado No. UN 3467)

entre

**Occidental Exploration and Production Company
Demandante**

**Representado por
David W. Rivkin
Gaetan J. Verhoosel
DEBEVOISE AND PLIMPTON
919 Third Avenue
New York, New York 10022
United States of America**

And

La República del Ecuador

Demandado

**Representado por
Eric Ordway
Charles E. Roh, Jr.
J. Sloane Strickler
Alicia Cate
Alejandra Montenegro
WEIL, GOTSHAL AND MANGES
2, Rue de la Baume
75008 Paris, France**

**Tribunal Arbitral
Profesor Francisco Orrego Vicuña (Arbitro Presidente)
Honorable Charles N. Brower
Doctor Batrick Barrera Sweeney**

I. INTRODUCCIÓN

1. En 1999, OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY (“OEPC” o “La Compañía”), una compañía registrada de acuerdo con las leyes de California, Estados Unidos de América, celebró un contrato de participación (“El Contrato” o “Contrato de Participación Modificado”) con Petroecuador, una corporación de propiedad Estatal del Ecuador, para llevar a cabo la exploración y la producción de petróleo en Ecuador. Este contrato siguió a los acuerdos iniciales para la provisión de servicios a Petroecuador.
2. OEPC solicitó periódicamente al *Servicio de Rentas Internas (SRI)* el reembolso del Impuesto al Valor Agregado (“IVA”) pagado por la Compañía por las compras requeridas para sus actividades de exploración y explotación en conformidad con el Contrato y la exportación última del petróleo producido. Dicho reembolso también se realizó en una forma periódica.
3. Sin embargo, a comienzos de 2001, el SRI, basado en la opinión de que el reembolso del IVA ya estaba explicado en la fórmula de participación en cumplimiento del Contrato, emitió “Resoluciones” que rechazaban las solicitudes de reembolso planteadas por OEPC y otras compañías en el sector petrolero y exigían la devolución de los montos reembolsados previamente “Resoluciones de Negación”).
4. OEPC planteó cuatro juicios en los tribunales fiscales de Ecuador en los que objetaba las resoluciones antes mencionadas sobre la base de la inconsistencia con la legislación de Ecuador en vigencia. Las decisiones sobre esta cuestión están aún pendientes ante los tribunales, pero se ha decidido en parte sobre los juicios paralelos entablados por otras compañías petroleras.
5. OEPC también cree que las medidas adoptadas por el SRI incumplen el “Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador en lo concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” (“el Tratado”), firmado el 27 de abril de 1993 y que está en vigencia desde el 22 de abril de 1997.
6. El 11 de noviembre de 2002, OEPC inició los procedimientos de arbitraje contra la República del Ecuador en conformidad con el Tratado, en el que reclamaba que Ecuador, a través del SRI, había incumplido las garantías del Tratado que protegen la inversión de la Compañía.

II. HISTORIA PROCESAL

7. El 11 de noviembre de 2002, OEPC inició estos procedimientos arbitrales mediante la Notificación de Arbitraje hecha a la República del Ecuador. La Notificación afirmaba que la disputa está sujeta a arbitraje al tenor del Artículo VI (1) del Tratado. En cumplimiento del Artículo VI (3) (a) del Tratado, se puede iniciar el arbitraje siempre y cuando hayan transcurrido seis meses contados a partir de la fecha en que se originó la disputa. Puesto que OEPC ha entregado una Notificación de la Disputa a Ecuador el 4 de abril de 2002, han transcurrido más de seis meses y se ha cumplido este requisito del Tratado.
8. En conformidad con el Artículo VI (4) del Tratado, Ecuador ha consentido en el sometimiento de cualquier disputa relacionada con inversiones a arbitraje de acuerdo con las Normas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas y el Derecho Mercantil Internacional (“Normas de Arbitraje de UNCITRAL”). De acuerdo con el Artículo VI (3) (a) (iii) del Tratado, la Notificación de Arbitraje y la Formalización de la Demanda constituyó el consentimiento escrito de OEPC para dicho arbitraje de acuerdo con las Normas de Arbitraje de UNCITRAL.
9. El Demandante procura obtener del Tribunal la reparación siguiente:
 - a) Declarar que Ecuador ha incumplido sus obligaciones contempladas en el Tratado y el derecho internacional;
 - b) Ordenar a Ecuador que reembolse de inmediato a OEPC todos los montos correspondientes a los reembolsos del IVA negados previamente, así como también cualesquiera montos adicionales de los pagos del IVA realizados por OEPC antes de la fecha de la sentencia y cuyo reembolso ha sido solicitado por OEPC antes de dicha fecha;
 - c) Ordenar a Ecuador que haga que el SRI reembolse prontamente los pagos del IVA hechos después de la sentencia según la solicitud apropiada realizada por OEPC;
 - d) Ordenar a Ecuador que reconozca que OEPC tenía derecho a los montos correspondientes a los pagos del IVA ya reembolsados;
 - e) Ordenar a Ecuador que no emprenda acción alguna ni adopte medida alguna que niegue el beneficio económico de los reembolsos del IVA a los cuales, según se ha determinado, OEPC tiene derecho, y que emprenda todas las acciones y adopte

cualquier medida necesaria para garantizar que OEPC disfrute efectivamente de esos beneficios económicos;

f) Ordenar a Ecuador que indemnice a OEPC por todos los daños y perjuicios ocasionados por sus incumplimientos del Tratado, incluidos los costos y gastos de este juicio; y,

g) Ordenar a Ecuador que pague a OEPC los intereses sobre todas las sumas concedidas a su favor, y ordenar cualquier reparación adicional que fuere apropiada según las circunstancias.

10. Según el Artículo 5 de las Normas de Arbitraje de UNCITRAL, la disputa fue conocida por un Tribunal de tres árbitros. El Demandante designó al Honorable Charles N. Brower como árbitro adjunto. El Demandado, una vez que hubo designado a dos árbitros que en última instancia renunciaron por razones personales, nombró al Doctor Patrick Barrera Sweeney como su árbitro adjunto. El Árbitro Adjunto Brower y el árbitro nombrado por el Demandado que le antecedió en forma inmediata al árbitro adjunto Barrera Sweeney seleccionaron al Profesor Francisco Orrego Vicuña en calidad de Árbitro Presidente.
11. Una audiencia sobre los asuntos procesales tuvo lugar con las partes en Londres, el 21 de julio de 2003. En esta audiencia, después de tomar en consideración los sometimientos de las partes, el Tribunal decidió que el lugar de arbitraje sería Londres, Reino Unido. Una decisión separada en la que se explicaban las razones para esta selección fue emitida por el Tribunal el 1 de agosto de 2003.
12. En la audiencia se acordó también que los sometimientos al Tribunal se harían en Inglés, con excepción de los documentos adjuntos que podían ser presentados en inglés o español. También se acordó que los sometimientos, audiencias y deliberaciones se mantendrían en reserva. También se decidieron otros asuntos administrativos en la audiencia. Las actas de la audiencia fueron aprobadas por el Tribunal y comunicadas a las partes el 1 de agosto de 2003.
13. El Tribunal nombró inicialmente al Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres para que maneje los fondos del arbitraje. En la audiencia también se acordó con las partes que el LCIA proveería también los servicios administrativos requeridos por el arbitraje.

14. Otro asunto importante acordado en la audiencia fue el calendario procesal en cuanto a la conducción del arbitraje. Este calendario fijó una Formalización de la Defensa por parte del Demandado, que fue presentada el 12 de septiembre de 2003; un Memorial por parte del Demandante, que fue presentada el 28 de octubre de 2003; y un Memorial por parte del Demandado, presentado el 18 de diciembre de 2003.
15. En vista del hecho de que el 12 de septiembre de 2003 el Demandado planteó objeciones en cuanto a la jurisdicción y admisibilidad, el Tribunal decidió recibir sometimientos separados de estas cuestiones, adoptando con este fin un procedimiento de agilización por vía rápida que no suspendió el juicio basado en el fondo de la cuestión. De acuerdo con esta decisión, una Respuesta sobre la Jurisdicción y Admisibilidad fue presentada por el Demandante el 3 de octubre de 2003; una Réplica a la misma fue presentada por el Demandado el 27 de octubre de 2003; y una Contrarréplica fue presentada por el Demandante el 13 de noviembre de 2003.
16. Una vez que se hubo examinado los sometimientos de las partes sobre la jurisdicción y admisibilidad, el 26 de noviembre de 2003 el Tribunal decidió vincular esas cuestiones a los méritos de la causa.
17. Durante el desarrollo del proceso, el Tribunal emitió otras Órdenes y Decisiones Procesales concernientes a prolongaciones de tiempo cortas, la comparecencia de testigos, la confidencialidad y otras cuestiones.
18. Una audiencia sobre la jurisdicción, la admisibilidad basada en los méritos se llevó a cabo en Washington, D.C., del 26-30 de enero de 2004, como se estableció originalmente. En la audiencia, las partes realizaron sus exposiciones iniciales y finales de la causa y sus expertos y testigos fueron sometidos a interrogatorio y a contrainterrogatorio. El Tribunal también formuló preguntas a las partes y a sus expertos y testigos. Las Actas de la audiencia fueron aprobadas por el Tribunal y comunicadas a las partes el 16 de febrero de 2004.
19. Las partes presentaron Memoriales posteriores a la audiencia el 16 de abril de 2004 y sus respectivas declaraciones de costos el 7 de mayo de 2004.
20. El Demandante solicita al Tribunal, como reparación final, tal como se expresa en su Memorial posterior a la audiencia:

- a) Que declare que Ecuador, a través de las Resoluciones de Negación y la conducta relacionada, ha incumplido sus obligaciones contempladas en el Tratado y el derecho internacional;
 - b) Que declare que OEPC tiene derecho a la devolución del IVA como una cuestión de derecho internacional, la Comunidad Andina y el derecho Ecuatoriano, con respecto al IVA pagado en los bienes, así como en los servicios utilizados para la producción de petróleo para exportación, incluidos los gastos previos a la producción y *de minimis* los gastos asociados con las actividades de producción en las áreas habitadas por comunidades indígenas;
 - c) Que ordene que Ecuador haga que el SRI reconozca formalmente que OEPC tuvo y tiene derecho al reembolso del IVA pagado desde julio de 1999;
 - d) Que ordene que Ecuador haga que el SRI anule o rescinda las resoluciones que niegan dicho reembolso;
 - e) Que ordene que Ecuador haga que el SRI reembolse en efectivo a OEPC todo el IVA pagado desde el 31 de diciembre de 2003 y que no haya sido ya reembolsado;
 - f) Que Ecuador provea garantías formales de que no se adoptará acción alguna ni se adoptará medida alguna que niegue el beneficio económico de la devolución del IVA;
 - g) Que ordene a Ecuador que haga que el SRI garantice todas las devoluciones solicitadas en cuanto al IVA pagado desde el 1 de enero de 2004;
 - h) Que determine los daños y perjuicios futuros; y,
 - i) Que emita una sentencia favorable a favor de OEPC con respecto al pago de todos sus costos, incluidos los honorarios de los abogados.
21. OEPC demanda en el literal e) anterior un reembolso de US \$80'263.930, incluidos los intereses. También reclama en el literal h) la cantidad de US \$121'300.000.
 22. Tanto en su Formalización de la Defensa como en su Memorial basado en los Méritos, el Demandado se opone a dichas solicitudes de reparación, incluida la demanda por daños y perjuicios futuros. También solicitó que el tribunal que asigne a OEPC todos los costos y gastos de este arbitraje.
 23. El 11 de mayo de 2004, el Tribunal declaró que el proceso estaba cerrado.

24. El Tribunal sostuvo deliberaciones inmediatamente después de la audiencia, luego por correspondencia y en una reunión convocada en Londres del 3-5 de mayo de 2004.

III. LOS HECHOS DE LA DISPUTA

25. OEPC tiene una relación contractual de larga duración con Petroecuador, una corporación de propiedad del Estado Ecuatoriano, encargada de la planificación, organización y operación de la exploración y explotación de hidrocarburos en Ecuador. Esta corporación era conocida anteriormente como Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana.
26. Un contrato de servicios fue firmado primero entre las dos compañías el 25 de enero de 1985, y enmendado por otro contrato de servicios firmado el 18 de diciembre de 1995. En conformidad con estos contratos de servicios, OEPC proveyó todos los servicios necesarios para la producción exitosa de petróleo, a cambio de los cuales se le reembolsó por sus costos y tenía derecho a ciertos montos de intereses y a una comisión por servicios. OEPC era en este contexto un proveedor de servicios y no un exportador, perteneciendo todo el petróleo producido a Petroecuador. En la realización de las compras en nombre de Petroecuador para las actividades de exploración y explotación, OEPC pagó el IVA en las adquisiciones locales y recibió reembolsos de Petroecuador junto con sus demás costos.
27. La Compañía reemplazó sus contratos de servicios mediante la firma del Contrato de Participación Modificado para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15 de la Región Amazónica Ecuatoriana, el cual fue firmado el 1 de julio de 1999. Ecuador ha hecho posible este nuevo tipo de contratos mediante la enmienda de la Ley de Hidrocarburos en 1993 a fin de introducir los contratos de participación o de producción compartida. Los Contratos de Operación Conjunta también se celebraron con respecto a los campos compartidos de Limoncocha y Edén-Yuturi.
28. OEPC realizó inversiones de acuerdo con el Contrato, en cumplimiento de sus obligaciones y el derecho exclusivo de llevar a cabo las actividades de exploración y explotación en el área asignada. En conformidad con este tipo de contrato, OEPC tiene derecho a una fórmula de participación expresada en términos de un porcentaje de la producción de petróleo, cuyos detalles se contemplan en la Sección 8.1 del Contrato. La

fórmula de participación se describe como “Factor X”. En asociación con otras compañías interesadas, se realizaron inversiones adicionales en el 2001 a fin de ampliar la capacidad del oleoducto que se requería para fomentar la producción de los campos indicados.

29. La disputa entre las partes en este arbitraje se centra en la cuestión de si el Factor X incluye en la fórmula de participación un reembolso del IVA pagado por OEPC, como el Demandado afirma que es el caso, y la cuestión relacionada de que, si no lo es, OEPC tiene derecho a las devoluciones del IVA de acuerdo con las leyes tributarias de Ecuador, como OEPC arguye. Como se advertirá en conexión con la jurisdicción, el Demandante no ha planteado en este arbitraje demandas de naturaleza contractual sino mas bien sólo demandas concernientes a sus derechos en conformidad con el Tratado. Sin embargo, el Demandado es de la opinión que las demandas son contractuales por naturaleza.
30. OEPC señala que el Contrato no se refiere al Factor X en conexión con el reembolso del IVA. El Contrato, en cualquier caso, está regido por la Ley de Régimen Tributario Interno de Ecuador (“Ley Tributaria”). En razón de que OEPC exporta el petróleo que ésta recibe de acuerdo con el Contrato, ésta sostiene la opinión de que tiene derecho a un crédito por el IVA pagado como resultado de la importación o adquisición local de bienes y servicios utilizados para la producción de dicho petróleo.
31. En apoyo de estas opiniones, OPEC invoca en particular el Artículo 65 de la Ley Tributaria en tanto en cuanto ésta contempla “un derecho a un crédito tributario por todo el IVA pagado en las adquisiciones locales o la importación de bienes” para ciertas actividades con respecto a las cuales el Demandante cree que éste califica. El Artículo 69A, agregado a la Ley Tributaria el 30 de abril de 1999, también es invocada puesto que ésta prevé un derecho a una “devolución” del IVA pagado “en adquisiciones locales o la importación de bienes empleados en la manufactura de productos exportados”. Si bien antes de esta fecha la mayoría de servicios habían estado gravados con tarifa cero en conexión con el IVA, con las nuevas promulgaciones legislativas el IVA se extendió también a la mayoría de servicios. Posteriormente se incrementó también el IVA de 10% a 12%.
32. OEPC solicitó al SRI la devolución de sus pagos del IVA hechos durante el período de julio de 1999 a septiembre de 2000, que fueron otorgados por las “Resoluciones de

Concesión”. Sin embargo, mediante la Resolución 664 del 28 de agosto de 2001, el SRI negó los reclamos del OEPC por los créditos tributarios y devoluciones del IVA – con respecto al período entre octubre de 2000 a mayo de 2001. Mediante la Resolución 234 del 1 de abril de 2002, el SRI anuló las Resoluciones de Concesión que habían otorgado previamente los créditos y reembolsos, arguyendo que ellos se basaron en una interpretación errónea de la Ley Tributaria y ordenó a OEPC que devuelva esos montos, con los intereses. Otras resoluciones que negaban las devoluciones del IVA a OEPC fueron emitidas en fechas posteriores, particularmente la Resolución 406 del 31 de enero de 2003 y la Resolución 026 del 6 de marzo de 2003.

33. OEPC inició cuatro juicios en el Tribunal Fiscal Distrital No. 1 de Quito, en el que objetaba cada una de las Resoluciones de Negación antes mencionadas, sobre la base de que ellas violaban las leyes Ecuatorianas, en particular los Artículos 65 y 69A de la Ley Tributaria. De acuerdo con la Ley Tributaria Ecuatoriana, una apelación a las resoluciones del SRI debe ser hecha por la parte afectada dentro de veinte días. En diciembre de 2002, OEPC decidió no continuar la presentación de solicitudes de devoluciones del IVA porque creía que esto sería infructuoso.
34. En opinión del SRI, y de Ecuador en este arbitraje, la nueva política estaba justificada sobre la base de que el Factor X fue calculado en una manera tal que incluyera el reembolso del IVA. Ecuador cree además que no existe derecho alguno a devolución del IVA de acuerdo con su legislación. Como se analizará adicionalmente más adelante, ambas partes han debatido ampliamente sus respectivas opiniones sobre esta cuestión, a la luz de los Contratos y la legislación de Ecuador, además del significado de las decisiones de la Comunidad Andina, la ley de la Organización Mundial de Comercio (“WTO”) y el derecho internacional.
35. En las discusiones sostenidas con las dependencias gubernamentales ecuatorianas por otras compañías afectadas en manera similar, también se planteó la cuestión de un ajuste económico eventual de los respectivos contratos, pero las compañías y Petroecuador creyeron que, al grado en que se reembolsara el IVA a través de un crédito tributario, el balance económico de los contratos no sería afectado. En consecuencia, el IVA tendría un efecto neutro sobre acuerdos como el Contrato, cuyo Artículo 8.6(e) establece las condiciones para la negociación del Contrato con miras a replantear la cuestión del

balance económico. Las partes en este arbitraje también tiene diferentes puntos de vista acerca del significado de esta cláusula y sus orígenes.

36. Conclusiones diferentes en cuanto a las implicaciones de la disputa a la luz de las disposiciones del Tratado también han sido inferidas por cada parte. OEPC es de la opinión que Ecuador ha incumplido sus obligaciones contempladas en el Tratado y el derecho internacional, particularmente las obligaciones (i) de trato justo y equitativo; (ii) trato no menos favorable que el otorgado a los exportadores ecuatorianos; (iii) de no afectar a través de medidas arbitrarias o discriminatorias la administración, el uso y el disfrute de la inversión de OEPC; y, (iv) de no expropiar directa ni indirectamente la totalidad o parte de la inversión en las circunstancias de este caso. Ecuador se opone a estos argumentos visto el fondo de la cuestión, además de sus objeciones en cuanto a la jurisdicción y admisibilidad.

IV. OBJECIONES DEL DEMANDADO EN CUANTO A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

37. La República del Ecuador ha objetado cualquier consideración de las demandas de OEPC por parte de este Tribunal por tres razones principales:
- a) La primera tiene que ver con la disposición de “bifurcación en la vía” incluida en el Artículo VI (2) y (3) del Tratado. En opinión del Demandado, el hecho de que el Demandante haya planteado por separado juicios ante los tribunales ecuatorianos constituye una elección irrevocable de someter la disputa presente a las cortes o tribunales administrativos del Demandado de acuerdo con el Artículo VI (2) (a) del Tratado. Esta elección impide, continúa el argumento, el sometimiento de la disputa a arbitraje vinculante según lo dispone el Artículo VI (3) (a) del Tratado.
 - b) La segunda objeción a la jurisdicción es que las demandas de OEPC están impedidas por el Artículo X del Tratado, el cual se aplica a las cuestiones de imposición salvo con respecto a algunas categorías específicas de disputas relativas a un acuerdo o autorización de inversión, transferencia de fondos y expropiación. Al grado en que una de estas categorías esté involucrada, el Tratado prevé ciertas obligaciones del Estado anfitrión, incluidas las cuestiones relativas a la discriminación, trato justo y equitativo, protección y seguridad completas y otras garantías. Sin embargo, ninguna de ellas, según se argumenta, es aplicable a las demandas de OEPC.

c) El Demandado finalmente objeta la admisibilidad del sometimiento del Demandante de que ha habido una expropiación de su inversión por medio de las medidas de tributación adoptadas. Aunque la expropiación es una de las categorías de las disputas que el Artículo X del Tratado permite con respecto a las cuestiones tributarias, el Demandado sostiene que no existe expropiación directa o indirecta involucrada en este caso, y en consecuencia que la demandas de OEPC son inadmisibles.

A. Posiciones de las Partes sobre la disposición de “Bifurcación en la Vía”.

38. Luego de la emisión de la Resolución 664 del SRI el 28 de agosto de 2001, la cual negó el reembolso de ciertos montos de IVA pagados por OEPC, y de la Resolución 234 de la misma entidad, con fecha 1 de abril de 2002, en la que se exige que OEPC devuelva al SRI las devoluciones de IVA realizadas previamente, OEPC entabló dos juicios ante el Tribunal Fiscal Distrital No. 1 en Quito. Otros juicios se iniciaron el 10 de marzo de 2003 y el 14 de abril de 2003 en conexión con la emisión de las Resoluciones 406 y 026 del SRI, las cuales nuevamente rechazaron otras solicitudes de reembolso del IVA presentadas por OEPC. Estos varios juicios argumentaban que las Resoluciones de Negación del SRI violaban las disposiciones de las leyes ecuatorianas, con referencia específica a los Artículos 65 y 69A de la Ley Tributaria de Ecuador.
39. En opinión de la República del Ecuador, el Demandante está ahora impedido de someter la misma disputa arbitraje puesto que esta acción involucra a las mismas Resoluciones de Negación y por ende la misma negativa de devoluciones. En opinión del Demandado, el hecho de que una supuesta violación de las leyes ecuatorianas es invocada en los tribunales ecuatorianos, si bien para este Tribunal se argumenta una supuesta violación de las disposiciones del Tratado, no altera la activación de los requisitos de “bifurcación en la vía” puesto que la disputa fundamental es la misma en ambos foros. En razón de la elección hecha, el Demandado afirma adicionalmente, OEPC ha renunciado a su derecho a pasar a proceder a un arbitraje.
40. El Demandante argumenta lo contrario en que éste no ha sometido una disputa relacionada con la inversión a los tribunales de Ecuador y que no ha hecho afirmación o reclamo alguno en dichos tribunales con relación a sus derechos en conformidad con el Tratado. OEPC argumenta que sus juicios ante los tribunales de Ecuador fueron planteados para salvaguardar sus derechos a la devolución del IVA de acuerdo con las

leyes ecuatorianas, puesto que según los Artículos 83 y 243 de la Ley Tributaria Ecuatoriana, la ley administrativa en cuestión se vuelve obligatoria si no es cuestionada oportunamente. La definición de una disputa relacionada con la inversión según el Artículo VI (1) del Tratado, el Demandado además afirma, está relacionada con los derechos que el inversionista tiene de acuerdo con el Tratado y no tiene conexión alguna con sus demandas pendientes en los tribunales de Ecuador, que involucran exclusivamente la consistencia de las Resoluciones de Negación con la Ley Tributaria Ecuatoriana.

41. En opinión del Demandante, la causa de la acción sometida a arbitraje es por lo tanto diferente de la causa de la acción alegada en los tribunales ecuatorianos, la primera relativa a los derechos del Tratado y la segunda a cuestiones de la ley interna. El Demandante afirma al respecto que para que se considere que dos disputas son idénticas, no sólo se requiere la identidad de las partes y del objeto, sino también la de las causas de la acción. Se argumenta además que la reparación solicitada en las dos disputas separadas es diferente.
42. Además, el Demandante afirma que, el Artículo II (3) (b) del Tratado permite en su segunda oración el sometimiento a arbitraje de acuerdo con el Artículo VI de las disputas concernientes al carácter arbitrario y discriminatorio de una medida, independientemente del hecho de que el Demandante “haya tenido o ejercido la oportunidad de revisar dicha medida en las cortes o los tribunales administrativos de una Parte”.

B. Decisiones del Tribunal sobre la Objeción en cuanto a la “Bifurcación en la Vía”.

43. El Tribunal ha examinado con gran atención los argumentos planteados por las partes, las varias decisiones de los tribunales arbitrales y las cortes internacionales involucrados en apoyo de las respectivas posiciones y las opiniones legales informadas de distinguidos juristas internacionales, incluidas las de Sir Ian Sinclair¹ y el Profesor Andreas Lowenfeld² presentadas por las respectivas partes.
44. El Tribunal debe advertir en primer lugar que, como afirma el Demandado, el Contrato de Participación Modificado califica como un “acuerdo de inversión” según lo dispone el Artículo VI (1) (a) del Tratado y que las actividades de OEPC en Ecuador constituyen sin lugar a duda una “inversión” en conformidad con el Tratado. En este punto, el

Tribunal cree que el argumento de Ecuador es consistente con el Laudo Preliminar de *Lanco*³ en tanto en cuanto esta decisión identificó un contrato de concesión, aunque estructurado en una manera más compleja, con un acuerdo de inversión entre el Estado y el inversionista extranjero bajo el tratado de inversiones bilaterales entre Argentina y los Estados Unidos.

45. Sin embargo, no se desprende que la disputa es exclusivamente una sobre los términos del Contrato, como el Demandado sugiere. La disputa efectivamente alude en parte al Contrato, como argumenta el Demandado a manera de defensa, puesto que las Resoluciones de Negación del SRI se basaron en la opinión de que el IVA ya había sido reembolsado de acuerdo con las disposiciones del Contrato.
46. En conexión con esto, también se debe advertir que el Demandante no ha presentado reclamo alguno relacionado con el Contrato ante los tribunales de Ecuador o con relación a ese asunto ante este Tribunal. Ha planteado antes esos tribunales una cuestión de interpretación de la legislación en vigencia, argumentando que las Resoluciones de Negación son inconsistentes con la Ley Tributaria. Y ha presentado a este arbitraje la cuestión de sus derechos según lo que estipula el Tratado.
47. La caracterización de la disputa por parte del Demandado probablemente bastaría por sí sola para que el Tribunal llegue a una determinación sobre la jurisdicción. Como sostiene el Tribunal en *Azurix* con respecto a su determinación sobre la jurisdicción, es necesario decidir “si la disputa tal como ha sido presentada por el Demandante, es *prima facie* una disputa que se origina bajo un *BIT*⁴. El Tribunal en *SGS v. Pakistan* concluyó también que “en esta fase de la jurisdicción, le compete al Demandante caracterizar las reclamaciones según éste lo considere apropiado”⁵.
48. Pero el hecho es que esta disputa, si se dejan aparte sus aspectos contractuales, involucra varias cuestiones que surgen de la legislación de Ecuador, el orden jurídico de la Comunidad Andina y el derecho internacional, incluida desde luego la cuestión de los derechos contemplados en el Tratado. Esto explica el hecho de que el Demandante se refiera a diferentes cuestiones para diferentes mecanismos de resolución de las disputas.
49. El Tribunal está persuadido en este contexto por la interpretación que el Demandante hace del Artículo II (3) (b) del Tratado, el cual en su segunda oración prevé el sometimiento a arbitraje de las medidas arbitrarias o discriminatorias incluso si el demandante ha recurrido a las cortes o los tribunales administrativos del Demandado en

procura de una revisión de dichas medidas. Si esta disposición encuentra su origen en el antecedente del caso *ELSI*⁶ y si éste involucra además el Artículo VI el arbitraje entre estados previsto por el Artículo VII, como lo argumenta el Demandado, en realidad no importa, puesto que ninguna de estas situaciones podría reducir los derechos del inversionista a someter una demanda por violación de sus derechos de acuerdo con el Tratado. Además, el arbitraje entre estados bajo tratados de inversión bilateral se relaciona con cuestiones que son enteramente diferentes de aquellas relativas a los derechos y garantías del inversionista y sería en extremo desacertado que un tribunal arbitral permita que las consideraciones entre estados interfieran con los derechos del inversionista a reclamar por su propio derecho.

50. Esta determinación del Tribunal no puede ser interpretada en el sentido de que el golpe de gracia les ha tocado a las disposiciones de “bifurcación en la vía” de los tratados de inversiones bilaterales, como ha sostenido el Demandado, porque las funciones de los mecanismos internos y el arbitraje internacional son diferentes. Como lo señala el *Annulment Committee* en *Wena* con respecto a la interacción entre las demandas relacionadas con los arrendamientos e inversiones:

Los arrendamientos tienen que ver con cuestiones que son, por definición, de naturaleza comercial. Los IPPA tienen que ver con cuestiones que son esencialmente de naturaleza gubernamental, a saber, los estándares de tratamiento otorgado por el Estado a los inversionistas extranjeros... Por lo tanto, es manifiesto que Wena y EHC convinieron en un acuerdo específico, la ley aplicable y el acuerdo de solución de disputas con respecto a una clase de tema, aquél relacionado con los problemas comerciales bajo los arrendamientos. También es claro que Wena como un ciudadano de un Estado Contratante podría invocar el IPPA para los fines de una clase de disputa diferente, aquella que tiene que ver con el tratamiento de los inversionistas extranjeros otorgado por Egipto. Este otro mecanismo tiene un acuerdo de solución de disputa separado y podría incluir una elección diferente de la disposición de la ley o no realizar una elección en absoluto... Las funciones públicas y privadas de estos varios instrumentos se mantienen en consecuencia separadas y distintas⁷.

51. La diferencia entre las demandas basadas en contratos y las demandas basadas en tratados también ha sido discutida por varios tribunales arbitrales internacionales, como lo ponen en evidencia las decisiones en *Lauder*⁸, *Genin*⁹, *Aguas del Aconquija*¹⁰, *CMS*¹¹ y *Azurix*¹² y las del Comité Ad Hoc en *Vivendi*¹³. El Tribunal sostuvo en *CMS*, en referencia a esta línea de decisiones, que “puesto que las reclamaciones contractuales

con diferentes de las reclamaciones relacionadas con tratados, esto no habría impedido el sometimiento a arbitraje de la reclamación relacionada con el tratado¹⁴”.

52. En parte, la distinción entre estos tipos de demandas diferentes se ha basado en la prueba de la identidad triple. Al grado en que una disputa podría involucrar a las mismas partes, el mismo objeto y la misma causa de acción, se podría considerar como la misma disputa y el mecanismo de “bifurcación en la vía” impediría su sometimiento a tribunales concurrentes¹⁵. Una demanda puramente contractual normalmente encontraría dificultad en pasar la prueba jurisdiccional de los tribunales basados en tratados, lo cual requerirá desde luego la alegación de una violación específica de los derechos del tratado como el fundamento de su jurisdicción. Como el Comité Ad Hoc sostuvo en *Vivendi*, “La causa de acción de un tratado no es la misma que la causa contractual de acción; ésta requiere una clara manifestación de que la conducta está en circunstancias contrarias al estándar de tratado relevante¹⁶”.
53. Sin embargo, la cuestión no es fácil de resolver en la práctica como lo han evidenciado las discusiones de varios tribunales. El Comité ad hoc en *Vivendi* explicó que “En un caso donde la base esencial de una demanda planteada ante un tribunal internacional es el incumplimiento del contrato, el tribunal hará efectiva cualquier elección válida de la cláusula sobre el foro en el contrato¹⁷”. Sin embargo, al grado en que la base legal fundamental de una demanda es un tratado, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre el demandante y el Estado demandado “no puede operar como un impedimento legal para la aplicación del estándar del tratado¹⁸”. Un razonamiento similar se aplica a la operación del mecanismo de “bifurcación en la vía”, puesto que la elección de uno u otro foro dependerá de la naturaleza de la disputa sometida y de que estos no sean necesariamente incompatibles.
54. En el caso reciente de *SGS v. Pakistan*, el Tribunal llegó en consecuencia a la conclusión de que no tenía jurisdicción sobre las reclamaciones basadas en contratos que tampoco constituyen o equivalen a incumplimientos de los estándares substanciales del BIT¹⁹. En *SGS v. The Philippines*, en que fue más fácil distinguir las reclamaciones contractuales de las reclamaciones basadas en tratados, el Tribunal refirió ciertos aspectos de las reclamaciones contractuales a la jurisdicción local mientras retenía a la vez la jurisdicción basada en tratados²⁰.

55. Una dificultad adicional encontrada por los tribunales en estos dos últimos casos fue que ambos tratados contenían una “cláusula sombrilla” definida ampliamente. Esto es válido también en cuanto a la cláusula sombrilla incluida en el Artículo II (3) (c) del presente Tratado, la cual estipula que “Cada parte deberá cumplir cualesquiera obligaciones que ésta hubiese suscrito con respecto a las inversiones”. Sin embargo, en este caso el Demandante se fundamenta no en dicha obligación general sino que argumenta que han tenido lugar violaciones de disposiciones del Tratado más específicas.
56. Las partes en el presente caso han expresado diferentes opiniones y conclusiones sobre estos varios casos, y también han debatido las implicaciones en el contexto del NAFTA de *Waste Management* en tanto en cuanto se requiere una renuncia a las reparaciones internas como una condición para recurrir a arbitraje internacional.
57. El Tribunal es de la opinión que lo que cuenta en definitiva es que toda solución debe responder a las circunstancias específicas de la disputa sometida y a la naturaleza de dicha disputa. Al grado en que la naturaleza de la disputa sometida a arbitraje sea principalmente, aunque no exclusivamente, basada en tratados, la jurisdicción del tribunal arbitral es invocada correctamente.
58. Esta es la situación que ha ocurrido en efecto en el caso presente, en que se ha sometido a arbitraje cuestiones basadas en un tratado y en que los tribunales locales en Ecuador han estado tratando y siguen tratando cuestiones relacionadas con la ley interna no contractual. Lejos de crear una situación de incompatibilidad, las decisiones adoptadas hasta el momento por los tribunales ecuatorianos sobre cuestiones de interpretación de la Ley Tributaria Ecuatoriana han sido de gran ayuda para este Tribunal en su propia interpretación tanto del Tratado como de las disposiciones relevantes de las leyes ecuatorianas, como se demostrará adicionalmente más adelante. Se desprende que las causas de la acción podrían ser separadas y la naturaleza de las disputas diferente, pero ellas podrían tener efectos acumulativos, así como también interactuar recíprocamente.
59. Otro aspecto intrigante de este caso, que el Tribunal discutirá en mayor detalle más adelante, tiene que ver con el hecho de que la disputa abarca diferentes puntos en el tiempo. Algunas reclamaciones son con respecto a montos de IVA ya reembolsados, algunas otras se relacionan con devoluciones de IVA que han sido negados, e incluso

otros se refieren a montos de IVA que no han sido sometidos para reembolso e incluso por montos de IVA que aún no son exigibles.

60. Existe una razón poderosa adicional para que este Tribunal determine que el mecanismo de “bifurcación en la vía” no ha sido accionado en esta disputa. El mecanismo de “bifurcación en la vía” por su definición misma supone que el inversionista ha optado por una elección entre vías alternativas. Esto a su vez requiere que la elección se realice en forma enteramente libre y no bajo forma alguna de coerción. Se ha explicado anteriormente que en el caso presente la Ley Tributaria Ecuatoriana exige que el contribuyente solicite a los tribunales dentro del corto período de veinte días siguientes a la emisión de cualquier resolución que podría afectarle. De no hacerlo, como se señaló anteriormente, la resolución llega a ser definitiva y obligatoria.
61. El Tribunal es de la opinión que en este caso el inversionista no tuvo una elección real. Incluso si hubiese llevado el asunto inmediatamente a arbitraje, que no es tan fácil hacerlo, se habría considerado que se había perdido la protección de su derecho de objetar la decisión adversa del SRI si no se hubiese presentado la solicitud ante los tribunales locales dentro del período exigido por el Código Tributario.
62. El Tribunal también ha tenido presente que el caso *Aguas del Aconquija*, visto el fondo de las cosas difirió la obligación de recurrir a los tribunales locales en vista de las disposiciones de un contrato de concesión privada entre los Demandantes y la Provincia de Tucumán, y “la imposibilidad, en los hechos en el caso presente, de separar los posibles incumplimientos de las reclamaciones contractuales de las violaciones del *BIT* sin interpretar ni aplicar el Contrato de Concesión, una tarea que el contrato asigna expresamente a los tribunales locales²¹”. Pero el Tribunal también tiene presente que esta Sentencia fue anulada en este punto mismo por el Comité ad hoc en el caso *Vivendi*, en el que se explica lo siguiente:

En opinión del Comité, no es accesible para un tribunal ICSID que tenga jurisdicción bajo un *BIT* con respecto a una demanda basada en una disposición substancial de ese *BIT*, rechazar la demanda por razones de que ésta podría o debería haber sido tratada por un tribunal nacional. En un caso de esta naturaleza, la indagación que se requiere que el tribunal ICSID realice es una regida por la Convención de ICSID, por el *BIT* y por el derecho internacional aplicable. Dicha indagación no es en principio ni determinada ni impedida por ley municipal alguna, incluido cualquier acuerdo de las partes sobre la ley municipal²².

63. Este razonamiento es aplicable, por analogía, al caso del presente Tratado. El Tribunal en consecuencia sostiene que tiene jurisdicción para considerar la disputa y se desecha la objeción relacionada con el mecanismo de “bifurcación en la vía”.

C. La Posición de las partes con respecto a la Exclusión de Cuestiones de imposición.

64. La segunda objeción jurisdiccional planteada por el Demandado tiene que ver con la exclusión en la disputa de cuestiones de imposición en conformidad con el Artículo X del Tratado. Este Artículo estipula lo siguiente:

1. Con respecto a sus políticas tributarias, cada Parte debe esforzarse por otorgar justicia y equidad en el tratamiento de la inversión de los nacionales y compañías de la otra Parte.
2. No obstante, las disposiciones de este Tratado, y en particular los Artículos VI y VII, deberán aplicarse a cuestiones de imposición sólo con respecto a lo siguiente:
 - (a) expropiación, en conformidad con el Artículo III;
 - (b) transferencias, en conformidad con el Artículo IV; o,
 - (c) la observancia y vigilancia del cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización de inversión como se hace referencia en el Artículo VI (1) (a) o (b), al grado en que estos no se encuentren sujetos a las disposiciones de solución de disputas de una Convención para evitar la doble imposición entre las dos Partes, o hayan sido planteadas de acuerdo con dichas disposiciones de solución y no sean resueltas dentro de un período de tiempo razonable.

65. En opinión del Demandado, las cuestiones del IVA y el no reembolso del mismo son claramente “cuestiones de imposición” excluidas de la solución de la disputa de acuerdo con el Tratado por el Artículo X. Además, como se arguye, si bien las demandas de OEPC invocan las obligaciones de Ecuador según lo que dispone el Artículo II del Tratado, en lo que se refiere en particular al tratamiento no menos favorable, al tratamiento justo y equitativo y a las medidas arbitrarias y discriminatorias, ninguna de estas obligaciones se aplica a las cuestiones de imposición.

66. El Demandante se ha opuesto a la interpretación de Ecuador del Artículo X, argumentando en particular que el significado de la exclusión y la historia de las negociaciones del Artículo indican que dicha exclusión se aplica sólo a cuestiones de imposición directa puesto que estas son las cuestiones abordadas por las convenciones a fin de evitar la doble imposición. El Demandante señala también que en ningún

momento relevante ha existido tratado de doble imposición alguno entre los Estados Unidos y Ecuador. La imposición indirecta estaría en consecuencia sujeta a las disposiciones de solución de disputas del Tratado sin exclusión. Este es, en opinión del Demandante, el significado ordinario del Artículo X de acuerdo con las normas de interpretación de los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados²³. Se afirma además que las excepciones deberían interpretarse en una manera restrictiva.

67. El Demandante invoca en apoyo de su interpretación el hecho de que este Artículo está construido según el modelo de Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de los Estados Unidos y que la interpretación dada por los funcionarios de ese país, así como también sus declaraciones, deberían ser determinantes. En este contexto, se argumenta, el único significado del Artículo es evitar conflictos con los cuerdos de solución de disputas en cumplimiento de las convenciones sobre la evitación de la doble imposición; si se incluyeren todas las clases de imposición en la excepción del Artículo, éste llegaría a carecer de sentido. Se cree además que cualquier medida adoptada por el Demandado en violación del Artículo II del tratado sería liberado de la solución de disputas si estuviese disimulado como una medida de imposición, un resultado que es inconsistente con el propósito mismo del Tratado. La ley de la OMC y la Comunidad Andina también se invocan en respaldo de la interpretación del Demandante.

D. Determinaciones del Tribunal con respecto al significado del Artículo X

68. El Tribunal concuerda con ambas partes en que la interpretación apropiada del Artículo X no debe dar como resultado convertirla en una disposición sin sentido. Esta es la conclusión que surge evidentemente de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados con respecto a la interpretación. Hasta tal grado, la opinión del Demandado de que todas las cuestiones de tributación están eximidas de la solución de disputas según lo estipula el Tratado, con la excepción de las categorías específicas mencionadas en el Artículo X, no es persuasiva. Incluso si ciertas cuestiones podrían ser sin embargo cubiertas por este Artículo y en consecuencia no lo vuelven carente de sentido, como lo argumenta el Demandado, esa interpretación lo restringiría no obstante a una aplicación bastante marginal. Esto es, evidentemente, no lo que las partes intentaron al poner un Artículo de tanta importancia en un Tratado que es en realidad breve.

69. El Demandante podría estar en lo correcto cuando cree que la excepción se refiere sólo a cierta categoría de impuestos que son típicamente abordados bajo las convenciones para evitar la doble imposición. La historia de las negociaciones del Artículo de hecho pone en evidencia una conexión con esta interpretación. La ley de la OMC y de la Comunidad Andina también podría proporcionar aspectos en apoyo de dichas opiniones. Pero éste no es el enfoque que el Tribunal cree apropiado para buscar la interpretación apropiada del Artículo X. Entre otras razones para no proseguir la discusión entre los impuestos directos e indirectos según el Artículo X es que la evidencia no es concluyente en este punto. Sin embargo, hay otros elementos que son persuasivos cuando se presta atención a la interpretación del Artículo.
70. El primer elemento es el que tiene relación con el tratamiento justo y equitativo en cuestiones tributarias. El Tribunal señala que la referencia en el párrafo 1 del Artículo X a “esforzarse por otorgar justicia y equidad” con respecto a las políticas tributarias concernientes al tratamiento de la inversión por parte del país anfitrión no es carente de significación legal. Impone una obligación sobre el Estado anfitrión que no es diferente de la obligación de tratamiento justo y equitativo incluida en el Artículo II, aun cuando, según se admite, el lenguaje del Artículo X es menos obligatorio. Este efecto legal no es menoscabado por la cláusula “no obstante” con la cual se inicia el párrafo 2, pues no se puede interpretar que esta expresión significa que con respecto a las políticas tributarias el Estado anfitrión podría procurar un tratamiento injusto o carente de equidad. Sólo significa que dicha obligación tiene que ver con tres categorías de cuestiones tributarias que ahí se enumeran, es decir, la expropiación, las transferencias y la observancia y vigilancia del cumplimiento de un acuerdo o autorización de inversión.
71. Una segunda consideración es que el Tribunal también debe examinar si la disputa involucra cualquiera de las tres cuestiones que se enumeran específicamente en el Artículo X con respecto a las cuales las disposiciones de solución de disputas del Artículo XI positivamente sí se aplican. Si ésta involucra efectivamente cualquiera de estos elementos, la disputa quedará en cualquier caso comprendida dentro de las disposiciones del Tratado y la solución de disputas. La cuestión de las transferencias no surge en este caso. La cuestión de la expropiación será examinada por separado por ser una objeción a la admisibilidad planteada por el Demandado. La cuestión entonces es si

la observancia y vigilancia del cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión concerniente a cuestiones de imposición está en discusión en esta disputa.

72. Se concluyó anteriormente que el Contrato de Participación Modificado entre OEPC y Ecuador en realidad califica como un acuerdo de inversión. Aunque, como se explica también, el Demandante no ha invocado en este caso los derechos basados en el contrato, sino mas bien ha procurado la interpretación de las leyes internas en los tribunales de Ecuador y los derechos relacionados con el tratado ante este Tribunal, el hecho es que la disputa en parte encuentra sus orígenes en ese Contrato en tanto en cuanto se disputa si el reembolso del IVA está incluido en el Factor X. Esta opinión ha sido presentada por el Demandado mismo como una de sus defensas y ha sido invocada por el SRI como la razón específica para negar el reembolso del IVA. Hasta este grado, el Demandado mismo al parecer acepta que existe una disputa concerniente a la observancia y vigilancia del cumplimiento del Contrato, lo cual lleva la disputa tributaria firmemente dentro de las excepciones del Artículo X y por ende dentro de la jurisdicción del Tribunal. En este caso hay una situación típica de *forum programatum*.
73. Siendo eso así, y puesto que el Tribunal tiene una obligación de examinar los sometimientos por ambas partes, sólo puede llegar a la conclusión de que se le ha sometido para su consideración una cuestión tributaria asociada con un acuerdo de inversión. Incluso si el Demandante no ha caracterizado la disputa como una que tiene que ver con el Contrato, el hecho objetivo es que el Contrato es fundamental para la disputa. Sin embargo, junto con la cuestión de la observancia del Contrato existe otra cuestión que el Tribunal necesita tener en cuenta. Esta es el derecho supuesto del Demandante al reembolso de acuerdo con las leyes ecuatorianas, la ley de la Comunidad Andina y el derecho internacional, un asunto que es más amplio que aquél concerniente a la observancia del Contrato.
74. La disputa tiene también un significado muy particular para las partes. A pesar de que éste ha sido discutido ampliamente como una cuestión tributaria, un análisis más cuidadoso podría llevar a la conclusión de que lo que se disputa en realidad es si existe un derecho a la devolución de impuestos indiscutiblemente exigible y adeudada y de hecho pagada, y, de ser así, cómo lograr dicho reembolso. De hecho, las partes no disputan la existencia del impuesto o su porcentaje. Lo que las partes en realidad disputan es si su devolución ha sido garantizada según lo estipula el Factor X del

Contrato, como lo reclama el Demandado, o si ese no es el caso, si, como argumenta el Demandante, se lo debería reconocer como un derecho en conformidad con la Ley Tributaria Ecuatoriana.

75. La disputa, de una u otra manera, en consecuencia está claramente sujeta a las disposiciones de solución de la disputa del Tratado. Esto automáticamente incluye los estándares de tratamiento del Artículo II, incluido el tratamiento justo y equitativo. El párrafo 1 del Artículo X en consecuencia adquiere en este contexto su significado pleno. Esto desde luego no impide que en este arbitraje se consideren también otros aspectos de la disputa concerniente a los derechos del Tratado, independientes del significado del Contrato, ni impide que este Tribunal interprete el Contrato al grado relevante para decidir sobre las supuestas violaciones del Tratado.
76. Las partes han dedicado poca extensión al referirse a la base del Artículo 2103 y al argumentar sobre la base de este Artículo 2103 del Acuerdo Norteamericano de Libre Comercio (“Imposición”), con respecto a la jurisdicción y los fundamentos de derecho de esta cuestión. El Artículo estipula en su Párrafo 1 que “Salvo lo que se señala en este Artículo, nada de lo que se incluye en este Acuerdo se aplicará a las medidas de imposición”. Sin embargo, ese Artículo contiene cinco párrafos adicionales que también incluyen diez párrafos secundarios separados que cubren más allá de una página adicional completa (cuando utilizan letra en tamaño muy pequeño). El experto en Ecuador, Profesor David Gantz, ha descrito [precipitadamente] el Artículo 2103 como si constituyere “disposiciones sobre la exclusión (y reinclusión) tributaria mucho más detalladas” que el Artículo X del presente Tratado²⁴. Si ese fuese el caso, el Tribunal ha encontrado poco fundamento legal en la revisión de sus disposiciones en este caso, habiendo concluido que estas son de valor marginal para el presente análisis, si acaso tuviesen alguno.
77. El Tribunal en consecuencia determina que, en razón de la relación de la disputa con la observancia y vigilancia del cumplimiento del Contrato de inversión en este caso, éste tiene jurisdicción para considerar la disputa en conexión con los fundamentos de derecho en tanto en cuanto concierne a una cuestión tributaria cubierta por el Artículo X, sin perjuicio del hecho de que también se puede confirmar la jurisdicción por otras razones con respecto al Artículo X, como se explicó anteriormente.

E. La Posición de las Partes con respecto a la Expropiación.

78. El Demandado plantea como un tercer impedimento para la consideración de las reclamaciones de OEPC el argumento de que, no habiendo expropiación involucrada en este caso, como lo afirma el Demandante, este fundamento específico para someter una cuestión de imposición a resolución de la disputa según el Artículo X del tratado no es válido.
79. El Demandante es de la opinión que ha habido una expropiación de su inversión por la negativa de Ecuador a devolver el IVA al cual tiene derecho según las leyes ecuatorianas, lo cual pone al Demandado en violación del Artículo III del Tratado. Esto en sí mismo, arguye el Demandante, vuelve la demanda admisible. En cualquier caso, el Demandante plantea que la cuestión de si ha habido una expropiación o no atañe a los fundamentos de derecho, y que éste ha satisfecho la prueba aplicada por el Tribunal en *CMS* para determinar la jurisdicción en cuanto ha demostrado *prima facie* que ha sido afectado por las medidas adoptadas por el Demandado²⁵.

F. La Determinación del Tribunal con respecto a la Expropiación

80. Una reclamación de expropiación debería ser considerada normalmente en el contexto de los fundamentos de derecho de un caso. Sin embargo, es tan evidente que no existe expropiación alguna en este caso que el Tribunal tratará esta reclamación como una cuestión de admisibilidad.
81. El Demandante afirma que al “negar el derecho de OEPC a las devoluciones del IVA en una forma, ilegal, arbitraria, discriminatoria y retroactiva, Ecuador ha expropiado la totalidad o parte de una inversión por parte de OEPC”. El Demandante arguye también que el derecho a una devolución es una inversión o parte de la misma, que cae dentro de la definición de inversión según el Artículo I (I) (i), (iii) y (v) del Tratado, la cual incluye la propiedad intangible, incluidos los derechos, una reclamación al dinero asociado con una inversión y cualquier derecho conferido por la ley.
82. El Demandado argumenta que no ha ocurrido la expropiación directa pues no ha habido confiscación de título a la propiedad y que en cualquier caso no se puede considerar a la imposición por su naturaleza misma como una clase de propiedad sujeta a expropiación. Tampoco ha habido expropiación indirecta puesto que los criterios de privación substancial o significativa exigidos por el derecho internacional no han sido satisfechos y OEPC continúa recibiendo beneficios substanciales como resultado de su inversión.

83. El Artículo III (1) del Tratado estipula que:

Las inversiones no deberán ser expropiadas ni nacionalizadas sea directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo: para un fin público; en una manera no discriminatoria; una vez realizado el pago de compensación oportuna, adecuada y efectiva; y de acuerdo con el debido proceso de ley y los principios generales de tratamiento previstos en el Artículo (II) (3)...

84. El Tribunal en *Lauder* explicó en forma correcta que:

...En general, la expropiación significa la apropiación coercitiva de la propiedad privada por parte del Estado usualmente a través de medidas administrativas individuales. La nacionalización involucra la confiscación en gran escala basada en un acto del ejecutivo o legislativo con fines de transferir la propiedad o los intereses al dominio público. El concepto de expropiación indirecta (o “*de facto*”, o “progresiva”) no está definido claramente. La expropiación o nacionalización indirecta es una medida que no involucra una confiscación manifiesta sino que neutraliza efectivamente el disfrute de la propiedad²⁶.

85. El Tribunal concuerda con el Demandante que la expropiación no necesita involucrar la transferencia del título sobre una propiedad determinada, la cual era la característica distintiva de la expropiación según el derecho internacional²⁷. Por supuesto que ésta puede afectar el valor económico de una inversión. Los impuestos pueden dar como resultado la expropiación²⁸ como lo pueden hacer otros tipos de medidas reglamentarias²⁹. La expropiación indirecta ha aumentado significativamente el número de casos planteados ante los tribunales arbitrales internacionales. También es notorio que los tratados de inversiones bilaterales incluyen definiciones amplias de las inversiones que pueden abarcar muchas clases de activos.

86. Sin embargo, el Tribunal no ha sido persuadido por los argumentos del Demandante de que en este caso ha habido una expropiación. No es sostenible argumentar que no puede haber “duda alguna que según el Tratado la Reclamación de Devolución es una inversión *per se*”. Independientemente de cuán amplia podría ser la definición de inversión según el Tratado, sería bastante extraordinario que una compañía invierta en un reclamo de devolución. Pero incluso si se considerare que un reclamo de devolución está incluido en las reclamaciones de dinero y otros derechos mencionados en la definición, la expropiación aún no ha satisfecho los estándares exigidos por el derecho internacional.

87. El Tribunal en *Metalclad* lo que se ha considerado como una definición mas bien amplia de expropiación. El Tribunal sostuvo que la expropiación incluye:

...(C) la interferencia manifiesta o incidental con el uso de la propiedad que tiene el efecto de privar al propietario, en totalidad o en una parte significativa, del uso o beneficio de la propiedad que ha de esperar en términos razonables incluso si no fuese necesariamente para el beneficio obvio del Estado anfitrión³⁰.

88. Incluso en el contexto de una definición tan amplia, el Tribunal en *Metalclad* identificó los estándares con el fin de que deba haber una privación, que esta privación debe afectar al menos una parte significativa de la inversión y la totalidad de ésta se relacione con el uso de la propiedad o un beneficio económico esperado en términos razonables. En forma similar, el Tribunal de las Demandas entre Irán y Estados Unidos ha sostenido que la privación debe afectar “los derechos fundamentales de la propiedad”³¹, un criterio reafirmado en *CME*³².
89. El Tribunal sostiene que el Demandado en este caso no adoptó medidas que se podrían considerar como equivalentes a la expropiación directa o indirecta. De hecho, no ha habido privación alguna del uso o beneficio económico de la inversión esperado en términos razonables, mucho menos medidas que afecten una parte significativa de la inversión. El criterio de “privación substancial” según el derecho internacional identificado en *Pope & Talbot* no está presente en el caso que nos ocupa³³. Si se examinan las definiciones más estrechas de expropiación según el derecho internacional, la determinación de expropiación estaría incluso más distante.
90. Esto no quiere decir que el inversionista no ha sido afectado por las decisiones adoptadas por el Demandado, pues en realidad sí lo ha sido, como se analizará en conexión con el contrato, la ley de la Comunidad Andina y la legislación ecuatoriana.
91. Como se discutirá en mayor detalle más adelante, la responsabilidad se origina por una violación de derechos según el Tratado, pero no como consecuencia de expropiación.
92. El Tribunal en consecuencia sostiene que la demanda concerniente a la expropiación es inadmisibile.

V. DISCUSIÓN DE LAS LEYES APLICABLES A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Introducción

93. Se ha concluido anteriormente que la disputa en el presente caso se relaciona con varias fuentes de la ley aplicable. En primer lugar, se relaciona con el Contrato en tanto en

cuanto es necesario establecer si se ha incluido el IVA en el Factor X y la cuestión consecuente del balance económico entre los intereses de las partes; a continuación se relaciona con la legislación tributaria ecuatoriana; a esto le siguen Decisiones específicas adoptadas por la Comunidad Andina y cuestiones que surgen de acuerdo con lo que estipula la ley de la OMC. En particular, la disputa se relaciona con los derechos y obligaciones de las partes según el Tratado y el derecho internacional.

94. Estos varios aspectos serán examinados a continuación en cuanto a su significado e interpretación.

B. Significado y Alcance del Contrato.

95. La diferencia entre el Contrato y su contrato de servicios precedente del 25 de enero de 1985 (enmendado el 18 de diciembre de 1995) (“Contrato de Servicios”) es análoga a la distinción entre “deuda” y “equidad”. En conformidad con el Contrato de Servicios, OEPC simplemente recibió pagos de Petroecuador que le reembolsaron por todos los gastos relacionados con la exploración, así como también con la explotación subsiguiente, incluido todo el IVA pagado, así como también los intereses sobre las inversiones no amortizadas y una comisión que variaba de acuerdo con una fórmula. Petroecuador era el único propietario de toda la producción petrolera, era su exportador exclusivo, y por lo tanto asumía todo el riesgo de mercado. Puesto que el IVA pagado por OEPC era un gasto reconocido incurrido en cumplimiento del Contrato de Servicios, el mismo simplemente fue reembolsado a OEPC por Petroecuador. Occidental efectivamente era un “trabajador contratado” que trabajaba por “sueldos” que consistían en sus gastos más un suplemento basado en una fórmula. En consecuencia, al igual que un acreedor de una obligación de pasivo, recibía ingresos calculados para cubrir sus gastos más un rédito fijo sobre su inversión de pasivo.
96. El Contrato cambió todo eso mediante la eliminación de todo el reembolso de los gastos a OEPC por parte de Ecuador mientras otorgaba al mismo tiempo a OEPC una “participación”, o parte, en el petróleo producido, y por lo tanto una “equidad” en dicho petróleo, la cual se calculaba para cubrir todos los gastos de exploración y producción y también para proveer una utilidad. El valor de esta participación dependía del estado del mercado cada cierto tiempo. Este arreglo tuvo ciertos atractivos para ambas partes, pero también introdujo nuevos factores en juego para OEPC. Uno de dichos factores fue el pago de impuestos, específicamente el IVA, que anteriormente había sido “transferido

inmediatamente de que se producía el pago del mismo” [*passed through*] a Petroecuador en conformidad con el Contrato de Servicios. En consecuencia, OEPC, al considerar lo que desde su perspectiva era el porcentaje de participación apropiado a la luz de sus costos proyectados, tenía necesariamente que calcular lo que sería su probable obligación tributaria de IVA. Al grado en que no habría ninguno, con excepción del costo de financiación de pagar el IVA y luego esperar por su reembolso, el porcentaje podría ser supuestamente menor. Sin embargo, al grado en que OEPC estaría con pérdidas con respecto al IVA, si ese hubiese sido el caso, sus costos aumentarían y por ende la participación requerida necesitaría ser correspondientemente más alta. Por lo tanto, una comprensión clara con respecto al reembolso (o no reembolso) del IVA fue un elemento esencial que fundamentaban la posición de negociación de OEPC.

97. La posición de Ecuador desde el inicio de la presente disputa ha sido que OEPC de hecho ha recibido, y continúa recibiendo, el reembolso total de todo el IVA que ésta ha pagado por cuanto el porcentaje de participación que OEPC recibe de acuerdo con el Contrato se ha calculado a un nivel que incluye dicho reembolso. Esta afirmación centra la atención en lo que se conoce como Factor X, la fórmula del contrato que establece los respectivos porcentajes de participación. En consecuencia, esto lleva en primera instancia a examinar el Contrato a fin de determinar si el Factor X incluye efectivamente las devoluciones del IVA.
98. El Factor mismo se encuentra en el Contrato en “OCHO: PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACIÓN Y ENTREGA”, específicamente en 8.1 (“Cálculo de la Participación del Contratista”) y sus subtítulos. La fórmula que ahí se expresa se refiere exclusivamente a los volúmenes de producción y las reservas y no contiene discusión alguna sobre elemento de costo alguno ni referencia al mismo. La fórmula correspondiente de 8.5 para la “Participación del Estado en la Producción” simplemente calcula la diferencia entre el factor de participación de OEPC y 100. No existen referencias en “OCHO” a los impuestos con relación al Factor X (o el porcentaje de participación de Ecuador); éste numeral simplemente señala en 8.5.2, bajo “Otros Ingresos”, que “El Estado Ecuatoriano recibirá el impuesto sobre la renta y otros impuestos de acuerdo con las leyes pertinentes”, y con respecto a 8.6 (“Estabilidad Económica”), que se podrán realizar ciertos cambios en el Contrato, como se discutirá más adelante, “a fin de restablecer la economía del” Contrato en el caso de que se

experimenten los cambios descritos en la situación tributaria. Por lo tanto, la disposición más pertinente del Contrato, en lo que se lee, no indica que el Factor X de hecho incluyó alguna devolución del IVA.

99. La referencia a otras ciertas disposiciones del Contrato no contribuye a substanciar la afirmación de Ecuador. Bajo “CINCO: OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES” se estipula, en 5.1 y 5.1.17, en la parte pertinente, que además de las obligaciones especificadas en este Contrato de Participación, el Contratista deberá: .. Pagar los impuestos, contribuciones y derechos aduanales que sean exigidos por las leyes y reglamentos de Ecuador”. En forma similar, “ONCE: IMPUESTOS, PARTICIPACIÓN LABORAL Y CONTRIBUCIONES” expresamente exige que OEPC pague varios impuestos nombrados, en particular los impuestos sobre la renta y un impuesto sobre los activos totales. Por último, en VEINTE Y DOS: LEY APLICABLE, DOMICILIO, JURISDICCIÓN Y PROCEDIMIENTO” el numeral 22.1.4 establece un “Marco Legal” de 22 normas separadas aplicables a este Contrato de Participación, en el momento de su ejecución”, las cuales expresamente no son exhaustivas. El numeral 10 en ese listado es la “Ley de Régimen Tributario Interno”, publicada en el Registro Oficial No. trescientos cuarenta y uno (341) del 22 de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) y sus enmiendas”, precisamente la ley relacionada con el IVA que está en discusión en este caso. Claramente, ninguna de estas referencias vierte luz alguna sobre si el IVA pagado por OEPC, cuya devolución se reclama, es, como Ecuador sostiene, reembolsada automáticamente a través del Factor X.
100. Cabe señalar que, sin duda por exceso de precaución, se anexaron ciertos documentos al Contrato y se hace referencia a los mismos bajo el título “VENTE Y CUATRO: DOCUMENTOS PARA ESTE CONTRATO DE PARTICIPACIÓN”, en particular bajo 24.2 (“Documentos Adjuntos”), el cual estipula que “formando integral de este Contrato de Participación en calidad de anexos se adjuntan los siguientes documentos”. Esos Anexos incluyen cuatro de posible relevancia para este caso, esto es, los Anexos III, V, XIV y XVI.
101. El Anexo III consta del “RESUMEN DE LAS ACTAS DE LAS REUNIONES DE NEGOCIACIÓN ENTRE PETROECUADOR Y EL CONTRATISTA DEL BLOQUE 15” firmado por ambas partes el 29 de abril de 1999, justo pocas semanas antes de la

fecha de vigencia del Contrato. En una discusión de los “parámetros de participación” en 5.13, ésta registra sólo que “fueron acordados por los grupos de negociación basados en el marco legal en vigencia cuando se firmaron estas Actas”, las cuales, debe señalarse, incluyeron necesariamente el Artículo 65 de la Ley Tributaria (en la cual se basa OEPC). En ninguna parte éste menciona el IVA específicamente y no vierte luz alguna sobre si el Factor X incluyó o no una devolución del IVA. El Anexo V es el “REPORTE [unilateral] DE LA COMISIÓN DE NEGOCIACIÓN [ETC.] de Petroecuador que negoció el Contrato con OEPC, el cual asimismo no aclara si el Factor X incluyó o no el reembolso del IVA.

102. Sin embargo, los Anexos XIV y XVI, son de ayuda. Ambos se relacionan con 8.6, la disposición de “Estabilidad Económica” del Contrato presentado anteriormente. Del testimonio ante el Tribunal se desprende claramente que en los días inmediatos a la conclusión del Contrato, OEPC estuvo interesada en tener claridad con respecto a su responsabilidad en cuanto al IVA, como una cuestión de pago inicial y también de responsabilidad esencial. El IVA previamente había sido irrelevante para sus intereses, puesto que según el Contrato de Servicios éste siempre recuperó todo IVA pagado como un gasto reembolsado por Petroecuador. Sin embargo, puesto que en conformidad con el nuevo Contrato OEPC misma en definitiva sería responsable por cualquier impuesto cobrado y no devuelto, ésta se vio obligada a estar segura de sus costos definitivos. El primer punto era por lo tanto asegurar si en realidad sus compras en apoyo del Contrato estarían sujetas a IVA en absoluto. Por esta razón, el 26 de agosto de 1998, ésta averiguó al SRI “si las importaciones de equipos, maquinaria, materiales y otros suministros fungibles que Occidental tuviere que realizar en cumplimiento del Contrato de Participación... estarán gravadas con el IVA con tarifa 10% o con tarifa cero para este impuesto”. Esta “consulta”, como se la conoce en Ecuador, no indagó sobre la posibilidad de reembolso de algún IVA que necesitaría ser pagado en tanto en cuanto, según OEPC, esa compañía tenía la clara comprensión de que según el Artículo 65, como ésta luego sostiene que tendría derecho a dicha devolución. Se debe señalar que la misma comprensión necesariamente sostiene la posición de Ecuador de que el Factor X en el Contrato estipuló dicho reembolso. En respuesta a esa “consulta”, la señora Elsa de Mena, Directora General del SRI en este entonces y al momento, informó mediante oficio de 5 de octubre de 1998, la cual es el Anexo XVI para el Contrato, que “los bienes introducidos por su cliente a fin de cumplir sus obligaciones contractuales están

sujetas a dicho IVA con la tarifa del 10%”. También es pertinente que aunque la “consulta” de OEPC, y por ende también la respuesta del SRI, no trataron el IVA impuesto sobre servicios, la evidencia indiscutible que nos fue presentada establece que los servicios también llegaron a estar sujetos a este impuesto al 30 de abril de 1999. Habiendo establecido que se requeriría gastar esas sumas, y estando seguro en esas circunstancias de que ésta tendría derecho a una devolución de las mismas, OEPC entonces, como es comprensible, empezó a protegerse en el Contrato contra la posibilidad de que dicha devolución podría, por la razón que fuere, no ser cercana.

103. La protección de OEPC (e igualmente la de Ecuador) contra ciertos cambios posibles en las expectativas, debido a los cambios de las circunstancias (incluidos los cambios en las leyes atribuibles a Ecuador), se estableció en 8.6 del Contrato (“Estabilidad Económica”). Este comienza con la siguiente condición:

En el evento que, debido a las acciones adoptadas por el Gobierno de Ecuador o PETROECUADOR, cualquiera de los eventos que a continuación se describen ocurre y tiene un impacto en la economía de este Contrato de Participación:

104. Éste luego enumera, en los literales a-e, cinco de dichos “eventos”. El primero (a.) es la “Modificación del régimen tributario que se describe en la cláusula 11.11”, la cual se incluye en “ONCE”, a la cual se ha hecho referencia anteriormente. Los literales segundo y tercero (b. y c.) se relacionan con la “modificación del régimen para las remesas al exterior o las tasas de cambio” y la “reducción de la tasa de producción”. El cuarto (d.) relacionado con la “modificación del valor de la tarifa de transporte descrita en la cláusula 7.3.1”, es digno de mención en tanto en cuanto dicha modificación expresamente debe estar “de acuerdo con el procedimiento establecido en el Anexo XIV”, cuyo Anexo, como se verá más adelante, también desempeña un papel con el punto quinto y final enumerado (e.), que es clave para este caso:

e. El cobro (término en el original en español para la palabra “*collection*”, la cual según el numeral 3.2 del Contrato es “la única versión válida” y “prevalecerá” en caso de cualquier conflicto con el texto en inglés) del Impuesto al Valor Agregado, IVA, especificado en el Oficio No. 01044 del 5 de octubre de 1998, que aparece como anexo número XVI, de acuerdo con el cual la Dirección del Servicio de Rentas Internas establece que las importaciones efectuadas por el contratista para las operaciones del bloque 15 bajo la estructura del contrato de participación, están sujetas a dicho impuesto.

- 105 Es significativo que esta disposición se refiera al “cobro” en oposición al “pago”, y en consecuencia indica, en opinión del Tribunal, como OEPC arguye, que en realidad ésta

fue ideada para cubrir la situación que dio como resultado este arbitraje, es decir, la no devolución del IVA pagado. La conclusión de que esta disposición está orientada al “cobro” real en el sentido de la retención o no devolución, antes que a un aumento en las tasas de impuestos o la legislación de nuevos impuestos, como Ecuador sostiene, es fortalecida por la existencia junto al literal e. del literal a. de 8.6, “modificación del régimen tributario que se describe en la cláusula 11.11”, la cual a su vez se refiere a “una modificación del régimen...; y/o ... de su interpretación legal; y/o a la creación de nuevos impuestos o gravámenes no previstos en este Contrato de Participación”. Es lógico que dichas referencias en a. no habrían sido necesarias si la interpretación amplia de Ecuador de e. fuese correcta, puesto que según la teoría de Ecuador esas eventualidades serían abarcadas por e. La aplicación de la regla básica de construcción de cualquier instrumento de que se ha de asignar significado a cada palabra y frase, si esto fuese posible en absoluto, es inevitable la conclusión de que e. debe ser comprendido como lo sostiene OEPC. A su vez, un mecanismo de esta naturaleza para efectuar una restauración del balance económico en el caso de la no devolución del IVA obviamente no habría sido acordada entre las partes en el Contrato si ellas hubiesen contemplado mutuamente que dichas devoluciones ya eran automáticamente provistas por el Factor X.

106. La conclusión del Tribunal al respecto es respaldada aún más por el testimonio presentado por las partes en la Audiencia. Se hizo referencia previamente al Anexo III para el Contrato (“RESUMEN DE LAS ACTAS DE LAS REUNIONES DE NEGOCIACIÓN ENTRE PETROECUADOR Y EL CONTRATISTA DEL BLOQUE 15”). Ese Anexo hace constar un “Grupo de Negociación” cada uno de los cuales constaba de cinco representantes de OEPC y de Petroecuador. Se suponía que estos doce integrantes eran personas informadas sobre el asunto de si las devoluciones del IVA fueron incluidas o no en el Factor X. ES sorprendente que de estos doce representantes, tres fueron puestos como testigos en este caso, todos los tres del lado de Petroecuador, pero dos de los cuales atestiguaron, no a favor de Petroecuador, sino mas bien en apoyo de OEPC.
107. En realidad, “el Presidente del Grupo de Negociación de Petroecuador” en ese tiempo, el señor Patricio Larrea Cabrera (que antes de su testimonio abandonó su empleo), atestiguó en forma bastante inequívoca a favor de OEPC, con respecto al Factor X, que

“nosotros en Petroecuador ni siquiera teníamos la facultad de ofrecer contractualmente alguna devolución de un impuesto estipulado por la Ley de Régimen Tributario Interno”. Él atestiguó además específicamente que:

El IVA no era incluido en los factores X como un costo asumido por el Contratista porque nosotros en Petroecuador suponíamos que el Contratista tenía derecho a un crédito tributario al tenor del Artículo 65 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Puesto que el Contratista ha reconocido legalmente el derecho a una devolución del IVA, los cambios legislativos en la tasa del IVA aplicables a los bienes importados no pueden afectar al Contratista, a condición de que este derecho a un crédito tributario continúe en vigencia de modo que el Contratista pueda obtener una devolución del IVA.

108. El segundo representante de Petroecuador que rindió testimonio en nombre de OEPC fue el señor Celio Vega Ortega, actualmente en el empleo de Petroproducción, la subsidiaria de propiedad total de Petroecuador, en calidad de “Especialista Financiero en [el departamento de] Proyectos Especiales”, que manejó la parte económica de las negociaciones de Petroecuador con OEPC. (El señor Vega, una vez que hubo presentado su testimonio escrito, no compareció para el contrainterrogatorio en la Audiencia, a pesar de los esfuerzos máximos del Tribunal, que le había convocado para que asista, según se informó debido a la preocupación de que no había recibido garantías satisfactorias para él de que, al comparecer según había sido convocado, su empleo no sería puesto en peligro, una afirmación impugnada firmemente por Petroecuador. El Tribunal ha recibido su testimonio escrito de prueba y, considerando todas las circunstancias, se inclina a darle cierta medida de credibilidad, en particular si se considera su consistencia con la del señor Larrea Cabrera, así como también con el propio análisis del Contrato que hizo el Tribunal, como se expresó anteriormente). Si bien fue vertida en un tono algo más estéril que el testimonio del señor Larrea, la prueba dada por el señor Vega es convincente en el sentido de que el análisis económico y el modelo con base en el cual las negociaciones tuvieron lugar excluyeron completamente el IVA como un factor. Por consiguiente, es confirmatoria de la posición adoptada por OEPC en este arbitraje en el sentido de que esas negociaciones prosiguieron basadas en la comprensión común de que el IVA pagado por OEPC sería devuelto como lo exige la Ley Tributaria.
109. El Miembro del Grupo de Negociación de Petroecuador cuyo testimonio fue provisto por Petroecuador, el señor Luis A. Barrezueta Subía, en la actualidad presta servicios como Asistente Legal a la Presidencia Ejecutiva de Petroecuador. Su papel en el Grupo

de Negociación fue atender a los aspectos legales. Su testimonio fue en gran parte argumentativo y concluyente, y en ningún caso incluyó el testimonio específico en el sentido de que los negociadores comprendieran que el Factor X de hecho incluía el reembolso del IVA.

110. Dada la fuerza del testimonio presentado ante el Tribunal por OEPC, que viene del líder y el economista del grupo de Petroecuador que negoció el Contrato, la falta comparativa de fuerza persuasora del testimonio menos detallado del señor Barrezueta, y el hecho de que Ecuador no ha aportado como testigos de apoyo a nadie más directamente involucrado en esas negociaciones, el Tribunal se limita a concluir que su interpretación del Contrato en el sentido de que éste no incluye las devoluciones del IVA en el Factor X es en realidad correcta.
111. En este punto es apropiado volver al literal e, de 8.6, al cual hasta el momento se lo ha revisado sumariamente. El tratamiento de dicho literal hasta el momento se ha limitado a analizar los cinco ítem que lo activan. Ahora es pertinente señalar, a continuación, que el inciso 8.6 prevé métodos discrepantes para tratar esos asuntos cuando ellos están presentes. En consecuencia, a continuación de la enumeración de los cinco ítems, éste continúa:

En los casos indicados en los literales a) [modificación del régimen tributario] y b) [modificación del régimen para las remesas al extranjero o las tasas de cambio], las Partes deberán celebrar los contratos de enmienda que se indican en la cláusula 15.2, a fin de restablecer la economía de este Contrato de Participación. Cuando ocurran los eventos indicados en los literales c) [reducción de la tasa de producción], d) [modificación del valor de la tarifa de transporte] y e) [“cobro” del IVA], se deberá incluir un factor de corrección en los porcentajes de participación, a fin de absorber el aumento o disminución de la carga económica, de acuerdo con el Anexo No. XIV.

112. Se podría argumentar en nombre de Ecuador, en teoría, que puesto que el “cobro” del IVA, según argumenta OEPC, produciría siempre un aumento pero nunca una disminución de la “carga económica” sobre ésta, se debe interpretar el literal e. como Ecuador sostiene, es decir, para significar que cualquier cambio en el régimen del IVA (v.g., tasas más altas, tasas más bajas, alcance más amplio, alcance menor), puesto que la disposición de ajuste antes citada habla tanto de aumentos como de disminuciones.

Sin embargo, aparte de los puntos planteados anteriormente, la referencia en la disposición de ajuste a “aumento o a disminución” es perfectamente consistente con la opinión de OEPC en el sentido de que esa disposición se aplica a todos los literales a., b., c., d., y e., uno de los cuales habla sólo de una disminución (c.), uno de los cuales aborda sólo un aumento (e., en opinión de OEPC y del Tribunal), y el resto de los cuales podría involucrar un aumento o una disminución. Una vez más, todos los caminos conducen a la conclusión de que el Factor X no incluyó la devolución del IVA.

113. Se debería hacer una referencia final en este momento al Anexo XIV. Ecuador ha argumentado a partir de la referencia en el Anexo al “AJUSTE POR PAGO DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA) EN LAS IMPORTACIONES” y una referencia en las “DEFINICIONES” en dicho documento para la “Variación en el monto del IVA pagado en las importaciones”, que se debe interpretar el literal e. como Ecuador ha sostenido, es decir, para que refiera a los cambios amplios en la legislación antes que al “cobro” (retención de la no devolución) del IVA. Si bien esto en cierta medida es un punto a favor de Ecuador, el hecho de que el Anexo XIV está subordinado al numeral 8.6 da al primero un valor menor en la interpretación de e., y en cualquier caso el punto es de poco valor cuando se lo clasifica en comparación con la abundancia de otro material interpretativo tanto en el Contrato mismo como en el registro de pruebas que apoya firmemente la opinión de OEPC. Por último, y para el Tribunal en forma concluyente, la “Nota explicativa” de finalización del Anexo XIV confirma que “la ley para la Reforma de las Finanzas Públicas” vigente el 1 de mayo de 1999, la misma que es de hecho la legislación de la reforma tributaria del 30 de abril de 1999 (la cual, por ejemplo, amplió los servicios), “no fue tomada en consideración en la negociación para establecer la economía del Contrato de Participación para el Bloque 15” es prueba positiva de que el Factor X no incluyó el IVA cuya no devolución está en la raíz de la presente disputa. En realidad, esa “Nota explicativa” prevé expresamente que como resultado Occidental “deberá tener derecho a solicitar una revisión de los factores X, de acuerdo con las disposiciones de la Sección 11.11 del Contrato de Participación”.
114. Antes de dejar esta discusión del inciso 8.6, el Tribunal considera apropiado tratar el papel de esa cláusula en la relación continuada de las partes. Como se verá en la porción posterior de este Fallo que tiene que ver con la reparación que se va a conceder, existe una cuestión en cuanto a cómo prever para el futuro. Se comprenderá que las

facultades del Tribunal son, en términos prácticos, algo limitados al respecto. Sin embargo, es claro a partir del análisis del Tribunal sobre el literal e. del inciso 8.6, que las condiciones para la aplicación de que “un factor de corrección se incluya en los porcentajes de participación a fin de absorber el incremento ... de la carga económica” estaría presente si Ecuador no obstante la presente Sentencia, fuese a persistir en negar la devolución del IVA a OEPC. En ese caso, la aplicación de 8.6 3. sería una cuestión de derecho disponible para que OEPC invoque. Si se habla en términos estrictos, esas condiciones también se satisfacen por el hecho de que, como consta en el Anexo XIV para el Contrato, los cambios en la ley del 3 de abril de 1999, vigentes el 1 de mayo de 1999, sujetaron los servicios al IVA (debido al literal a. del inciso 8.6), al menos en tanto en cuanto Ecuador continuare su negación a la devolución de cualquier IVA pagado. Por lo tanto, si bien el Tribunal, en las circunstancias de este arbitraje y dados los términos generales de esta Sentencia, no considera apropiado ordenar a las partes que apliquen el inciso 8.6, es claro que ellos están en libertad de resolver los asuntos que pudieron surgir a la luz de esta Sentencia con relación a su implementación futura, si ellos desearan hacerlo mutuamente, vía la aplicación de esta disposición. Para ser bastante específicos, en la opinión del Tribunal estaría no violentar el Contrato si luego de la emisión de esta Sentencia las partes optaren por acordar una modificación del Factor X que provea a OEPC el mismo valor que ésta recibiría vía las devoluciones reales del IVA aún no cuantificado y cuya orden de pago por Ecuador a OEPC todavía no ha sido ordenada en el diseño de esta Sentencia, tanto para los períodos en el pasado como en el futuro. El Tribunal advierte que se afirmó en la Audiencia que de hecho esto no se podría hacer porque el ajuste resultante pondría los porcentajes de participación de Ecuador por debajo del mínimo ordenado por la legislación aplicable, un punto sobre el cual el Tribunal no está en posición de expresar alguna opinión. El Tribunal simplemente señala una posible ruta para el futuro que, basada en el registro que le ha sido presentado, sería bajo las circunstancias descritas una aplicación correcta del Contrato. En el mismo orden de cosas, el inciso 8.2 del Contrato permite que las partes, si así optaren las partes mutuamente, convengan en que OEPC reciba “su participación en efectivo durante un período de no menos de un año”. Puesto que la relevancia del numeral 8.6 ha sido disputada ante el Tribunal, éste ha considerado apropiado hacer esta aclaración.

115. El Tribunal debe también señalar en aras de la aclaración que la conclusión a la que éste ha llegado en el sentido de que el Contrato no incluye las devoluciones del IVA en el Factor X es específica para este caso. Esto es lo que se considera que el Contrato entre Ecuador y OEPC significa, y no tiene implicación necesaria alguna para otros contratos en los que las disposiciones y por ende su interpretación podrían ser diferentes.
116. No se discutirá si OEPC tiene como consecuencia un derecho al reembolso en conformidad con la ley.

C. El Significado y Alcance de la Legislación Tributaria de Ecuador

117. El SRI fue establecido en diciembre de 1997 como una entidad técnica independiente, con jurisdicción nacional sobre la administración de impuestos, para reemplazar a la Dirección General de Rentas, la cual había sido parte del Ministerio de Finanzas.
118. La creación del SRI, al que se otorgó autoridad y facultades más amplias, fue parte y porción de la modernización de la administración tributaria ecuatoriana. En consecuencia, el SRI ha sido un participante activo en la formulación de la política fiscal ecuatoriana, tanto desde un punto de vista técnico como a través de la participación directa en la elaboración de los proyectos de ley, estatutos y reglamentos. El SRI fue provisto de mecanismos legales de control que constituyeron una mejora importante en la provisión de información para el SRI y el cobro de impuestos.
119. Antes del 30 de abril de 1999, en conformidad con el Artículo 65 de la Ley Tributaria, la exportación de los productores de bienes y servicios tenía derecho a crédito tributario por el total del monto de IVA pagado en las compras locales o en los bienes importados que llegaran a ser parte de sus activos fijos, materias primas, insumos y servicios. Además, la ley contemplaba un derecho a una devolución de dicho crédito tributario (sin intereses).
120. El 30 de abril de 1999, se introdujo un cambio substancial en el propio IVA. Evolucionó desde la cobertura de sólo una pequeña gama de transacciones y servicios sobre los cuales se imponía una tasa del 10% hasta un impuesto con base imponible amplia con sólo unas pocas transacciones gravadas con tarifa cero. Casi todas las transacciones en bienes y servicios estaban sujetas a la imposición del IVA de acuerdo con la ley revisada. En consecuencia, cuando las negociaciones sobre el Contrato entre

OEPC y Petroecuador llegaron a su conclusión y el Contrato debía ser ejecutado, esta reforma del IVA entró en vigencia.

121. Como se acaba de indicar, el Artículo 65, que estuvo en vigencia hasta el 30 de abril de 1999, contemplaba un crédito tributario del IVA y el derecho a una devolución del IVA para los exportadores. Los créditos tributarios se otorgaron a todos los productores de bienes (producidos para el mercado interno o para exportación) en el IVA pagado en la compra de bienes y servicios; el derecho a la compensación de esos montos fue concedido a aquellos que vendían bienes grabados con IVA tarifa 10% (mercado interno) y se otorgó a los exportadores el derecho a una devolución tributaria del IVA no compensado por el crédito tributario.
122. De acuerdo con el Artículo 68 de la Ley Tributaria en vigencia desde diciembre de 1989 hasta el 14 de mayo de 2001, se podía compensar un crédito tributario del IVA contra otros impuestos que debían ser pagados por el mismo contribuyente. Si los exportadores no podían obtener así la compensación por todo el IVA que tenía derecho a un crédito tributario, el exportador tenía el derecho a una devolución real del monto no compensado. El 30 de abril de 1999, un Artículo nuevo, el 69A entró en vigencia, como parte de la reforma fiscal que se acaba de discutir anteriormente, el cual incluía en la Ley Tributaria una disposición expresa con relación a las devoluciones del IVA para los exportadores que establecía conceptos y condiciones especiales aplicables a esos casos particulares. Inmediatamente, el Artículo 69A también fue revisado en el sentido de que éste había atendido exclusivamente a los créditos tributarios del IVA y no a las devoluciones del IVA. Dicha revisión distingue el derecho a un crédito tributario del derecho a la devolución tributaria con respecto a los exportadores.
123. Consecuentemente, el 30 de abril de 1999, el sistema tributario ecuatoriano aclaró y distinguió los dos conceptos, esto es, el crédito tributario y la devolución de impuestos, con respecto a los exportadores. Por lo tanto, una devolución de impuestos a los exportadores es el derecho al reembolso real de un crédito tributario.
124. El Artículo 69A de la Ley Tributaria reza:

Art. 69A. Del IVA pagado en las actividades de exportación.- Las personas naturales y compañías que han pagado el impuesto al valor agregado en las compras locales o la importación de bienes utilizados en la manufactura de bienes que sean exportados, tienen el derecho a que se les devuelva el impuesto sin intereses dentro de un período que no exceda de noventa (90) días, a través de la

emisión de la nota de crédito respectiva, el cheque u otros medios de pago. Los intereses se deberán pagar si el período antes mencionado transcurre sin que se haya devuelto el IVA reclamado.

El Servicio de Rentas Internas debe devolver lo que se ha pagado a la presentación formal de la declaración de impuestos por el representante legal del deudor, la cual debe ir acompañada por copias certificadas de las facturas que demuestren el IVA pagado. Si se determinare que existe declaración falsa en la información, la persona responsable deberá ser impuesta con una multa equivalente al doble de la cantidad con la que intentó defraudar al erario público³⁴.

125. De acuerdo con el Artículo 69A, las devoluciones se limitan a los manufactureros orientados a la exportación y solamente al IVA pagado en las compras locales o la importación de bienes utilizados en la manufactura de bienes para la exportación. Las leyes ecuatorianas otorgan el derecho a devoluciones del IVA exclusivamente para los casos que se enumeraron anteriormente; por lo tanto, en aplicación estricta de la ley, el IVA pagado sobre otras bases se debe mantener como un crédito tributario.
126. También se debe señalar que de acuerdo con el Artículo 69A, el SRI está facultado para emitir notas de crédito para reembolsar a los contribuyentes. Así es cómo el SRI normalmente devuelve los patos de impuestos a todos los exportadores. Las notas de crédito se venden libremente en la bolsa de valores ecuatoriana.
127. No obstante, el Artículo 169 de los Reglamentos de la Ley Tributaria en vigencia a la fecha en la cual se ejecutó el Contrato establece lo siguiente:

Artículo 169. Crédito Tributario en la Exportación de Bienes: Los individuos y las entidades legales que son exportadores y han pagado el IVA en la compra de bienes que ellos exportan tienen derecho a un crédito tributario por dichos pagos; deberán asimismo tener derecho al crédito por el impuesto pagado en la compra de materias primas, insumos y servicios utilizados en los productos hechos y exportados por el manufacturero. Una vez que los bienes hayan sido exportados, el contribuyente deberá presentar una solicitud para obtener la devolución correspondiente, acompañada por una copia de los documentos de exportación respectivos, al Departamento de Rentas...

Los fabricantes también tienen derecho a crédito tributario por el IVA pagado en la compra local de materias primas, insumos y servicios utilizados en la producción de bienes para exportación que sean agregados a las materias primas ingresadas al país bajo regímenes aduaneros especiales, incluso si dichos exportadores no exportaren el producto acabado directamente, siempre que dichos bienes sean comprados en realidad por los exportadores y la transferencia al exportador de los bienes producidos por estos contribuyentes, cuyo despacho no haya sido tramitado a través de las aduanas, esté gravada con tarifa cero³⁵.

128. El Artículo 169 de los Reglamentos de la Ley Tributaria complementa el régimen legal preexistente para los impuestos mediante la inclusión de la manufactura y producción

cuando se refiere a las actividades de exportación. Además, autoriza las devoluciones de impuestos no sólo en cuanto a las compras de bienes sino también en cuanto a la adquisición de servicios. Al mismo tiempo, los conceptos discrepantes de créditos tributarios y devoluciones de impuestos a los exportadores subsisten como se explicó anteriormente: una devolución tributaria es el derecho al reembolso real de un crédito tributario a los exportadores.

129. El Artículo 169 de los Reglamentos de la Ley Tributaria, como se citó anteriormente, fueron enmendados el 29 de junio de 1999 en la forma siguiente:

Devolución del Impuesto al Valor Agregado a las Instituciones Gubernamentales, a los Exportadores de Bienes y a los Discapacitados.- A fin de que los exportadores de bienes obtengan una devolución del impuesto al valor agregado pagado en la importación o compra local de insumos, materias primas y servicios utilizados en los productos hechos y exportados por el manufacturero o productor, según sea aplicable, una vez que dichos bienes han sido exportados, dichas partes deben solicitar al Departamento de Rentas Internas, presentando copias certificadas de los recibos de las ventas, documentos de importación o exportación y la información suplementaria siguiente³⁶.

130. Esta enmienda al Artículo 169 incluyó principalmente los requisitos para llenar una declaración de impuestos, pero también ratificó el sentido de la Ley Tributaria con respecto a los derechos de los exportadores, manufactureros y productores a una devolución del IVA pagado en la compra de bienes y servicios.
131. La omisión de OEPC en cuanto a informar que el IVA que ésta había pagado en sus declaraciones del IVA durante dieciocho meses en conformidad con el Contrato, es decir, hasta enero de 2002, llevaron al SRI erróneamente a concluir que el IVA pagado por las compras no había sido registrado como un crédito tributario y, consecuentemente, se lo consideró como si estuviese dentro de los costos y gastos del Contrato. Las declaraciones del IVA substitutas archivadas posteriormente sí incluyeron dichos registros.
132. El 18 de noviembre de 1999, cuando se aumentó la tasa del IVA del 10% al 12%, también se agregó a la Ley Tributaria una nueva disposición relevante para las devoluciones. El Artículo sin número, después del Artículo 55 de la Ley Tributaria, señala lo siguiente:

Crédito Tributario para la exportación de bienes. Las personas naturales y jurídicas que exporten y hayan pagado el IVA en la adquisición de bienes que ellas exporten, tienen derecho a un crédito tributario por dichos pagos. También

deberán tener este mismo derecho por el impuesto pagado en la adquisición de materias primas, suministros y servicios utilizados en los productos producidos y exportados por el manufacturero. Una vez que se haya realizado la exportación, el contribuyente deberá solicitar al Servicio de Rentas Internas la devolución correspondiente, adjuntando una copia de los documentos de exportación apropiados.

El derecho podrá ser transferido sólo a los proveedores directos de los exportadores. Los manufactureros también tienen derecho a un crédito tributario por el IVA pagado en la adquisición local de materias primas, suministros y servicios destinados a la producción de bienes para la exportación, que sean agregados a las materias primas que han ingresado al país bajo sistemas de aduanas especiales, aun cuando dichos contribuyentes no exporten directamente el producto acabado, siempre y cuando estos bienes sean adquiridos en realidad por los exportadores y la transferencia al exportador de los bienes producidos por estos contribuyentes, que no han sido objeto de nacionalización, sean grabados con tarifa cero³⁷.

133. Esta disposición confirma el derecho de los exportadores a una devolución de impuestos, puesto que, como se ha señalado, este derecho ya ha sido previsto en el Artículo 65 de la Ley Tributaria. Durante el curso de este arbitraje ninguna ley o disposición específica atinente al crédito tributario por las actividades petroleras ha sido presentado a este Tribunal.
134. El SRI, a través de varias “Resoluciones de Concesión” otorgó créditos tributarios y devoluciones de los pagos de IVA a las compañías de exploración y explotación petrolera de exportación. Esta política duró hasta mediados del 2001. Sin embargo, el 28 de agosto de 2001, el SRI emitió la Resolución No. 664, la cual rechazó la solicitud de devolución hecha por OEPC con respecto a los períodos de octubre a diciembre de 2000 y de enero a mayo de 2001. La base expresada sobre la cual la Resolución No. 664 negó la devolución del IVA es que el impuesto al valor agregado ya había sido incorporado dentro de los costos y gastos de inversión y por lo tanto fue reembolsado automáticamente a través del Factor X del Contrato.
135. Con base en el argumento de que el Artículo 69A no confiere el derecho a una devolución de impuestos sobre las exportaciones de la producción, sino mas bien sólo sobre las exportaciones manufacturadas, y que el petróleo no constituye un bien manufacturado, el 1 de abril de 2002, el SRI anuló además las Resoluciones de Concesión No. 28, 47, 50, 200, 592, 784, 118, 929, 61, 965 y 326 emitidas entre el 10 de febrero de 2000 y el 30 de abril de 2001. Sin embargo, el SRI afirmó que, en caso de

que el Artículo 69A sería aplicable, el IVA ya había sido devuelto a OEPC a través del Contrato.

136. El Tribunal está de acuerdo con el SRI en que el Artículo 69A otorga el derecho a una devolución de impuestos a los exportadores de bienes involucrados en actividades como la minería, pesca, madera, bananas y aceite de palma africana. Sin embargo, el Tribunal no está de acuerdo en que la industria petrolera sea excluida de la aplicación del Artículo 69A, especialmente en consideración de que el Artículo 69A de los Reglamentos de la Ley Tributaria establece el derecho a una devolución de impuestos del IVA pagado en las compras de bienes y servicios para los exportadores, independientemente de si ellos sean manufactureros o productores.
137. Este Tribunal considera que aunque las decisiones de la Corte Suprema Ecuatoriana no constituyen un precedente que tenga fuerza vinculante u obligatoria con respecto al presente caso, las discusiones contenidas en las decisiones de los tribunales fiscales ecuatorianos y de la Corte Suprema proveen una guía útil en la comprensión de la legislación ecuatoriana y de conceptos importantes relacionados. La complejidad de las cuestiones que están en discusión, así como también la individualidad y las características especiales de cada caso particular sometido a dichas cortes, han generado contradicciones en algunas de las decisiones.
138. En el caso *City Oriente Limited* No. 19607, presentado por la compañía a un Tribunal Fiscal Ecuatoriano en procura de obtener la devolución del IVA en las exportaciones, el Tribunal aceptó parcialmente la petición del Demandante y determinó que City Oriente Limited tenía derecho a la devolución del IVA con tarifa 2% puesto que el contrato fue ejecutado bajo una tarifa 10% de IVA, y que el incremento de la tarifa del IVA al 12% afectó las condiciones económicas del contrato. Sin embargo, el Tribunal negó que el Demandante tuviera derecho a una devolución del IVA de acuerdo con el Artículo 69A.
139. En diciembre de 2002, City Oriente Limited apeló la decisión del Tribunal Fiscal ante la Corte Suprema. Tres meses más tarde, ésta retiró la apelación. No obstante, en enero de 2003, el SRI apeló a la misma decisión. La Corte Suprema rechazó la apelación basada en el argumento de que el SRI no había objetado expresamente la decisión del Tribunal Fiscal, otorgando a City Oriente Limited el derecho a una devolución del 25 de IVA. Además, la Corte Suprema señaló que el Artículo 55 de la Ley Tributaria era aplicable en tanto en cuanto un régimen del IVA no estaba establecido en leyes especiales. La

misma decisión afirmó también que las obligaciones tributarias impuestas por la ley no pueden ser alteradas ni modificadas contractualmente.

140. Los Tribunales Fiscales también han sostenido que el Artículo 69A no confiere el derecho a una devolución del IVA a las compañías de exploración y explotación con respecto a sus exportaciones de petróleo, puesto que la ley otorga ese derecho sólo a los exportadores manufactureros y que el petróleo no es “manufacturado”. Como consecuencia de este razonamiento, los Tribunales Fiscales han negado a las compañías petroleras el derecho a una devolución del IVA. Sin embargo, un Tribunal Fiscal también ha determinado en el caso *Repsol YPF Ecuador S.A. vs. SRI* que, puesto que el contrato de participación de esa compañía petrolera en particular se ejecutó cuando la tarifa del IVA aplicable era del 10%, mientras que hacia noviembre de 1999 se había incrementado esa tarifa al 12%, esta compañía de exploración y explotación petrolera tenía derecho a una devolución de la diferencia del 2%.
141. La Cámara Especial de Imposición de la Corte Suprema Ecuatoriana, ha estipulado en una decisión final sobre el mismo caso que el Artículo 69A de hecho otorga el derecho a una devolución del IVA a todos los exportadores, puesto que las compañías de exploración y explotación petrolera tienen derecho a dicha devolución. La opinión de la Corte Suprema es que la “manufactura” abarca todo tipo de actividad productiva, y que la imposición del IVA depende no de la fuente del bien, sino más bien de su destino final.
142. En un caso similar, el caso *Bellwether*, la Corte Suprema Ecuatoriana ha reconocido un derecho de la compañía a las devoluciones de IVA por sus exportaciones petroleras. Ese caso fue remitido al Tribunal Fiscal para una decisión sobre el argumento del SRI de que el IVA ya había sido devuelto a la Compañía a través del Factor X del contrato de participación. El fallo final emitido entonces por el Tribunal Fiscal es en el sentido de que el IVA fue devuelto a la compañía petrolera en cuanto éste fue incluido en sus costos y gastos a lo largo de toda la negociación del contrato de participación, la cual tuvo lugar después de que la ley tributaria, como se explica en el presente, estaba en plena vigencia.
143. No le compete a este Tribunal decidir si los contratos efectuados por otras compañías han incluido o no la devolución del IVA en sus respectivos acuerdos. Sólo necesita decidir si éste fue o no el caso con respecto a OEP. Como se ha explicado

anteriormente, el Tribunal ha concluido que el reembolso del IVA no fue incluido en el Contrato de OEPC. Se desprende que en conformidad con la legislación tributaria ecuatoriana, el Demandante tiene derecho a dicha devolución, en particular puesto que los tribunales ecuatorianos han sostenido que este derecho atañe a los exportadores en general, sea que estos estén involucrados en las manufacturas o en la producción.

144. El Tribunal tiene que examinar ahora la situación legal específica que se origina de acuerdo con la ley de la Comunidad Andina y el derecho internacional.

D. Significado y Alcance de las Decisiones de la Comunidad Andina.

145. El Demandante ha argumentado en forma convincente que además del derecho a la devolución del IVA que se desprende de la legislación de Ecuador, existen obligaciones específicas y vinculantes para el efecto de acuerdo con la ley de la Comunidad Andina.
146. En conformidad con el Acuerdo de Integración Subregional adoptado en 1969 y sus enmiendas, se ha establecido y desarrollado un margo legal elaborado. Dos decisiones relevantes para la política del IVA se han adoptado dentro de este marco. La Decisión de la Comisión No. 330 de 1992 ordenó a los países miembros que eliminen los subsidios y lleven a cabo la armonización de incentivos para las exportaciones intrarregionales, incluidos ciertos impuestos indirectos relacionados con las exportaciones. Más específicamente, la Decisión de la Comisión No. 388 de 1996 dio instrucciones a los países miembros para que los impuestos indirectos pagados “en la adquisición de materias primas, insumos intermedios, servicios, y bienes de capital, nacionales o importados, consumidos o utilizados en el proceso de producción, manufactura, transporte o comercialización de los bienes para exportación, sean reembolsados al exportador”.
147. Aunque el Demandado expresó la opinión en la audiencia realizada en este caso que en cualquier caso este régimen se aplica sólo a las exportaciones intrarregionales y no a aquellas para los mercados mundiales³⁸, el Tribunal concluye lo contrario. De hecho, no sólo es la exposición económica razonada que fundamenta los reembolsos del IVA la misma para todas las exportaciones, sino que también el Concejo Andino para Armonización, en el cual se basa la Decisión 388, explicó expresamente que la armonización tenía que ver con los impuestos indirectos tanto “internamente como con respecto a terceros³⁹”. La Decisión No. 370 también había ordenado durante el trabajo

preparatorio que el alcance del régimen debería incluir las exportaciones fuera del la subregión.

148. En la Audiencia, el Tribunal dirigió preguntas a las partes con relación a la efectividad de la Ley de la Comunidad Andina. Los expertos por cada parte dieron preguntas diferentes. Si bien para al experto del Demandante éste es un orden jurídico efectivo y vinculante⁴⁰, para el experto del Demandado, esto no era así puesto que a menudo las decisiones son ignoradas por los países miembros⁴¹. Sin embargo, el hecho que subsiste es que las decisiones de la Comunidad Andina son obligatorias de acuerdo con el sistema legal ecuatoriano.
149. El Tribunal ha examinado los instrumentos que rigen la Comunidad Andina y concluye que sin duda alguna es un orden jurídico obligatorio que los países miembros están bajo una obligación de respetar e implementar. De acuerdo con el Artículo 2 del Tratado Codificado que estableció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1999, dichas decisiones obligan a los países miembros a partir de la fecha de su adopción y, además, el Artículo 4 exige que los países miembros adopten las medidas de cumplimiento de la ley necesarias, así como también que no adopten medida alguna contraria a las disposiciones de la Comunidad Andina.
150. La naturaleza vinculante de las decisiones ha sido confirmada por numerosas decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los tribunales nacionales. Si dichas obligaciones no son cumplidas por un país miembro, aparte de incurrir en responsabilidad internacional, éste no podrá invocar esta omisión en perjuicio de un ciudadano o inversionista que ha fundamentado su argumento en las reglas.
151. El orden jurídico de la Comunidad Andina fue descrito apropiadamente por un distinguido jurista en la manera siguiente:

... Los rasgos y características más interesantes del orden jurídico andino son aquellos que resultan del estudio de la naturaleza y validez de las leyes subregionales ...los países miembros están obligados a observar estas normas como una cuestión de obligación...la ley promulgada por los organismos subregionales prevalecen inequívocamente sobre las leyes internas diferentes o incompatibles⁴².
152. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a la devolución del IVA de acuerdo con la ley de la Comunidad Andina. Sin embargo, el Tribunal también señala que en conformidad con el Artículo 5 de la Decisión 388 de

la Comunidad Andina, se puede emplear una compensación diferente de la devolución con el fin de reembolsar al exportador.

E. Naturaleza y Alcance de la Ley de la OMC.

153. Las partes también han debatido en torno a la jurisdicción y los fundamentos de derecho la relevancia de la ley de la OMC en este caso. El Demandante se ha fundamentado en forma importante en la opinión del Profesor Schenk para argumentar que existe una práctica universal para que los países adopten el principio de gravamen del IVA en el país de destino que permita el reembolso del IVA atribuible para exportar bienes pagado en el país de origen. Tanto el Acuerdo de la OMC como el Acuerdo General sobre Comercio en Servicios (GATS, por sus siglas en inglés), en opinión del Demandante, obligan a Ecuador y los Estados Unidos a no discriminar y otorgar tratamiento nacional en varios sectores, incluida la recuperación mejorada de hidrocarburos.
154. Ecuador ha afirmado basado en la opinión del Profesor Cooper que el hecho de que podría haber una mejor práctica internacional común en el asunto no implica la existencia de una obligación de acuerdo con el derecho internacional; las desviaciones de dicha práctica no equivalen a violaciones de los acuerdos o el derecho internacional consuetudinario.
155. El Tribunal ha examinado con atención los acuerdos discutidos, así como también las interpretaciones ofrecidas por las partes y sus expertos respectivos. El Tribunal ha sido persuadido en este punto de que el punto de vista de Ecuador es correcto en tanto en cuanto la existencia de una práctica internacional, que ambas partes aceptan, no significa que exista una obligación determinada por un tratado o derecho consuetudinario que haga que dicha práctica sea obligatoria para las partes.

V. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL TRATADO Y EL DERECHO
INTERNACIONAL.

156. Luego del examen del Contrato, las leyes tributarias de Ecuador, la ley de la Comunidad Andina y la ley de la OMC, el Tribunal llega ahora a la fase de examinar las reclamaciones específicas hechas por OEPC en conformidad con el Tratado y el derecho internacional, así como también las defensas y puntos de vista de Ecuador sobre estas reclamaciones.

157. El Demandante ha alegado la existencia de cuatro violaciones del Tratado y el derecho internacional:

1. Ecuador no ha otorgado a la inversión el tratamiento justo y equitativo no menos favorable que el que exige el derecho internacional, en violación del Artículo II (3) (a) del Tratado.
2. Ecuador no ha tratado a la inversión en una forma no menos favorable que la otorgada a las inversiones de sus propios nacionales o de los nacionales de países terceros, en violación del Artículo II (I) del Tratado.
3. Ecuador ha afectado a través de medidas arbitrarias y discriminatorias la administración, operación, mantenimiento, uso o disfrute de la inversión, en violación del Artículo II (3) (b) del Tratado.
4. Ecuador ha expropiado, directa o indirectamente, la totalidad o parte de la inversión del Demandante sin un fin público; en una manera discriminatoria, sin el pago de compensación oportuna, adecuada y efectiva; y en desacato del debido proceso de ley y los principios generales previstos en el Artículo II (3) del Tratado, todo en violación del Artículo III (I) del Tratado.

158. El Tribunal examinará cada una de estas reclamaciones por separado, siguiendo el orden inverso. Sin embargo, ya se ha determinado que la reclamación de expropiación es inadmisibile y, por lo tanto, no se volverá a discutirlo en este punto.

A. La Reclamación de Afectación

159. El Demandante ha argumentado que Ecuador ha afectado la administración y otros derechos de OEPC en conexión con su inversión, en violación del Artículo II (3) (b) del Tratado. En particular, se reclama que una expectativa económica legítima en la cual se basa la inversión ha sido menoscabada por las medidas adoptadas. Este Artículo estipula lo siguiente:

Ninguna Parte deberá en forma alguna afectar a través de medidas arbitrarias o discriminatorias la administración, operación, mantenimiento, uso, disfrute, adquisición, expansión o disposición de las inversiones...

160. El Demandado es de la opinión que esta reclamación duplica otras reclamaciones hechas por OEPC con respecto a la discriminación y las cuestiones de tratamiento justo y

equitativo en conexión con el Artículo II (I) y el Artículo II (3) (a), y niega en cualquier caso en cualquiera de dichas expectativas haya sido frustrada por las medidas adoptadas.

161. El Tribunal no ha sido persuadido por el argumento del Demandante de que la administración, operación, mantenimiento, uso, adquisición, expansión o disposición de la inversión haya sido afectada en forma alguna por las medidas adoptadas. De hecho, es bastante evidente en los autos procesales que el Demandante continúa ejerciendo todos estos derechos en una manera que es totalmente compatible con los derechos a la propiedad.
162. Sin embargo, el Tribunal ha sido persuadido por el argumento de la arbitrariedad, al menos hasta cierto punto. El Tribunal en *Lauder*, al interpretar una disposición del Tratado de inversiones pertinente equivalente pero redactada en forma diferente, recurrió a la definición de “arbitrario” en el Diccionario Legal de Black, donde se afirma que éste significa “que depende de la discreción individual...; fundamentada en el prejuicio o preferencia antes que en la razón o el hecho”⁴³.
163. En el contexto de la presente disputa, las decisiones adoptadas por el SRI al parecer no se han fundamentado en el prejuicio o la preferencia antes que en la razón o el hecho. Conforme explicó en forma convincente en la audiencia la Directora del SRI, señora de Mena, el SRI estuvo confrontado con una variedad de prácticas, reglamentos y reglas que tenían que ver con la cuestión del IVA. Se ha explicado anteriormente que esto dio como resultado una situación confusa en la cual el SRI tuvo la tarea de introducir cierta clase de orden. Sin embargo, es la confusión misma y la falta de claridad lo que dieron como resultado cierta forma de arbitrariedad, incluso sin que esta fuera la intención del SRI.
164. La situación se complicó aún más por el hecho de que el SRI aplicó las reglas que habían sido promulgadas en la comprensión de que la devolución del IVA había tenido lugar en cumplimiento del Contrato. Esta suposición resultó ser errónea.
165. La reclamación de que estas medidas son también discriminatorias tiene un significado bajo este Artículo únicamente al grado en que la afectación ha ocurrido. De lo contrario, la reclamación, como el Demandado ha sostenido, es la misma que la que tiene que ver con otros artículos del Tratado que serán examinados a continuación.

166. Los derechos del Demandante de acuerdo con el Contrato y el Tratado no han sido salvaguardados totalmente como consecuencia de las dificultades a las cuales estuvo expuesto el inversionista. Como se señalará adicionalmente a continuación, hay otras cuestiones serias con respecto al tratamiento del inversionista que son separadas y distintas de la afectación y la arbitrariedad.

B. La Reclamación de Tratamiento Menos Favorable

167. El Artículo II (I) del Tratado establece la obligación de tratar a las inversiones y actividades asociadas “en una forma no menos favorable que la que se otorga en situaciones similares a la inversión o las actividades asociadas de sus propios nacionales o compañías, o de los nacionales o compañías de cualquier país tercero, cualesquiera sea el más favorable...” Se pueden incluir en un Protocolo separado las excepciones al tratamiento nacional y al tratamiento a la nación más favorecida. Las excepciones de Ecuador de acuerdo con el Protocolo para el Tratado se limitan a la pesca tradicional y la propiedad y operación de estaciones de radio y televisión.

168. El Demandante es de la opinión que Ecuador ha incumplido esta obligación porque varias compañías involucradas en la exportación de otros bienes, particularmente flores, la minería y productos marinos tienen derecho a recibir la devolución del IVA y disfrutan continuamente de este beneficio. También se ha hecho referencia en este contexto a la madera, el banano y el aceite de palma africana. Existe en esta situación, argumenta el Demandante, una violación de la obligación de tratamiento nacional. El Demandante afirma también que el significado de “en situaciones similares” no se refiere a las industrias o compañías involucradas en el mismo sector o actividad, como los productores de petróleo, por ejemplo, sino a las compañías que se dedican a las exportaciones incluso si abarcan diferentes sectores.

169. Además, en opinión del Demandante, no puede haber diferenciación entre productores y manufactureros dado que esta no se contempla de acuerdo con la legislación de Ecuador, la ley de la Comunidad Andina o el derecho internacional.

170. El Demandante también ha argumentado que no se ha otorgado el tratamiento a la nación más favorecida porque de acuerdo con los tratados de inversiones bilaterales hechos por Ecuador con España y Argentina, respectivamente, el estándar de tratamiento nacional no se califica mediante la referencia a “en situaciones similares”.

En consecuencia, OEPC tendría derecho a este tratamiento menos restrictivo de acuerdo con la cláusula de la nación más favorecida.

171. El Demandado se opone a dichos argumentos sobre la base de que “en situaciones similares” puede significar sólo que todas las compañías en el mismo sector deben ser tratadas por igual y que esto ocurre con respecto a todos los productores petroleros. La comparación, se sostiene, no se puede ampliar a otros sectores porque todo el propósito de la política de devolución del IVA es garantizar que no se cambien las condiciones de competencia, un escrutinio que es relevante sólo en el mismo sector.
172. El Demandado también explica que el tratamiento de las compañías de propiedad extranjera y las compañías nacionales no es diferente puesto que también se ha negado a Petroecuador las devoluciones del IVA, y que no existe nada en la política que tenga la intención de discriminar contra las compañías extranjeras. También explicó que se otorga la devolución del IVA a otros productores extranjeros, como los exportadores de flores, por ejemplo, porque la ley y la política así lo permiten. Ecuador también se opone a los argumentos concernientes a la cláusula de la nación más favorecida pues no se ha dado ejemplo alguno de una compañía española o argentina en el sector petrolero, o en cualquier otro sector, que reciba un tratamiento más favorable al cual se podría aplicar la cláusula.
173. El Tribunal es de la opinión que en el contexto de esta reclamación en particular, el Demandante tiene razón y sus argumentos son convincentes. De hecho, no se puede interpretar “en situaciones similares” en el sentido restringido propuesto por Ecuador pues el propósito del tratamiento nacional es proteger a los inversionistas en comparación con los productores locales, y esto no se puede hacer si se dirige exclusivamente al sector en el cual la actividad en particular se realiza.
174. El Tribunal es cuidadoso en la discusión del significado de “productos similares” con respecto al tratamiento nacional según el GATT / la OMC. En ese contexto se ha sostenido que se tiene que interpretar el concepto en sentido restringido y que los productos similares se relacionan con el concepto de productos directamente competitivos o sustituibles⁴⁴.
175. Sin embargo, esas opiniones no son específicamente pertinentes para la cuestión que se discute en este caso. De hecho, el propósito del tratamiento nacional en esta disputa es el opuesto al que se estipula en el GATT / la OMC, es decir, consiste en evitar que los

exportadores sean puestos en desventaja en los mercados extranjeros debido a los impuestos indirectos que se pagan en el país de origen, mientras en el GATT / la OMC el propósito es evitar que los productos importados sean afectados por una distorsión de la competencia con productos internos similares en razón de los impuestos y otras regulaciones en el país de destino.

176. En la primera situación, ningún exportador debería ser puesto en una posición desventajosa en comparación con otros exportadores, mientras en la segunda situación se necesita hacer la comparación con el tratamiento del producto “similar” y no en general. En cualquier caso, la referencia a “en situaciones similares” utilizada en el Tratado al parecer es diferente de la de “productos similares” en el GATT / la OMC. La “situación” se puede relacionar a todos los exportadores que comparten dichas condiciones, mientras el “producto” necesariamente se relaciona a los productos competitivos y sustituibles.
177. En la presente disputa, el hecho es que la OEPC ha recibido tratamiento menos favorable que la que se otorga a las compañías nacionales. El Tribunal está convencido que esto no se ha hecho con la intención de discriminar contra compañías de propiedad extranjera. La declaración de la señora de Mena en la audiencia evidencia que el SRI es un servicio muy profesional que hizo lo que pensó era su obligación para proceder en conformidad con la ley. Sin embargo, el resultado de la política aprobada y la interpretación observada por el SRI ha sido de hecho un tratamiento menos favorable de OEPC.
178. Esta determinación hace necesario que el Tribunal examine si hubo además obligaciones de tratamiento a la nación más favorecida involucradas. En vista del hecho de que las partes han discutido en detalle el significado de *Maffenzi* en este contexto, el Tribunal cree apropiado aclarar que el caso no es en realidad pertinente para la presente disputa, pues éste tiene que ver con el tratamiento de la nación más favorecida sólo en tanto en cuanto los derechos procesales del demandante en ese caso estuvieron involucrados, mas no el tratamiento substancial como es el caso presente.
179. El Tribunal en consecuencia sostiene que el Demandado ha incumplido sus obligaciones de acuerdo con el Artículo II (I) del Tratado.

C. La Reclamación con respecto al Tratamiento Justo y Equitativo y la Protección y Seguridad Plenas

180. El Demandante ha argumentado que las medidas adoptadas por el Demandado también están en violación del Artículo II (3) (a) del Tratado. Este Artículo estipula que:

La inversión deberá ser otorgada en todo momento un tratamiento justo y equitativo, deberá disfrutar de protección y seguridad plenas y en ningún caso deberá recibir un tratamiento menos favorable que el que exige el derecho internacional.

181. OEPC es de la opinión que al revocar las decisiones preexistentes en las el inversionista que confiaba legítimamente para asumir sus compromisos y planear sus actividades comerciales y de negocios, Ecuador ha frustrado las expectativas legítimas de OEPC con base en las cuales la inversión se realizó y en consecuencia ha incumplido la obligación de otorgarle un tratamiento justo y equitativo.

182. El Demandado cree por el contrario que no hubo expectativa de una devolución del IVA en el momento en que se hizo la inversión y que no existe violación alguna de ninguna norma internacional con este propósito. Además, Ecuador argumenta que ningún inversionista puede esperar que todas sus expectativas se cumplan.

183. Aunque en el Tratado no se define un tratamiento justo y equitativo, el Preámbulo registra claramente el acuerdo de las partes de que dicho tratamiento “es deseable a fin de mantener un marco estable para la inversión y la utilización efectiva máxima de los recursos económicos”. La estabilidad del marco legal y de negocios es en consecuencia un elemento esencial del tratamiento justo y equitativo.

184. El Tribunal debe advertir en este contexto que el marco dentro del cual la inversión se realizó y opera ha sido cambiado en una manera importante por las acciones adoptadas por el SRI. Se explicó anteriormente que el Contrato ha sido interpretado por el SRI en una manera que acabó por ser manifiestamente errónea pues no existe prueba alguna de que el reembolso del IVA hubiese sido constituido alguna vez en el Factor X. Las aclaraciones que OEPC procuró obtener sobre la aplicabilidad del IVA por medio de una “consulta” realizada al SRI recibió una respuesta completamente insatisfactoria y totalmente vaga. La ley tributaria fue cambiada sin proveer claridad alguna acerca de su significado y el alcance y la práctica y los reglamentos también fueron inconsistentes con dichos cambios.

185. Varios tribunales arbitrales han insistido recientemente sobre la necesidad de esta estabilidad. El Tribunal en *Metalclad* sostuvo que el Demandado “no garantizó un marco transparente y predecible para la planificación de negocios e inversión de

Metalclad. La totalidad de estas circunstancias demuestra una falta de un proceso ordenado y de una disposición oportuna en relación a un inversionista de una Parte que actuó en la expectativa de que sería tratado en una manera imparcial y justa...⁴⁵”. Además, el Tribunal en *Técnicas Medioambientales*, como lo recuerda el Demandante, ha sostenido que:

El inversionista extranjero espera que el Estado anfitrión actúe en una manera consistente, libre de ambigüedad y en una forma totalmente transparente en sus relaciones con el inversionista extranjero, de modo que éste conozca de antemano todas y cada una de las reglas y regulaciones que regirán las inversiones, así como también los objetivos de las políticas y las prácticas o directivas administrativas relevantes, a fin de poder planear su inversión y cumplir con dichas regulaciones...⁴⁶

186. De los autos de este caso y de los eventos discutidos en esta Sentencia Final se desprende con claridad que dichos requisitos no fueron satisfechos por Ecuador. Además, éste es un requisito objetivo que no depende de si el Demandado ha procedido o no de buena fe.
187. El Tribunal en consecuencia sostiene que el Demandado ha incumplido sus obligaciones de otorgar tratamiento justo y equitativo en conformidad con el Artículo II (3) (a) del Tratado. En el contexto de esta determinación, la cuestión de si hubo además un incumplimiento de la protección y seguridad plenas de acuerdo con este Artículo se convierte en una cuestión debatible puesto que un tratamiento que no es justo ni equitativo automáticamente implica la ausencia de protección y seguridad plenas de la inversión.
188. Hay todavía un aspecto que el Tribunal necesita abordar con respecto a este Artículo y los argumentos de las partes relacionadas con el presente caso. El Artículo estipula que en ningún caso se deberá otorgar a la inversión un tratamiento menos favorable que el que exige el derecho internacional. Esto significa que un tratamiento justo y equitativo mínimo debe ser considerado como idéntico al tratamiento que exige el derecho internacional.
189. La cuestión que surge es si el tratamiento justo y equitativo obligado por el Tratado es un estándar más exigente que el que prescribe el derecho internacional consuetudinario.
190. El Tribunal es de la opinión que en el presente caso el estándar del Tratado no es diferente del que exige el derecho internacional en lo que respecta a la estabilidad y la posibilidad de previsión del marco legal y de negocios de la inversión. Hasta este punto,

se puede considerar al estándar del Tratado como idéntico al que contempla el derecho internacional como lo comprueban las opiniones de los varios tribunales citadas anteriormente. También es bastante evidente que el tratamiento que el Demandado ha otorgado a la inversión está por debajo de dichos estándares.

191. La cuestión relevante para el derecho internacional en esta discusión no es si hubo una obligación de devolver el IVA, el mismo que es el punto sobre el cual las partes han debatido más intensamente, sino más bien si el marco legal y de negocios satisface los requisitos de estabilidad y posibilidad de previsión de acuerdo con el derecho internacional. Anteriormente se concluyó que no existe obligación alguna de devolución del IVA contemplada en el derecho internacional, salvo en el caso específico de la ley de la Comunidad Andina, la cual prevé la opción de compensación o devolución, pero ciertamente existe una obligación de no alterar al ambiente legal y de negocios en el cual se ha realizado la inversión. En este caso, es la última cuestión la que desencadena un tratamiento que no es justo ni equitativo.
192. La cuestión de si pudiera haber un estándar del Tratado más exigente que el estándar del derecho internacional consuetudinario que ha sido penosamente discutida en el contexto del NAFTA y otros acuerdos de libre comercio por lo tanto no surge en este caso. El caso presente es más bien garantizar tanto la estabilidad como la posibilidad de previsión del marco legal vigente.

D. Otras Reclamaciones y Defensas

193. En sus presentaciones y formulaciones de sus pretensiones y defensas, las partes han introducido otras reclamaciones y defensas que el Tribunal tratará brevemente.
194. El Demandante ha argumentado que las Resoluciones de Concesión del SRI que devolvieron el IVA durante un período de tiempo en particular crearon una expectativa legítima sobre cuya base se realizaron inversiones adicionales en conexión con los oleoductos y que en general sirvieron como la base de un posible negocio. Esto, de acuerdo con el Demandante, crea un impedimento legal al tenor del derecho internacional que impide que Ecuador argumente ahora que las supuestas irregularidades o políticas erróneas internas de sus propias acciones pueden ser invocadas en detrimento de la expectativa legítima del inversionista.
195. El Demandado es de la opinión que el derecho internacional no impide que Ecuador corrija las interpretaciones equívocas o erróneas de la ley que condujo durante catorce

meses al reembolso del IVA a OEPC y que, en cualquier caso, ese no es un tiempo suficientemente prolongado para desencadenar la operación del impedimento legal. También se argumenta que OEPC no se basó en las Resoluciones de Concesión puesto que los arreglos de negocios habían sido hechos o anticipados antes de que se emitiera dicha Resolución.

196. El Tribunal concluye sobre esta cuestión que, como se señaló anteriormente, OEPC realizó sus inversiones, incluida su participación en los arreglos de los oleoductos, en un ambiente legal y de negocios que fue cierto y predecible. Este ambiente fue cambiado como un asunto de interpretación legal y de las políticas, dando así como resultado la violación del tratamiento justo y equitativo. Esta violación se relaciona con los efectos tanto de la revocación de las Resoluciones de Concesión como de la negación ulterior de las devoluciones del IVA. Los derechos del Demandado están por lo tanto protegidos dentro de la norma de tratamiento justo y equitativo exigida por el Tratado y aplicada por el Tribunal, independientemente de cualquier impedimento legal. Esta última cuestión por lo tanto llega a ser una cuestión que carece de relevancia jurídica.
197. El Demandado también ha planteado en conexión con los fundamentos de derecho la defensa de que los asuntos de imposición están excluidos en conformidad con el Artículo X del Tratado. En cuanto concierne a la jurisdicción y admisibilidad la cuestión ya fue decidida por el Tribunal en los términos que se especificaron anteriormente. Estos términos, en lo que concierne a la observancia y aplicación del acuerdo de inversión, también rigen la discusión sobre los fundamentos de derecho.

VII. REPARACIONES

A. Compensación Exigible.

198. El Tribunal pasa ahora a la consideración de las reparaciones. La reparación solicitada por el Demandante y la posición de Ecuador al respecto han sido explicadas anteriormente.
199. Las reparaciones que se discuten a continuación son una consecuencia de la determinación del Tribunal de que la devolución del IVA no está incluida dentro de los términos y condiciones el contrato, como alega el Demandado. En dicho caso, el

Demandante tiene derecho a que se le devuelva el IVA de acuerdo con la legislación ecuatoriana, así como también con la ley de la Comunidad Andina.

200. A la luz de la discusión sostenida, el Tribunal determina que el Demandado ha incumplido su obligación de otorgar a OEPC un tratamiento no menos favorable que el que concede a los nacionales y otras compañías de acuerdo con el estándar de tratamiento nacional (Artículo II (I) del Tratado) y también ha incumplido su obligación con respecto al tratamiento equitativo (Artículo II (3) (a) del Tratado). La reclamación acerca de la arbitrariedad sólo es sustentada por parcialmente puesto que al parecer no ha sido el resultado de una acción deliberada por parte del SRI, sino de la estructura general legal tributaria mas bien incoherente (Artículo II (3) (b) del Tratado). Como se señaló, las reclamaciones por expropiación y otras clases de afectación han sido desestimadas.
201. El Tribunal determina que estas violaciones tienen un vínculo casual con cuatro situaciones separadas pero relacionadas en las cuales los derechos del Demandante han sido afectados y ha sobrevenido daño.
202. La primera situación tiene que ver con los montos devueltos de acuerdo con las Resoluciones de Concesión. El Demandado no puede ordenar que el Demandante devuelva los montos de IVA devueltos por las Resoluciones de Concesión puesto que OEPC tenía derecho a dichas devoluciones en razón de que no estaba incluido mecanismo alternativo alguno en el Contrato, conforme el SRI creyó. El Tribunal en consecuencia sostiene que el Demandante tiene derecho a retener los montos devueltos en esta manera y que las Resoluciones de Negación del SRI que exigen la devolución de esos montos carecen de efecto legal.
203. La segunda situación tiene que ver con los montos de IVA cuya devolución ha sido solicitada y negada por el SRI. El monto reclamado por OEPC en conexión con esto es de US \$12'643.146. La tercera situación se relaciona con los montos de IVA que han sido pagados por OEPC hasta el 31 de diciembre de 2003, aun cuando no haya solicitado devolución alguna porque en opinión del Demandante la solicitud habría sido infructuosa. Esta reclamación es por US \$60'538.223. El monto total del IVA no devuelto reclamado por OEPC hasta el 31 de diciembre de 2003 por lo tanto asciende a US \$73'181.369.

204. El Demandado argumenta que esta cifra debe ser reducida primero en \$68'001.019,89 porque la devolución de esos pagos nunca fue solicitada. Otras deducciones deberían hacerse, el Demandado también argumenta, en vista del hecho de que algunas solicitudes no cumplen los requisitos de la ley tributaria.
205. El Tribunal sostiene al respecto que el Demandado tiene derecho a la devolución del IVA solicitado, una vez más porque no se incluyó mecanismo alternativo alguno en el Contrato. En tanto en cuanto al IVA fue pagado y su devolución no fue solicitada, el Tribunal sostiene que el Demandante también tiene derecho a este monto pues el argumento de que cualquier solicitud para obtener la devolución habría sido infructuosa es convincente. Este derecho al IVA incluye los montos pagados en bienes, servicios y costos de reproducción razonables, particularmente en conexión con la asistencia a las comunidades indígenas que viven en el área del Contrato.
206. El Demandado afirma que “el Tribunal debería negar todas y cada una de las devoluciones que ni siquiera fueron solicitadas”, citando a *Feldman* como autoridad⁴⁷. Sin embargo, nada en el caso *Feldman* refuerza el argumento en contra de esta conclusión. En ese caso, la cuestión de futilidad nunca surgió. En ese caso, el Tribunal se enfrentó con las solicitudes de devolución reales para el período en cuestión que fueron en montos significativamente menores de lo que fueron registrados en los documentos de aduanas “que reflejaban razonablemente las exportaciones relevantes durante ese período” y sobre cuya base el demandante, para los fines del arbitraje, calculó sus daños y perjuicios. Dada esta disparidad en la prueba, el Tribunal de *Feldman* optó por confiar en la prueba de lo que el demandante en realidad había procurado obtener a manera de devoluciones. Existe una gran diferencia entre éste y el presente caso. Además, como OEPC se ha afanado en señalar, ésta ha presentado abundante documentación para que a partir de la cual se decida sobre la exactitud de los montos reclamados. El Tribunal no tiene problema alguno en dar un fallo favorable que conceda los montos que dicha documentación justifica.
207. El Tribunal se da cuenta que se necesita ajustar parte del IVA cuya devolución fue solicitada a la luz del hecho que hubo objeciones planteadas por el Demandado en cuanto a la idoneidad de las facturas y otros aspectos. El monto objetado fue de US \$94.972,41 en conexión con el IVA presentado efectivamente para solicitar su reembolso. Esto da un factor de corrección de 0,0075, el cual, si se aplica a la demanda

total por el IVA, equivale a US \$550.000. Como una medida conservadora mejor para garantizar que la compensación concedida a OEPC con respecto a los incumplimientos del Tratado por parte de Ecuador no supere el monto del IVA que de hecho debió haber sido devuelto a OEPC, el Tribunal reduce la compensación reclamada en un 1,5 por ciento adicional, o sea, US \$1'097.720. En consecuencia, el monto total del IVA al cual OEPC tiene derecho al 31 de diciembre de 2003 es de US \$ 71'533.649.

208. Puesto que el Tribunal también ha determinado que la responsabilidad de cumplir sus obligaciones del Tratado, y en particular la de mantener un ambiente legal y de negocios estable, es atribuible al Estado como un todo, se sostiene que el monto establecido líneas atrás deberá ser pagado por el Gobierno de Ecuador como compensación debida al inversionista en razón de la violación de sus derechos contemplados en el Tratado. Esta compensación está determinada por el monto del IVA cuya devolución ha sido negada por el Gobierno de Ecuador a la fecha de 31 de diciembre de 2003.
209. El Tribunal también está consciente del hecho que las solicitudes para obtener las devoluciones del IVA han sido hechas por OEPC en los tribunales de Ecuador como una cuestión de derecho conferido por las leyes ecuatorianas y separadas de las demandas planteadas ante este Tribunal por violaciones de los derechos del Tratado. Sin embargo, estas reclamaciones locales implican la posibilidad de una recuperación doble como el Demandado ha argumentado correctamente. En consecuencia, a fin de prevenir claramente cualquier posible recuperación doble del IVA por OEPC, el Tribunal: (i) sostiene que OEPC no deberá beneficiarse de ninguna recuperación adicional; (ii) ordena que el Demandante cese y desista con respecto a cualquier acción legal, procedimiento administrativo u otras acciones ante los tribunales locales tendientes a obtener la devolución de cualquier IVA pagado hasta el 31 de diciembre de 2003; y (iii) sostiene que todas y cada una de dichas acciones y procedimientos carecerán de todo efecto legal.
210. Todavía existe una cuarta situación que el Tribunal debe examinar con respecto a la demanda por el IVA que aún no es exigible o no se ha pagado. El Demandado ha citado correctamente con este fin la decisión en *SPP*⁴⁸ fundamentándose en los casos *Chorzov Factory*⁴⁹ y *Amoco*⁵⁰ en el sentido de que no se puede otorgar compensación por daños y perjuicios contingentes e indeterminados. La reclamación de OEPC por US \$121'300.000 basada en esta alegación ha sido por lo tanto desechada.

B. Intereses

211. El Tribunal también sostiene que los intereses deben ser pagados en conexión con el monto de la compensación indicada hasta el 31 de diciembre de 2003. OEPC cree que estos intereses son los que el SRI aplica por la demora o el pago tardío de las obligaciones tributarias, de acuerdo con los Artículos 20 y 21 de la Ley Tributaria, los cuales ascienden a la suma de US \$7'082.561. A este respecto, el Tribunal en tanto en cuanto éste está otorgando compensación por las violaciones del Tratado, esas disposiciones no son aplicables directamente. El Tribunal cree que, una vez que ha considera todas las circunstancias de este caso, los intereses apropiados hasta el 31 de diciembre de 2003 serían la mitad de la suma solicitada, es decir, US \$3'541.280.
212. El monto total de las devoluciones el IVA y los intereses adeudados a OEPC hasta el 31 de diciembre de 2003 es en consecuencia US \$75'074.929.

C. Búsqueda de un nuevo equilibrio en el Contrato y otras formas de compensación.

213. El Tribunal también desea ofrecer a las partes alguna guía en cuanto a cómo dirigir mejor sus relaciones futuras, en la comprensión de que ambas partes están dispuestas a trabajar juntas en el futuro en una relación mutuamente beneficiosa. Con este fin, como se señaló en conexión con el Contrato, si las partes así lo desean, podrán explorar la posibilidad de volver a buscar un equilibrio nuevo en los beneficios económicos del Contrato al tenor de la Cláusula 8.6.e. de modo que se incluya específicamente la devolución del IVA en el Factor X.
214. De acuerdo con la Resolución del Grupo Andino 388, las partes también pueden explorar, además de la devolución, otras formas de compensación si esto les permite que logren un resultado mutuamente satisfactorio. De hecho, el Artículo 5 de esta Resolución contempla el reembolso de los impuestos indirectos por medio de la compensación o la devolución. El pago en especies, una solución explorada parcialmente por las partes en una etapa de su disputa, podría ser una forma de compensación que tenga en cuenta si las partes así lo desean en conexión con la compensación concedida en esta Sentencia, así como también con las futuras reclamaciones para la devolución del IVA. Las partes también podrán desde luego convenir en otras formas de compensación si éstas fueren apropiadas.

215. En cualquier caso, al punto en que existan solicitudes al SRI para obtener el reembolso del IVA en el futuro, esto necesariamente deberá observar los procedimientos y el escrutinio previstos en la Ley Tributaria Ecuatoriana.

D. Costos y gastos

216. Tomando en consideración las circunstancias del caso y el hecho que las partes han ganado y perdido con respecto a cuestiones importantes de la disputa, el Tribunal decide que el Demandado deberá asumir el 55% de los costos de arbitraje y el Demandante el 45% de dichos costos. Cada parte deberá asumir sus propios costos judiciales.

EN ESTAS CIRCUNSTANCIAS Y EN CONSIDERACIÓN DE TODO LO ANTERIOR, EL TRIBUNAL ARBITRAL

DECIDE Y CONCEDE LO SIGUIENTE:

1. Tiene jurisdicción para conocer y decidir sobre este caso.
2. El Demandante tiene derecho a la devolución de todo el IVA pagado como resultado de la importación o adquisición local de bienes y servicios utilizados para la producción de petróleo para exportación, así como también los costos de producción razonables y los gastos *de minimis* asociados con las actividades de producción, en particular los relacionados con las comunidades indígenas. Dicha devolución no está incluida en el Factor X en el Contrato.
3. Con excepción del monto de compensación y los intereses determinados en esta Sentencia, todas las solicitudes para obtener la devolución presentadas al SRI deberán observar en el futuro los procedimientos administrativos normales de la ley tributaria ecuatoriana.
4. El Demandado incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista un tratamiento no menos favorable que el que concede a los nacionales y otras compañías de acuerdo con el estándar de tratamiento nacional garantizado en el Artículo II (I) del Tratado.
5. El Demandado incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista el tratamiento justo y equitativo garantizado en el Artículo II (3) (a) del Tratado y hasta cierto punto la garantía contra las arbitrariedades contemplada en el Artículo II (3) (b).

6. El Demandante tiene derecho a retener todos los montos del IVA reembolsado por el SRI y las Resoluciones que ordenan la devolución de esos dineros carecen de efecto legal.
7. El Demandado deberá pagar al Demandante la compensación en el monto de US \$\$71'533.649.
8. El Demandado deberá pagar al Demandado el interés simple sobre el monto de US \$3'541.280 que consta en el numeral 7 líneas atrás.
9. El Demandado deberá pagar al Demandante el interés simple a la tasa de 2,75% por año sobre las sumas que constan en 7. y 8. anteriormente a partir del 1 de enero de 2004 hasta la fecha de esta Sentencia Final.
10. A fin de prevenir claramente cualquier posible recuperación doble del IVA por parte de OEPC, el Tribunal: (i) sostiene que OEPC no deberá beneficiarse de ninguna recuperación adicional; (ii) ordena al Demandante que cese y desista con respecto a cualquier acción legal, procedimiento administrativo u otras acciones ante los tribunales locales tendientes a obtener la devolución de cualquier IVA pagado hasta el 31 de diciembre de 2003; y, (iii) sostiene que todas y cada una de dichas acciones y procedimientos deberán carecer de todo efecto legal.
11. En cumplimiento de los Artículos 38 y 39 de las Normas de Arbitraje de UNCITRAL, el Tribunal fija los costos del arbitraje en US \$594.044,38 integrados en la manera siguiente:
 - a) Honorarios y Gastos del Árbitro Presidente del Tribunal: US \$239.841,37
 - b) Honorarios y Gastos del Árbitro Barrera Sweeney: US \$181.220,50
 - c) Honorarios y Gastos del Árbitro Brower: US \$140.371,51
 - d) Costos de Administración: US \$32.611.
12. El Demandado deberá pagar el 55% de todos los costos del arbitraje (US \$326.724,40), de los cuales ya se ha hecho un anticipo de US \$300.000. El Demandante deberá pagar el 45% de dichos costos (US \$267.319,98) de los cuales se ha hecho un anticipo de US \$300.000. Por lo tanto, el Demandado deberá pagar al Demandante US \$26.724,40 con respecto a dichos costos.

12. Al punto en que, si ocurriere en algún grado, esta Sentencia Final no fuese pagada por el Demandado al Demandante dentro de los 30 días posteriores a la fecha de esta Sentencia Final, el Demandado deberá pagar al Demandante el interés simple a la tasa del 4% por año sobre las sumas contempladas en los numerales 7., 8. y 12. anteriores, al punto y en tanto en cuanto estas no fuesen pagadas, a partir de la fecha 30 días posteriores a la fecha de esta Sentencia Final hasta la fecha del pago efectivo de dichas sumas.
13. Cada Parte deberá pagar sus propios costos por la representación y asistencia legal.
14. Todas las demás reclamaciones se desechan por el presente documento.

Lugar de Arbitraje: Londres, Reino Unido

Fecha de esta Sentencia Arbitral: *1 de julio de 2004.*

El Tribunal Arbitral

[Firma ilegible]	[Firma ilegible]	[Firma ilegible]
Charles N. Brower	Francisco Orrego Vicuña	Patrick Barrera Sweeney
Árbitro	Presidente	Árbitro